









HACIA UN DERECHO JUDICIAL INTERNACIONAL PONENCIAS AL



Escuela Judicial del Estado de México 13, 14 y 15 de noviembre 2019

 $\begin{array}{c} \text{Leonel Pereznieto Castro} \\ \text{Editor} \end{array}$







Primera edición, 2019

Hacia un Derecho judicial internacional. Ponencias al XLII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado

D.R. © Poder Judicial del Estado de México

D.R. © Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C.

Editor: Dr. Leonel Pereznieto Castro

Cuidado de la edición: Dra. Yaritza Pérez Pacheco

Edita: Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México

Diseño Editorial: Porrúa Print.

Diseño de Portada: Subdirección de Difusión y Extensión de la Dirección de Comunicación, Extensión y Vinculación de la Escuela Judicial del Estado de México.

Porrúa Print® es una marca de Librería Porrúa Hermanos y Compañía, S.A. de C.V. con domicilio en República de Argentina núm. 15, colonia Centro, delegación Cuauhtémoc, 06020, Ciudad de México.

Las ponencias que integran la presente obra fueron sometidas a dictamen doble ciego, según lo estipulado en la Convocatoria del XLII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado.

Las opiniones contenidas en los trabajos publicados en esta publicación son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no se corresponden necesariamente con las opiniones o políticas del Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México o las de los miembros de su Consejo Editorial.

Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta revista con fines académicos y científicos, siempre y cuando se cite la fuente.

Impreso en México / Printed in Mexico

DIRECTORIO

Consejo de la Judicatura

Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza **Presidente**

Mgdo. Lic. Palemón Jaime Salazar Hernández Mgdo. Lic. Juan Manuel Trujillo Cisneros Mtro. Luis Gerardo de la Peña Gutiérrez Juez Lic. Juan Manuel Télles Martínez M. en D. Marco Antonio Morales Gómez Lic. Otoniel Campirán Pérez Consejeros

ESCUELA JUDICIAL

Dr. Víctor Manuel Rojas Amandi **Director General**

CONSEJO EDITORIAL

Dr. Leonel Pereznieto Castro
Director del Centro de Investigaciones Judiciales, Editor responsable

Dr. Arturo Argente Villarreal

Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey

M. en D. Faustino Carrillo Ahumada

Juez de Control y Tribunal de Enjuiciamiento

Poder Judicial del Estado de México

Dr. Mario Cruz Martínez Universidad Iberoamericana

Dr. Miguel Eslava Camacho
Escuela Normal Superior del Estado de México

Dr. Virgilio Ruiz Rodríguez Universidad Iberoamericana

Dr. José María Serna de la Garza Instituto de Investigaciones Jurídicas —UNAM

> Dra. Yaritza Pérez Pacheco Secretaria Ejecutiva del Consejo



Contenido

Parte I

Ponencias magistrales

El rol del Derecho internacional privado como garante del derecho humano fundamental de acceso a la justicia efectiva	3
La Convención de La Haya sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial de 2019 EDUARDO PICAND	37
La prohibición de reconocimiento de divorcios no judiciales en Chile CAMILA FERNANDA QUINTANA CASTILLO	55
Parte II	
El proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, aspectos internacionales a considerar	
Cuestiones de competencia judicial que deberán incorporarse al nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS VACA	71
Desarrollos en el Derecho internacional privado, nuevas tecnologías y el proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Una ventana de oportunidad para la armonización normativa	79
Problemas que afectan la regulación de la adopción internacional en el ordenamiento jurídico mexicano	101

X Contenido

Apuntes en torno a la regulación de la cooperación procesal internacional en el pretendido Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares
Parte III
Arbitraje comercial internacional y mecanismos alternativos de solución de controversias
Alternate dispute resolution means. Use and effectiveness in Private International Law
¿Ser o no ser?, ese es el dilema. La remisión al arbitraje cuando hay cuestionamientos sobre el acuerdo arbitral
Medios alternos de solución de conflictos en el Derecho mercantil 159 ARMIDA RAMÍREZ DUEÑAS
La mediación en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado
Procedimiento derivado de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional
Panorama del arbitraje de inversión. Caso de Argentina, Ecuador y México
Parte IV
Cooperación procesal internacional en materia de protección de menores
Cooperación procesal internacional en materia de protección de menores 217 RAÚL HORACIO ARENAS VALDÉS

Contenido XI

Convenio de La Haya de 1980 y su articulación con el de 1996, colaboran en un sistema que potencializa aspectos en reconocimiento, ejecución y cooperación en materia internacional	227
Parte V	
Técnicas de reproducción humana asistida y DIPr	
Hacia una regulación en México sobre la gestación por sustitución a partir de los criterios judiciales más recientes en la materia	245
Problemas de Derecho internacional privado en la responsabilidad civil médica en materia de reproducción asistida	263
Parte VI	
Nuevas tecnologías y su impacto en el DIPR	
Contratos inteligentes y su impacto en el Derecho internacional privado Wendolyne Nava González	285
Las nuevas tecnologías y el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia	295
Parte VII	
Temas selectos de Derecho internacional privado y comparado	
Algunas notas sobre la teoría de la incorporación del derecho extranjero JORGE ALBERTO SILVA	311
La costumbre internacional, a la luz del último informe de la Comisión Jurídica de las Naciones Unidas	337

XII Contenido

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. A veinte años de su entrada en vigencia	343
Las obras artísticas en el campo de los derechos de autor en el ámbito internacional	371
El reglamento sucesorio europeo. Repercusiones y posible aplicación en México	383

Parte I Ponencias magistrales



El rol del Derecho internacional privado como garante del derecho humano fundamental de acceso a la justicia efectiva

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE*

Sumario: 1. Un rol básico del Derecho internacional privado: garantizar el derecho de acceso a la justicia. 2. Normas de jurisdicción internacional. 3. Las llamadas jurisdicciones exorbitantes. 4. ¿Es posible calificar *a priori* un foro como razonable o exorbitante? 5. Conclusiones. 6. Bibliohemerografía.

1. Un rol básico del Derecho internacional privado: garantizar el derecho de acceso a la justicia

Los tres grandes temas de los que se ocupa el Derecho internacional privado (DIPr) son la jurisdicción competente, la ley aplicable y el reconocimiento extraterritorial de sentencias y actos extranjeros. El derecho de acceso a la justicia efectiva tiene que ver fundamentalmente con el primero y el tercero de ellos. Es reconocido en varias convenciones y otros instrumentos de derechos humanos, como la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), artículo 8,¹ el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14),² la Convención

^{*} Profesora titular Grado 5 (catedrática) de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Directora del Instituto uruguavo de Derecho Internacional Privado.

¹ Art. 8.1: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

² Art. 14.1: "Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral,

Europea de Derechos Humanos (artículo 6)³ y también en las constituciones nacionales.

El derecho de acceso a la justicia ha sido considerado el más básico y fundamental de los derechos humanos en un sistema jurídico igualitario moderno que trate de garantizar, y no solo de proclamar, los derechos de todas las personas.⁴ Su interpretación y aplicación no puede ser dejada a la discreción de los ordenamientos jurídicos de los Estados, como sostuvo el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos en su Observación General núm. 32 de 2007, en relación con el artículo 14 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos. Por el contrario, esas garantías deben ser respetadas independientemente de cuál sea la tradición jurídica y el Derecho interno de cada Estado.⁵

El acceso a la justicia involucra a todos los seres humanos, ricos o pobres, y a toda persona jurídica, pequeña o grande, transnacional o local; pero, es para el pobre o el pequeño que el acceso a la justicia

orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las acusaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores". Ver: Saettone, Mariela, "La actuación del Estado de Derecho Administrador y el Estado Juez en relación con la protección de los Derechos Humanos", *Estudios Jurídicos*, núm. 5, 2008, Universidad Católica del Uruguay, pp. 187-200, p. 197.

³ Art. 6.1: "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)".

⁴ Ochoa Muñoz, Javier, "Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un derecho internacional privado al servicio de la justicia", Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014, J.A. Moreno Rodríguez y C. Lima Marques (coord.), Porto Alegre, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 235-260, p. 247, citando a Ortiz Ahlf, Loretta, El derecho de acceso a la justicia, p. 408; Maraboto Lugano, Jorge A., "Un derecho humano esencial: el acceso a la justicia", y a Cappelletti, Mauro y Garath, Bryant, El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos (trad. M. Miranda), México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 13-14. Art. 1.1.a) de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS); ver en http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf

⁵ http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf, párrafo 4.

probablemente resultará inalcanzable, particularmente debido a los costos. El desequilibrio entre las partes es frecuentemente mayor en la esfera internacional.⁶

Extender el acceso a la justicia es fundamental para el pleno ejercicio de los derechos humanos, entre otros objetivos, como lo ha sostenido la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos.⁷ Corresponde al DIPr garantizar este derecho humano fundamental, no solo a través de la vía judicial, sino también de los medios privados de resolución de controversias, como el arbitraje internacional, el que viene siendo utilizado cada vez con mayor frecuencia, particularmente en cuestiones de Derecho comercial internacional.⁸

Las normas sobre derechos humanos referidas al derecho de acceso a la justicia son particularmente relevantes para el DIPr, en relación a las bases de jurisdicción internacional⁹ —establecidas tanto en normas de DIPr de fuente interna como internacional—, y a la regulación del proceso internacional. De ahí que las normas de DIPr sobre jurisdicción internacional deban ser controladas a la luz de la respectiva Convención sobre derechos humanos, para comprobar si las mismas habilitan a las partes a acceder a la justicia y a un debido proceso.¹⁰ Si no lo hacen, debemos admitir que un juez asuma competencia si considera que de otra forma el acceso a la justicia sería bloqueado y habría una denegación de justicia (foro de necesidad). Esta solución fue recientemente incorporada en el artículo 2602 del Código de Derecho Civil y Comercial de Argentina.¹¹ También se incluye en los Principios TRANSJUS de ASADIP (artículo 3.10).

⁶ Ochoa Muñoz, Javier, op. cit., pp. 235, 241, 243.

⁷ http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES 2703 XLII-O-12.pdf

⁸ Ver sobre este punto: Fernández Arroyo, Diego Pedro, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *Recueil des cours*, T. 323, 2006, pp. 217-218; Fernández Arroyo, Diego Pedro, "Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional", en: *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa*, M.J.A. Oyarzábal (coord.), Buenos Aires, Ábaco, 2012, pp. 139-174, pp. 145-146.

⁹ Fernández Arroyo, Diego Pedro, "Capítulo 3. Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional, *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur*, D.P. Fernández Arroyo (coord.), Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 137-167, p. 142.

¹⁰ Cfr. Kinsch, Patrick, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit International privé", Recueil des Cours, vol. 318 (2005), p. 85-86

Aprobado por Ley núm. 26.994, 2014. "Artículo 2602.—Foro de necesidad. Aunque las reglas del presente Código no atribuyan jurisdicción internacional a los jueces argentinos, éstos pueden intervenir, excepcionalmente, con la finalidad de evitar

La justicia también puede ser alcanzada a través de medios privados de resolución de controversias, como el arbitraje internacional; que viene siendo utilizado cada vez con mayor frecuencia, particularmente en cuestiones de Derecho comercial internacional. El arbitraje no es un mecanismo nuevo, 12 pero sí es evidente que se ha transformado en fundamental. Ello ha llevado a Fernández Arroyo a sostener que los problemas sobre jurisdicción internacional se han vuelto relativos, si tomamos en consideración que hay mecanismos no jurisdiccionales para resolver controversias, que son incluso obligatorios en algunos casos. 13 Por supuesto que, eso es fiel reflejo de la realidad con respecto a asuntos comerciales internacionales importantes, pero no lo es, al menos por ahora, en relación con los casos de bajo monto, y en algunas materias como las de derecho de familia. 14 En cualquier caso, el arbitraje debe garantizar el acceso a la justicia y eso se relaciona, en mi opinión, con dos cuestiones básicas: primero, que el monto del asunto permita recurrir al arbitraje; y segundo, que ambas partes tengan suficiente poder de negociación como para consentir libremente el recurso al arbitraje.

2. Normas de jurisdicción internacional

2.1. La jurisdicción en el Derecho internacional privado

La jurisdicción en el ámbito del DIPr es la autoridad de los operadores judiciales de un determinado Estado de tomar conocimiento y decidir los casos de DIPr.¹⁵ Esa autoridad es atribuida por cada Estado a

la denegación de justicia, siempre que no sea razonable exigir la iniciación de la demanda en el extranjero y en tanto la situación privada presente contacto suficiente con el país, se garantice el derecho de defensa en juicio y se atienda a la conveniencia de lograr una sentencia eficaz".

¹² El Tratado de Montevideo de Derecho Procesal Internacional de 1889 ya lo reconocía en el art. 5.

¹³ Fernández Arroyo, Diego P., "Compétence exclusive et compétence...", cit., p. 217-218; Fernández Arroyo, Diego P., "Propuestas para una Evolución Deseable...", cit., pp. 145-146.

¹⁴ Fernández Arroyo, Diego P., "Propuestas para una Evolución Deseable...", cit., p. 156, reconoce que los métodos alternativos de resolución de controversias no son aplicables a todos los casos posibles, y que tienen sus propios problemas.

¹⁵ Art. 3.1 de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS); ver en http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASA DIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf

través de sus normas de DIPr nacionales o autónomas, que son siempre unilaterales porque solo obligan a los jueces de ese Estado. Eso es así independientemente de que la norma tenga una estructura unilateral o bilateral. Por otro lado, las normas convencionales distribuyen competencia jurisdiccional entre los tribunales de sus Estados parte, a través de normas bilaterales que son vinculantes para todos los Estaos parte de la Convención. 16

Independientemente de que resulte aplicable una fuente de DIPr nacional o convencional, los tribunales de varios Estados pueden tener jurisdicción concurrente respecto del mismo caso, ¹⁷ lo que puede causar algunos problemas que no siempre encuentran solución en las normas de DIPr. Por ejemplo, los tribunales del Estado del domicilio del demandado pueden ser competentes en un caso de responsabilidad extracontractual, pero también lo son los del lugar donde ocurrió el hecho generador del daño. ¹⁸ De ello resulta que dos demandas sobre el mismo caso podrían ser presentadas ante dos tribunales diferentes con jurisdicción concurrente, sin que exista una autoridad superior que resuelva este conflicto a través de una decisión vinculante, como sí ocurre en los casos nacionales. Los casos de litis pendencia internacional ocurren y hay pocas normas específicas ¹⁹ para atenderlos. ²⁰ Existen, sin embargo,

¹⁶ Fernández Arroyo, Diego P., "Capítulo 3. Aspectos generales...", *cit.*, pp. 149-150; Fernández Arroyo, Diego P., "Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial internacional", *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 80-114, p. 92.

¹⁷ Asser, Tobias M.C., Éléments de Droit International Privé ou du Conflit des Lois. Droit Civil, Procédure, Droit Commercial, Traduit par A. Rivier, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1884, p. 153, núm. 69, ya afirmaba en aquellos tiempos: "Il arrive fréquemment que les tribunaux de deus ou plusieurs pays sont, chacun en vertu de sa loi, compétents pour un seul et même procès. (...) Il peut arriver aussi, bien que ce cas se présente rarement, qu'en suite de la diversité des législations sur la compétence, aucun juge ne soit compétent. (...) On voit combien il est désirable, en cette matière surtout, que l'on adopte, dans les divers pays, des règles concordantes".

¹⁸ Ello ocurre en muchos sistemas jurídicos. Ver por ej. arts. 56 de los Tratados de Montevideo sobre Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940 y el art. 2401 del Código Civil uruguayo.

¹⁹ Una de esas normas es, por ej., el art. 22 del Protocolo de Las Leñas de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa, MERCOSUR/CMC/Dec. núm. 5/92. También el Art. 3.7 de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS); ver en http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf

²⁰ Fernández Arroyo, Diego P., "Capítulo 3. Aspectos generales...", cit., pp. 146-148.

algunos foros que son considerados exclusivos, que excluyen la posibilidad de cualquier jurisdicción concurrente.

En términos generales, una base de jurisdicción es un vínculo entre un cierto foro y un caso internacional. En principio, dicha conexión contribuye a establecer cuán apropiado es el foro de ese país para entender en el asunto. El criterio internacionalmente reconocido actualmente es que, en la mayoría de los casos, cuanto más fuerte es la conexión, más apropiado es el foro.²¹ En este sentido, los Principios ALI/UNIDROIT sobre el Proceso Civil Transnacional establecen que la jurisdicción puede ser ejercida "(...) cuando existe una conexión sustancial entre el Estado del foro y la parte o la transacción o el hecho litigioso" (Principio 2.1.2).²² Lo mismo establecen los Principios TRANSJUS de ASADIP (artículo 3.2).²³

La doctrina reconoce en general que la jurisdicción es el tema más importante a ser abordado por el DIPr para garantizar el acceso de las partes a un foro "justificable". La Corresponde al DIPr establecer una forma justa de distribución de los casos privados internacionales entre las diferentes jurisdicciones de acuerdo al derecho fundamental de acceso a la justicia. Ello no ha sido logrado todavía, con alcance general, ni a nivel universal ni regional, a pesar de que, tanto la Conferencia de La Haya de DIPr como la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), lo han intentado. No obstante, ambos foros lograron regular la jurisdicción en convenciones sobre temas específicos. Los criterios utilizados en las normas autónomas y convencionales de DIPr varían y han sido clasificadas de diferentes formas. Nos referiremos a continuación a algunas de ellas y a su capacidad para permitir el cumplimiento del derecho fundamental de acceso a la justicia.

²¹ Ruiz Abou-Nigm, Verónica, *The Arrest of Ships in Private International Law*, Oxford. Monographs in Private International Law Series, 2011, p. 168,7,09.

²² http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-spanish.pdf

²³ Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS); ver en http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANS-JUS-ES-FINAL18.pdf

²⁴ Glenn, Patrick, "The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?", *Unif.L.Rev.* 2004-4, pp. 829-845, p. 833

²⁵ Fernández Arroyo, Diego P., "Propuestas para una Evolución Deseable...", cit., pp. 144-145.

2.2. Foros generales y especiales

Los foros generales toman en cuenta un elemento que se encuentre en todos los casos, cualquiera sea el tema, como lo es el domicilio del demandado. La autonomía de la voluntad² también puede considerarse un foro general, aunque cada sistema jurídico, ya sea autónomo o convencional, lo regula de manera más amplia o restringida, y usualmente requiere el cumplimiento de condiciones adicionales, dependiendo de la materia. Los foros especiales, por otra parte, son aquellos directamente relacionados con las particularidades de la cuestión bajo análisis, y por tanto son inaplicables a otros casos. Es el caso, por ejemplo, del lugar de cumplimiento del contrato en materia contractual, el lugar donde ocurrió el hecho generador del daño en los casos de responsabilidad extracontractual y el lugar de ubicación del bien en las acciones reales. Veamos algunos ejemplos.

A. El domicilio del demandado —actor seguitur forum rei

La jurisdicción del domicilio de demandado es un criterio general ampliamente aceptado desde hace mucho tiempo.²⁸ En América se encuentra consagrado en varias normas convencionales y autónomas, como los artículos 56.2 de los Tratados de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y de 1940; el artículo 323 del Código Bustamante de 1928; el artículo 7.b del Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción en Materia Contractual;²⁹ el artículo 2401 del Código Civil

²⁶ Art. 3.3 de los Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS); ver en http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASA DIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf

²⁷ Fernández Arroyo, Diego P., "Capítulo 3. Aspectos generales...", cit., p. 157-159; von Mehren y Trautman, "Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis" (1966) 79 Harvard Law Review 1121, citado por Ruiz Abou-Nigm, Verónica, The Arrest..." cit., p. 169, 7.12. La autora refiere también a L.I. de Winter, "Excessive Jurisdiction in Private International Law" (1968) 17 International and Comparative Law Quarterly 717 at 718. Ruiz explica también que aquello que en el DIPr europeo —y Bruselas I— se llama jurisdicción "especial", en EEUU se denomina jurisdicción "específica". Juenger, Friedrich K., "La jurisdicción general en el derecho norteamericano", DeCITA 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 571-598, p. 572 et seq.

²⁸ Fernández Arroyo, Diego P., "Compétence exclusive et compétence...", *cit.*, p. 44, afirma que este criterio es el paradigma de la razonabilidad, a pesar de que los jueces o las partes siempre podrían manipularlo.

²⁹ MERCOSUR, CMC/Dec. núm. 1/94, http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/AN0194_e.asp

uruguayo; el artículo 39 de la Ley de DIPr de Venezuela;³⁰ el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil de Colombia; el artículo 2057 del Código de Civil de Perú;³¹ entre otros. Esta es también la solución del artículo 2 del Reglamento Europeo (EC) núm. 44/2001 (Bruselas I). Los Principios ALI/UNIDROIT, por su parte, establecen que existe una conexión sustancial cuando un demandado es un residente habitual del foro (Principio 2.1.2). En igual sentido, los Principios TRANS-JUS de ASADIP (artículo 3.8).

Este criterio beneficia al demandado porque es más fácil para él litigar en su propio país, en su propio idioma y bajo sus normas, por lo que su derecho de defensa será garantizado. Por otra parte, será más fácil y barato para el reclamante ejecutar la sentencia en el Estado del domicilio del demandado, porque será allí donde habitualmente este tendrá bienes. Además, no tendrá que pasar por el procedimiento del exequátur, que sería exigido si se tratara de la ejecución de una sentencia extranjera.³² En consecuencia, el criterio del domicilio del demandado beneficia también a la parte actora. Sin embargo, como acertadamente señala Ruiz Abou-Nigm, el actor se encuentra en una situación desfavorable cuando tiene que litigar en una jurisdicción extranjera —la del domicilio del demandado—, con todos los costos y otras dificultades que ello implica. Por el contrario, cuando se le permite litigar en la jurisdicción de su propio domicilio, ello será una carga para el demandado, pero también para el actor, quien tendrá que ejecutar la sentencia en el extranjero.33

³⁰ "Artículo 39. Además de la jurisdicción que asigna la ley a los tribunales venezolanos en los juicios intentados contra personas domiciliadas en el territorio nacional, los tribunales de la República tendrán jurisdicción en juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos contemplados en los artículos 40, 41 y 42 de esta Ley". http://www.cne.gob.ve/registrocivil/uploads/repoDocs/f3da5e0a751b6624f84ac8169c28a92764ccc2c3_1293024671.pdf Ver comentarios a esta norma en Pérez, Yaritza, "Regulaciones de derecho procesal civil internacional en la Ley de DIPr venezolana", *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 739-761, p. 740 et seq.

³¹ Sierralta Ríos, Aníbal, "La experiencia peruana sobre competencia jurisdiccional, aplicación de ley extranjera y reconocimiento de sentencias", *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 675-694, p. 677.

³² Rubaja, Nieve, Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 11.

³³ Ruiz Abou-Nigm, Verónica, The Arrest...", cit., p. 173, 7.19.

En algunas materias, como la societaria, el criterio del domicilio del demandado requiere especial atención. Si bien ha sido ampliamente aceptado que los tribunales de su domicilio tienen jurisdicción,³⁴ es importante determinar cuál es su domicilio, a los efectos de proteger el derecho de acceso a la justicia. Si solo tuvieran jurisdicción los tribunales del Estado del domicilio principal de la persona jurídica o sociedad, sería difícil, y aun imposible para algunos reclamantes, acceder a la justicia. Una buena solución es la del artículo 3 del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Terrestre Internacional de 1940, que establece que cuando el comerciante o sociedad tiene agencias, sucursales o similares en otros países, se consideran domiciliadas en el lugar donde funcionan y sujetas a la jurisdicción de los jueces de ese lugar con respecto de las actividades que allí realizan. De manera similar, el artículo 7 del Tratado de Montevideo de Derecho Comercial Internacional de 1889 establece que los jueces del país donde la sociedad tiene su domicilio tienen jurisdicción en aquellas reclamaciones surgidas entre socios o planteadas por terceros contra la sociedad. Sin embargo, agrega, si una sociedad con domicilio en un Estado realiza actividad comercial en otro y estas dan lugar a controversias, los jueces de este Estado tienen jurisdicción.35

B. El criterio Asser

El forum causae es conocido —al menos en Uruguay— como criterio Asser, por Tobías Asser, ya que sigue las ideas de este autor en materia de jurisdicción. Sostenía, ya en 1884, que parecía recomendable como principio general declarar competente, en cuanto fuere posible, al juez del país cuya ley regula la relación jurídica en cuestión. De ello resulta que el juez deberá, en general, aplicar su propia ley.³⁶ Este

 $^{^{34}\,}$ Por ej.: art. 65 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y art. 62 del de 1940.

³⁵ Fernández Arroyo, Diego P., "Compétence exclusive et compétence...", cit., p. 23, se refiere a un caso en que la Suprema Corte de Japón falló, sin base en ninguna norma positiva, a favor de la jurisdicción internacional de Japón, por considerar que ella estaba suficientemente fundada por el hecho de tener el demandado una sucursal en Japón, aunque el caso (un accidente aéreo) no tenía ninguna otra conexión con ese país. Esto muestra la actualidad de las soluciones de los Tratados de Montevideo en esta materia.

³⁶ Asser, Tobias M.C., Éléments de Droit International Privé..., cit., p. 158, núm. 71.

criterio es también llamado del paralelismo³⁷ u objetivo indirecto,³⁸ o *forum legis*,³⁹ y está en vigor en numerosos países americanos. Fue introducido por Gonzalo Ramírez en 1889 en el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889, artículo 56,⁴⁰ mantenido en el artículo 56 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1940 e incorporado en el artículo 2401 del Código Civil uruguayo.⁴¹ En la actualidad, el mismo se mantiene en el Proyecto uruguayo de Ley General de DIPr (artículo 56.3), que ya cuenta con media sanción legislativa.

Esta es una base de jurisdicción general, ya que se aplica a cualquier clase de acción. Es objetiva porque se vincula a la relación jurídica objeto del juicio y no a características personales de las partes, como la nacionalidad o el domicilio. Es indirecta ya que no determina directamente la jurisdicción, sino que lo hace de manera indirecta a través de la ley aplicable. Las ventajas de este criterio son que el juez aplica el Derecho que mejor conoce y se evitan problemas como el orden público, la institución desconocida y el reenvío, entre otras. ⁴² La ley venezolana de DIPr de 1998 incluye este criterio, no con alcance general sino en algunas materias especiales, como en acciones relativas a universalidad de bienes y en acciones sobre el estado de las personas o las relaciones familiares. ⁴⁴

³⁷ Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia*, 5a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1985, núm. 354, p. 461; Klett, Selva, "La jurisdicción Internacional", *Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur*, A. Landoni Sosa (dir.), Montevideo, FCU, pp. 97-112, p. 98.

³⁸ Vescovi, Eduardo, Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el Mercosur y América, Montevideo, Ed. Idea, 2000, pp. 37-39.

³⁹ Fernández Arroyo, Diego Pedro, "Compétence exclusive et compétence exorbitante...", *cit.*, p. 183.

⁴⁰ Gonzalo Ramírez, el autor uruguayo del *Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario*, Buenos Aires, Ed. Félix Lajouane, 1888, que fue la base de los ocho Tratados de Montevideo de 1889 y de su Protocolo Adicional, cita en su *Derecho Procesal Internacional*, (1892, p. 159) la referida afirmación de T. Asser.

⁴¹ Anexo incorporado por Ley núm. 10.084 del 4 de diciembre de 1941.

⁴² Vescovi, Eduardo, Derecho Procesal Civil..., cit., p. 38.

⁴³ "Artículo 41. Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes: 1. Cuando el Derecho venezolano sea competente, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley, para regir el fondo del litigio; (...)".

⁴⁴ "Artículo 42. Los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para conocer de los juicios originados por el ejercicio de acciones sobre estado de las personas o las

No obstante, y como sucede con todos los criterios, este ha sido objeto de algunas críticas⁴⁵ y ha sido abandonado recientemente —al menos en su formulación tradicional—, particularmente en la esfera interamericana. Las Convenciones interamericanas elaboradas en el ámbito de CIDIP han regulado las cuestiones jurisdiccionales, independientemente de las relativas a la ley aplicable. Particularmente en la Convención Interamericana sobre Jurisdicción en la Esfera Internacional para la Validez Internacional de Sentencias Extranjeras (CIDIP-III, La Paz, 1984), el criterio Asser no fue aceptado en relación con la jurisdicción indirecta. Solari afirmaba que el referido criterio solo podía funcionar adecuadamente en aquellos casos referidos a relaciones jurídicas internacionales relativamente simples, con soluciones claras, precisas y únicas en materia de ley aplicable; es decir, si la ley aplicable podía determinarse claramente al momento de iniciarse el proceso, ⁴⁶ lo cual no es fácil.⁴⁷

En mi opinión, las referidas críticas pueden ser técnicamente correctas, pero son más teóricas que prácticas, desde que la práctica profesional demuestra que es una base de jurisdicción muy útil, aunque no como base exclusiva, sino como jurisdicción concurrente. Por supuesto que la redacción tradicional del artículo 56 de los Tratados de Montevideo y del artículo 2401 del Apéndice del Código Civil Uruguayo podría ser técnicamente mejorada, pero ello no es motivo suficiente para dejar de lado este criterio. En realidad, en muchos instrumentos "modernos" de DIPr, el resultado final es que el juez competente es generalmente aquel cuyo Derecho resulta aplicable, aunque la norma no está redactada de esa forma. Así ocurre, por ejemplo, en la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en materia de Adopción de Menores, 48 la Convención Interamericana sobre Obligaciones

relaciones familiares: 1. Cuando el Derecho venezolano sea competente, de acuerdo con las disposiciones de esta Ley, para regir el fondo del litigio; (...)".

⁴⁵ Por ej.: Fernández Arroyo, Diego P., "Acerca de la necesidad...", *cit.*, p. 92, afirma que la dependencia de la jurisdicción de la ley aplicable pertenece a tiempos pasados, cuando el DIPr se limitaba casi a la ley aplicable. En las pp. 102-103 el autor reconoce que el *forum causae* podría ser de utilidad cuando no hay ningún otro criterio disponible, ni general ni especial, para determinar la jurisdicción.

⁴⁶ Solari Barrandeguy, Marcelo, "Temas Actuales en el DIPr Uruguayo", Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, Año II, núm. 2, 1997, pp. 37-57, p. 42.

⁴⁷ Ver Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado..., cit., p. 461.

⁴⁸ http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-48.html, arts. 15 y 3.

Alimentarias,⁴⁹ y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores.⁵⁰

2.3. Equilibrio entre intereses opuestos

A. Los derechos del actor y del demandado

Tanto el actor como el demandado tienen derecho de acceso a la justicia,⁵¹ lo que para el primero significa tener una jurisdicción accesible y para el segundo ser protegido contra la competencia exorbitante del foro. De hecho, la naturaleza de la protección de los derechos de cada uno de ellos es la misma, y ambas protecciones deben ser conciliadas, siendo el legislador nacional el encargado de ello, con el control del juez, quien debe restaurar el necesario equilibrio cuando claramente este no ha sido alcanzado.⁵² No obstante, ello no es tarea fácil.

B. Justicia en el caso concreto y certeza jurídica

El ejercicio de la jurisdicción constituye el ejercicio de un poder público del Estado y por eso debe ser determinado por el derecho de dicho Estado antes del surgimiento del caso particular. Esas reglas rígidas, *a priori* y abstractas sobre jurisdicción brindan certeza jurídica, al menos en teoría, aunque pueden no ser adecuadas en algunos casos particulares, desde que se basan en criterios abstractos y generales, pero no tienen en cuenta las circunstancias fácticas del caso, la realidad de las partes, el sujeto del litigio o los intereses del Estado. La antigua confrontación entre certeza jurídica y justicia en el caso concreto está siempre presente.

Se trata de si debe darse mayor discrecionalidad al juez o no, tanto para ejercer jurisdicción cuando en puridad carecen de ella, o para declinar jurisdicción cuando la tienen.⁵³ La respuesta dependerá de una

⁴⁹ http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html, arts. 8 y 6.

⁵⁰ http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html, arts. 6 y 4.

⁵¹ Ochoa Muñoz, Javier, "Algunas consideraciones sobre...", *cit.*, p. 251, destaca que el balance y la equidad entre las partes son inherentes al concepto actual de acceso a la justicia.

⁵² Kinsch, Patrick, "Droits de l'homme,...", *cit.*, pp. 47-48. El autor afirma que: "...dans les deux cas, il s'agit d'assurer la garantie du droit des parties a un juge dont la compétence soit objectivement acceptable pour elle...".

⁵³ Hernández-Bretón, Eugenio, "Apuntes para un estudio acerca de la flexibilización de los criterios atributivos de jurisdicción", Los Servicios en el Derecho Internacional

opción necesaria entre los dos valores en disputa: certeza jurídica o justicia en el caso concreto. No obstante, considero que dicha opción no debería ser radical o absoluta, sino equilibrada. Los jueces deberían tener un cierto grado de discrecionalidad a ser ejercida conforme a normas y principios preestablecidos; es decir, flexibilidad, pero no discrecionalidad absoluta. El juez debe basar su decisión discrecional en fundamentos sólidos, como la necesidad de garantizar el derecho de acceso a la justicia o el derecho de defensa de actor y demandado.

Ya existe una norma en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr (artículo 9) que, aunque refiere a la armonización de las diversas leyes aplicables, lo cual no es lo mismo que la flexibilidad en materia de jurisdicción, presenta ciertos fundamentos comunes: en ambos casos las finalidades perseguidas por el legislador deben ser alcanzadas y el juez debe resolver a la luz de la justicia en el caso concreto.

Cuando se trata de la jurisdicción, el actor debe casi siempre elegir entre varias jurisdicciones concurrentes y el juez del Estado donde se presenta la reclamación debe decidir en primer lugar si puede o no ejercer jurisdicción, y, en segundo lugar, si debe hacerlo o si debe declinar competencia por razones de orden público, *forum non conveniens* u otra. En ocasiones, por el contrario, necesita ejercer jurisdicción —aunque no la tenga conforme a sus normas de DIPr sobre jurisdicción general o especial— para evitar una denegación de justicia u otra razón sólida, alegando el *forum necessitates*.

Con respecto al conflicto entre justicia en el caso concreto y certeza jurídica, el Reglamento Europeo (EC) núm. 44/2001 (Bruselas I) da prioridad a esta última.⁵⁴ Sin embargo, la cuestión es cómo asegurar el debido equilibrio entre los dos valores.⁵⁵ En cambio, los principios TRANSJUS de ASADIP consagran el principio de "activismo judicial transnacional", por el que "los jueces de demás operadores de justicia deben asumir un rol activo en la realización efectiva de la justicia, sorteando los formalismos legales que la puedan entorpecer..." (artículo 1.1.f)

Privado. Jornadas de la ASADIP 2014, J.A. Moreno Rodríguez y C. Lima Marques (coord.), Porto Alegre, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 219-234, p. 220, 227-228.

⁵⁴ Considerando núm. 11.

⁵⁵ Considerando núm. 12 del Reglamento, justificando sus arts. 5 y 6. P. Kinsch, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit International privé", *Recueil des Cours*, vol. 318 (2005), pp. 9-332, p. 75.

Algunos autores afirman que uno de los principales objetivos del DIPr es asegurar las justas expectativas de las partes, lo que implica la previsibilidad de resultados. Consecuentemente, Vrellis señala que debemos elegir un punto de conexión que respete dichas expectativas, como la autonomía de la voluntad. No obstante, esta última supone la igualdad de las partes involucradas en la relación jurídica, lo que si bien es un elemento fundamental de justicia, no siempre es respetado por el Derecho positivo. De ahí que cuando las partes tienen la potestad legal de designar la ley aplicable mediante un acuerdo, pueden hacerlo en la medida en que dicho acuerdo realmente exista y que ambas partes tengan igual libertad de manifestar sus consentimientos. Cuando el poder de elegir el foro pertenece a una sola de las partes, aparece la inequidad.

Existen algunos riesgos en la libertad de las partes de elegir la jurisdicción, como el abuso de la posición dominante de una de las partes. Nótese que los Principios ALI/UNIDROIT establecen que la jurisdicción puede ser ejercida por consentimiento de las partes de someter la disputa al tribunal (Principio 2.1.1); es decir, consentimiento de ambas partes, no de una sola de ellas. Más aún en el Comentario P-2A se dice que un tribunal no debería ejercer jurisdicción en base al consentimiento implícito, sin darle a las partes una oportunidad justa de cuestionar esa jurisdicción. Los terceros también están interesados en la previsibilidad, lo que conduce a la certeza jurídica y seguridad. Los referidos valores no están en conflicto con la justicia, y si lo estuvieren, los valores morales como la justicia deberían prevalecer porque son superiores a los meramente jurídicos como la certeza. 58

Los Principios TRANSJUS de ASADIP refieren a la "voluntad de las partes libremente expresada" y a la protección de la "parte débil" (artículo 3.3), lo que claramente excluye la imposición unilateral.

Algunos sistemas jurídicos incluyen normas específicas que apuntan a evitar abusos y preservar el debido equilibrio entre las partes, así como la previsibilidad. Es el caso, por ejemplo, de México. El artículo 567

⁵⁶ Vrellis, Spyridon, "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", *Recueil des cours*, vol. 328 (2007), pp. 365-366.

⁵⁷ Vrellis, Spyridon, "Conflit ou coordination de valeurs...", cit., pp. 356-357, 402; Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Montevideo, FCU, 1991, y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", en *Curso de Derecho Internacional*, *XXXI*, 2004, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, pp. 323-390.

⁵⁸ Cfr. Vrellis, Spyridon, "Conflit ou coordination de valeurs...", cit., pp. 381-384.

del Código Federal de Procedimiento Civil (CFPC) establece que una cláusula de elección de foro no será válida cuando la libertad de elegir el foro sólo beneficia a una de las partes y no a todas ellas.⁵⁹

2.4. Foros de protección

Existen algunos casos donde el legislador —nacional o internacional— no debe ser neutral al atribuir jurisdicción, sino que debe equilibrar la situación desequilibrada de una de las partes con respecto a la otra. Este es el caso de los contratos con parte débil, de los casos que involucran a niños o incapaces, u otras categorías en que un valor fundamental debe ser protegido, como los casos de obligaciones alimentarias, 60 o de adopción internacional. Por ejemplo, con respecto a los derechos del niño y la necesidad de proteger a los niños como partes débiles, es ampliamente aceptado que los tribunales de su residencia habitual tienen jurisdicción internacional. Esta es la solución en las modernas Convenciones sobre diversas materias referidas a la protección de menores como, por ejemplo, el Convenio de La Haya relativo a la Competencia, Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños de 1996;61 la Convención Interamericana sobre Conflicto de Leves relativo a la Adopción de Menores;62 la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias;63 y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores. 64 Siendo esto así, se ha sostenido que el impacto de los derechos humanos en esta materia no generará verdaderos problemas. 65

⁵⁹ Art. 567: "No se considerará valida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas. (artículo adicionado mediante decreto publicado en el diario oficial de la Federación el 12 de enero de 1988)", <a href="http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm?s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm?s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm?s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm?s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm?s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm]s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm]s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm]s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm]s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm]s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm]s="https://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm]s="https://info4.juridicas.unam.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm]s="h

⁶⁰ Fernández Arroyo, Diego P., "Capítulo 3. Aspectos generales...", cit., p. 154, 158-159.

⁶¹ http://www.hcch.net/index es.php?act=conventions.text&cid=70, art. 5.

⁶² http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-48.html, art. 15.

⁶³ http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html, art. 8.

⁶⁴ http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html, art. 6.

⁶⁵ Dutoit, Bernard, "Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant : le choc qui fait chic?", A Commitment to Private International

2.5. Foro de necesidad

En principio, los tribunales tienen jurisdicción solo cuando existe una norma de DIPr autónoma o convencional que así lo establezca o que autorice a las partes a hacerlo. El problema es que en algunos casos dichas normas —ya sean generales o especiales— no son suficientes para permitir el acceso a la justicia, mientras que el acceso a la justicia está consagrado en la mayoría de los instrumentos sobre derechos humanos, particularmente en el artículo 8 de la CADH, en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en las Constituciones nacionales, y las normas de DIPr deben respetar y asegurar su cumplimiento. Por lo tanto, el DIPr debe proporcionar normas especiales que garanticen un efectivo acceso a la justicia en aquellos casos en que ello no es posible a través de medios normales. En esos casos, la base de jurisdicción es el forum necessitatis, que está consagrado en diversas normas de DIPr, como el artículo 3 de la ley suiza;66 el artículo 3136 del Código Civil de Quebec;67 el artículo 565 CFPC, de México;68 y el artículo 11 del Código belga de 2004.69

Law. Essays in honour of Hans van Loon, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013, pp. 143-156, p. 146.

^{66 &}quot;When this Act does not provide for jurisdiction in Switzerland and proceedings in a foreign country are impossible or cannot reasonably be required, the Swiss judicial or administrative authorities at the place with which the case has a sufficient connection have jurisdiction". http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amended_until_1_7_2014.pdf

^{67 &}quot;3136. Even though a Québec authority has no jurisdiction to hear a dispute, it may hear it, if the dispute has a sufficient connection with Québec, where proceedings cannot possibly be instituted outside Québec or where the institution of such proceedings outside Québec cannot reasonably be required". http://ccq.lexum.com/ccq/en#!fragment/sec3136

^{68 &}quot;ARTÍCULO 565. No obstante lo previsto en el artículo anterior, el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente. El tribunal mexicano podrá asumir competencia en casos análogos". Artículo adicionado DOF12-01-1988, https://www.google.com.uy/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=art%20565%20 CFPC%20Mexico Ver: Silva, Jorge A., "La precisión de la competencia...", cit., p. 653.

⁶⁹ "Art. 11. Exceptional attribution of international jurisdiction. Notwithstanding the other provisions of the present statute, the Belgian courts will exceptionally have jurisdiction when the matter presents close connections with Belgium and proceedings abroad seem impossible or when it would be unreasonable to demand that the action be brought abroad". http://www.ipr.be/data/B.WbIPR%5BEN%5D.pdf

También fue incorporado en el artículo 56.8 del Proyecto de Ley General de DIPr de Uruguay.⁷⁰

Cuando el sistema aplicable de DIPr no incluye dichas normas expresas y especiales sobre jurisdicción basadas en el foro de necesidad, y en tanto la situación pone en riesgo el derecho fundamental de acceso a la justicia, el juez puede excepcionalmente asumir jurisdicción. Si bien la inclusión de normas expresas sobre foro de necesidad es deseable porque estas son muy útiles para los jueces y garantizan el derecho de acceso a la justicia, su ausencia no es un obstáculo para hacer efectivo el referido derecho fundamental, ya que el juez puede utilizar el foro de necesidad para crear jurisdicción o para interpretar una va existente a los efectos de evitar denegación de justicia.⁷¹ Por supuesto que ello presupone jueces de mente abierta capaces de transformar en flexible al positivismo rígido, a favor de valores superiores como la protección de derechos humanos, aunque protegiendo otros derechos humanos involucrados, como el derecho del demandado de defensa.⁷² Sin embargo, si vamos más hondo en nuestro análisis, este enfoque no deja el positivismo de lado, va que los derechos humanos están consagrados en normas convencionales positivas, incorporadas al ordenamiento jurídico del juez. Por lo tanto, el juez se limita a aplicar una norma convencional sobre derechos humanos, que está por cierto por encima de sus normas de DIPr autónomas o convencionales, y todas ellas pertenecen a su ordenamiento jurídico.

^{70 &}quot;Sin perjuicio de las normas contenidas en las convenciones internacionales, o en defecto de ellas, los tribunales de la República tienen competencia en la esfera internacional: (...) 8. Cuando, aun careciendo de competencia en la esfera internacional según otras normas de la presente ley, se cumplan acumulativamente los siguientes requisitos: *a*) la intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia; *b*) que la causa se revele de imposible juzgamiento en otro Estado o no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero; *c*) el caso tenga vínculos relevantes con la República; *d*) sus tribunales estén en condiciones de garantizar el debido proceso y; *e*) la sentencia que se dicte sea susceptible de cumplimiento o ejecución".

⁷¹ Fernández Arroyo, Diego P., "Capítulo 3. Aspectos generales...", cit., p. 164-165 y Fernández Arroyo, Diego Pedro, "Compétence exclusive et compétence...", cit., p. 74. El autor cita el caso Vlasov, del 25 de marzo de 1960, Suprema Corte de la nación, Argentina (LL, 98-277). Fernández Arroyo, Diego Pedro, "Acerca de la necesidad...", cit., p. 103.

⁷² Rubaja, Nieve, *Derecho Internacional Privado...*, *cit.*, pp. 8-9; Fernández Arroyo, Diego Pedro, "Capítulo 3. Aspectos generales...", *cit.*, p. 164.

El artículo 43 de la ley de DIPr venezolana permite al juez adoptar medidas temporales para proteger a las personas que se encuentran en su territorio, incluso cuando esos jueces no tengan jurisdicción en el asunto de fondo (forum necessitates).73 En el sistema convencional interamericano y en las normas de DIPr uruguayas, existen soluciones similares, usualmente denominadas "principio de jurisdicción más próxima". Este principio opera en diversas áreas del DIPr, como la cooperación jurisdiccional internacional, y en particular en la cooperación cautelar. 74 También opera en diversas cuestiones de derecho de familia.75 Los Principios ALI/UNIDROIT establecen que "El tribunal puede decretar medidas cautelares con respecto a una persona o a bienes ubicados dentro del territorio del Estado del foro, aun cuando no tenga jurisdicción para conocer en el litigio" (Principio 2.3). El referido principio reconoce que "un Estado puede ejercer su jurisdicción mediante el secuestro o embargo de bienes que se encuentren ubicados en su territorio, por ejemplo, para garantizar el cumplimiento de una sentencia eventual, aun cuando los bienes no sean ni el objeto ni el sujeto de la disputa" (Comentario P-2D).

En cuanto a la jurisprudencia, la Corte de Apelaciones de Quebec, en el caso *ACCI v. Anvil Mining Ltd.*, ⁷⁶ declinó competencia con base en el foro de necesidad. ⁷⁷ En Francia, aunque los criterios a este respecto

⁷³ Hernández-Bretón, Eugenio, "Apuntes para un estudio...", cit., pp. 229-230.

⁷⁴ Art. 10 de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (CIDIP-II, Montevideo, 1979), http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-42.html. Un texto muy similar puede encontrarse en el art. 535 del Código General del Proceso de Uruguay (<a href="http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley=15982&Anchor="https://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTexto-Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.asp?Ley.

 $^{^{75}\,}$ Ver, por ej., art. 6 de la Convención Inter-Americana sobre Restitución Internacional de Menores.

⁷⁶ 2012 QCCA 117. http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2012/2012qcca11 7/2012qcca117.html

⁷⁷ La profesora Genevieve Saumier concluye que: The decision of the Court of Appeal in Quebec is disappointing in so far as its interpretation of the forum of necessity provision in the Civil Code of Quebec is quite narrow, particularly as regards the condition of a connection with Quebec; moreover, its application of the provision to the facts of the case deals rather summarily and dismissively with findings of fact made by the first instance judge without sufficient justification for its rejection of the evidence provided Estado by the claimant and relied upon by the trial judge. Given the nature of the claims and of the jurisdictional basis invoked, it was incumbent on the Court of Appeal to provide better guidance for future claimants as to what type of evidence will be required to support an article 3136 C.C.Q. jurisdictional claim and to what extent trial court findings in relation to such evidence will be deferred to in the absence of an error of law. http://conflictoflaws.net/2012/quebec-court-refuses/

son estrictos, hay algunas sentencias donde los tribunales franceses aceptan jurisdicción sobre la base del foro de necesidad.⁷⁸ En Argentina, el foro de necesidad fue admitido por la Corte Suprema en el caso *E. Cavura v A. Vlasov* en 1960.⁷⁹

En suma, el foro de necesidad no debería ser utilizado como excusa para mantener foros exorbitantes, ya que su principal objetivo no es otorgar una justificación para asumir competencia a tribunales que no la tienen, sino garantizar el ejercicio efectivo del derecho fundamental de acceso a la justicia.⁸⁰

3. Las llamadas jurisdicciones exorbitantes

La doctrina ha definido tradicionalmente a los foros exorbitantes como aquellos que no son razonables porque no se basan en un elemento esencial del caso, sino que le dan jurisdicción a un tribunal que no tiene vínculos razonables con aquel.⁸¹ Tienden a privilegiar al actor, ofreciéndole una jurisdicción que no parece natural en comparación con la regla *actor sequitur forum rei* y que, por tanto, puede ir en contra del derecho del demandado a un proceso justo.⁸²

Las jurisdicciones exorbitantes han sido a veces justificadas sobre la base de la soberanía, como el poder del Estado sobre las personas y los bienes que se encuentran en su territorio, aunque a veces se basan principalmente en la tradición, o en intereses económicos.

En general, entre los foros exorbitantes se mencionan, por ejemplo, el del domicilio del actor, el de la nacionalidad del actor, el de la propiedad (existencia de algún bien del demandado en el territorio del juez), el *forum arresti*, la presencia y notificación personal dentro de la jurisdicción, y el lugar de los negocios.⁸³

⁷⁸ Gaudemet-Tallon, Hélène, "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général", *Recueil des cours*, tome 312 (2005), pp. 9-488, p. 445.

⁷⁹ La Ley, T. 98, p. 287.

⁸⁰ Fernández Arroyo, Diego P., "Compétence exclusive et compétence...", *cit.*, p. 76.

⁸¹ Fernández Arroyo, Diego P., "Capítulo 3. Aspectos generales...", cit., p. 152-156; Fernández Arroyo, Diego P., "Acerca de la necesidad...", cit., p. 99. Ver al respecto los Principios TRANSJUS de ASADIP, art. 3.6, http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf

⁸² Kinsch, Patrick, "Droits de l'homme...", cit., pp. 68, 64.

⁸³ Para un análisis detallado de cada uno de estos foros, me remito, por razones de espacio, a las siguientes publicaciones de mi autoría, anteriores a este trabajo:

4. ¿Es posible calificar a priori un foro como razonable o exorbitante?

4.1. ¿Existen algunos foros que sean exorbitantes per se?

El punto de partida de la mayoría de los autores es que existe una categoría de foros que puede calificarse de exorbitante *per se*; es decir, *a priori* del caso, y que, por lo tanto, deberían ser eliminados de los sistemas jurídicos.⁸⁴ No obstante, las opiniones son divergentes cuando se trata de categorizar algunas de esas bases de jurisdicción en la lista negra de foros exorbitantes: lo que es exorbitante para algunos es razonable para otros.

A sabiendas de que puede ser considerada una afirmación audaz, considero que los foros no son necesariamente exorbitantes *a priori*, aunque reconozco que algunos son más propensos a serlo que otros. El problema no es el instrumento en sí mismo, sino el uso que hacemos de él.⁸⁵ En mi concepto, algunas de las bases de jurisdicción que habitualmente son consideradas como exorbitantes, y que de hecho así lo parecen, al menos desde un punto de vista teórico, pueden ser muy razonables en ciertos casos. El problema es que la elección entre los foros disponibles debería ser hecha *ex bona fide*, y ello no siempre sucede. Por el contrario, aun los foros más razonables son a veces utilizados por el actor con el único propósito de causar daño al demandado. Por lo tanto, el meollo de la cuestión no es eliminar los así llamados foros exorbitantes de los sistemas jurídicos convencionales y nacionales,

[&]quot;Public Policy: Common Principles in the American States", *Recueil des cours*, vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73–396, en especial pp. 343–378; "El acceso a la justicia como derecho humano a ser garantido por el derecho internacional privado", *El Derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, t. I, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, pp. 113–156.

⁸⁴ Por ejemplo, y entre muchos otros reconocidos autores: Fernández Arroyo, Diego P. "Compétence exclusive et compétence exorbitante...", cit., a lo largo de todo su curso; Fernández Arroyo, Diego P., "Propuestas para una Evolución Deseable...", cit., pp. 139-174. Esta tendencia puede observarse en los trabajos de la Conferencia de La Haya de DIPr respecto de la jurisdicción, aunque con escaso éxito hasta el momento. Fernández Arroyo afirma que ello se debe a varias razones, particularmente a los problemas para alcanzar un acuerdo sobre ciertos foros "exorbitantes" como el "doing business", y algunos intereses particulares en preservar algunos privilegios ("Compétence exclusive...", p. 177-178).

⁸⁵ Fernández Arroyo, Diego P. "Acerca de la necesidad...", cit., p. 108, reconoce esto, aunque refiriéndose al *forum non conveniens*.

sino darle a los jueces los medios necesarios para controlar efectivamente los abusos.

4.2. Ejemplos⁸⁶ de uso razonable de foros que generalmente son calificados como exorbitantes

A. Foro del domicilio del actor

El foro del domicilio del actor ha sido ampliamente aceptado principalmente como una base de jurisdicción especial, no general, en materias como divorcio, responsabilidad extracontractual, alimentos y algunas cuestiones marítimas, y habitualmente es una entre otras jurisdicciones concurrentes. Ese es el caso, por ejemplo, de Uruguay en materia de divorcio, y la ratio de dicha solución es que la posibilidad de divorciarse de toda persona domiciliada en Uruguay es considerada un principio fundamental de orden público.87 Por lo tanto, el objetivo es proporcionarle al actor varias posibilidades en materia de jurisdicción, y ellas son, en el DIPr uruguayo, la de su propio domicilio, la del domicilio del demandado, o la del último domicilio matrimonial. Este es el resultado de una interpretación evolutiva de las normas en vigor, que solo incluyen, a través del criterio Asser (arts. 2401, 1er párrafo y 2396 CC), la jurisdicción del domicilio matrimonial, cuando en la mayoría de los casos internacionales de divorcio ese punto de conexión no existe, ya que los cónyuges se domicilian en diferentes países. Por supuesto que ninguna de las referidas jurisdicciones concurrentes puede ser aceptada si afecta de una forma u otra el derecho del demandado a la defensa y al debido proceso.88

El Convenio sobre responsabilidad civil emergente de accidentes de tránsito entre Argentina y Uruguay⁸⁹ y el Protocolo de San Luis

⁸⁶ Por razones de espacio veremos solo dos ejemplos. Ver mayor desarrollo del tema en las siguientes publicaciones de mi autoría, anteriores a este trabajo: "Public Policy: Common Principles...", *cit.*, pp. 343-378; "El acceso a la justicia...", *cit.*, pp. 113-156.

⁸⁷ La Suprema Corte de Justicia uruguaya sent. núm. 372, 17/10/97 (Cairoli, Marabotto, Torello —r—, Alonso de Marco, Mariño), *La Justicia Uruguaya*, caso núm. 13.476, comentada en Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Curso de Derecho Internacional Privado*, t. II, vol. 1, 2a. ed., Montevideo, FCU, 2013, pp. 259.

⁸⁸ Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *Curso...*, *cit.*, pp. 264-272 y la jurisprudencia allí referida.

⁸⁹ http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv16522.htm Art. 7

sobre la misma materia, ⁹⁰ establecen tres foros concurrentes: el del domicilio del actor, el del domicilio del demandado, o el del lugar donde ocurrió el accidente, a opción del actor. La *ratio* se encuentra en el principio del *favor laesi*, que no es nuevo y ha sido criticado, pero sigue vigente, en tanto respete los derechos del demandado a la defensa y al debido proceso.

El artículo 8 de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias⁹¹ establece que: "Serán competentes en la esfera internacional para conocer de las reclamaciones alimentarias, a opción del acreedor: *a*) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor; *b*) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor, o *c*) El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales tales como: posesión de bienes, percepción de ingresos, u obtención de beneficios económicos. Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo, se considerarán igualmente competentes las autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición de que el demandado en el juicio, hubiera comparecido sin objetar la competencia". ⁹² La *ratio* de dicha solución es facilitarle al acreedor de los alimentos el acceso a la justicia y a la obtención de los alimentos.

B. Forum arresti

En los casos marítimos, particularmente, pero no solo, en aquellos en que se reclama un monto bajo, el *forum arresti* es usualmente la única posibilidad para el reclamante de acceder a la justicia y de obtener una sentencia ejecutable, y eso no contraviene la previsibilidad ni es contrario al derecho del demandado de defensa y debido proceso; más aún, generalmente este es un foro concurrente con el del domicilio del demandado, interpretado como el lugar donde la persona física o jurídica tiene una sucursal o agencia que ha participado en el contrato o negocio objeto del juicio. Debido a la naturaleza intrínseca del negocio, los armadores suelen tener un agente marítimo con sus abogados locales en cada puerto donde operan. Por lo tanto, su derecho de defensa y el debido proceso no se ven afectados por el *forum arresti*. Y si lo

⁹⁰ http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/protocolos/prot17050.htm MERCOSUR/CMC/Dec. núm. 1/96, Art. 7

⁹¹ http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-54.html

⁹² Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Curso..., cit., pp. 191-193 y la jurisprudencia allí referida.

estuviere, el juez debería declinar competencia en ese caso en particular, con base en los derechos fundamentales superiores consagrados en las normas convencionales en vigor en su ordenamiento jurídico.

4.3 Remedios para el uso exorbitante de la jurisdicción

Para aquellos autores que consideran que hay algunos foros exorbitantes per se, la mejor solución legislativa es eliminarlos de los respectivos ordenamientos jurídicos. 93 Cuando el punto de partida es que no hay foros exorbitantes per se sino foros que son mal utilizados, utilizados abusivamente, con el único propósito de causar problemas al demandado, la solución no puede ser eliminarlos a priori del caso de una lista de foros concurrentes. Lo que puede hacerse en la esfera convencional o legislativa es mejorar la regulación de dichas bases de jurisdicción, principalmente dotando a los jueces de guías o parámetros que enmarquen su discrecionalidad. Dichos parámetros deben necesariamente tomarse de los derechos procesales fundamentales contenidos en las convenciones de derechos humanos, en especial los derechos de acceso a la justicia, de defensa, de debido proceso, de tener un juicio justo y de que la sentencia dictada sea reconocida y ejecutada. Puede haber otros medios legislativos como incluir requisitos adicionales para esas bases de jurisdicción, que garanticen que el tribunal tendrá una estrecha relación con el caso y que estará en condiciones de emitir un fallo justo y de respetar los derechos procesales fundamentales.

Los medios disponibles para los jueces a los efectos de neutralizar una determinada base de jurisdicción cuando esta deviene exorbitante en un caso en particular, pueden ser los contenidos en las normas convencionales o nacionales positivas, mencionados en el párrafo anterior. No obstante, en cualquier caso, los jueces pueden servirse de los mecanismos tradicionales de la teoría general del DIPr, principalmente de los mecanismos del orden público y del *forum non conveniens*, del no reconocimiento de las sentencias extranjeras emitidas por un tribunal que asumió jurisdicción en forma exorbitante y de las Convenciones de Derechos Humanos. Estas últimas constituyen Derecho positivo, por lo que brindan a los tribunales una base positiva para actuar a través de todos los mecanismos referidos.

⁹³ Fernández Arroyo, Diego P., "Compétence exclusive et compétence exorbitante...", *cit.*, pp. 243, 246.

A. El orden público internacional

Los principios fundamentales del orden público procesal internacional deben ser respetados y garantizados a lo largo de todo el proceso, desde su comienzo mismo, lo cual incluye la jurisdicción directa. El tribunal debe controlar si el criterio de jurisdicción utilizado por el actor cumple con los referidos principios fundamentales. No es suficiente con que exista una base de jurisdicción legal o convencional; el tribunal debe efectuar siempre el referido control. Los principios mencionados se incluyen en general en normas constitucionales o convencionales y son, con respecto a la jurisdicción directa, principalmente el derecho de acceso a la justicia y de defensa.

B. El forum non conveniens

El forum non conveniens es un recurso muy útil mediante el cual los tribunales pueden neutralizar el uso indebido o exorbitante de algunas bases de jurisdicción. He sun medio a través del cual el demandado puede obtener del tribunal que este decline la jurisdicción invocada por el actor, incluso cuando el tribunal tiene jurisdicción. El tribunal —al menos en la práctica inglesa— aceptará la solicitud del demandado solo si considera que hay otro foro que también tiene jurisdicción pero que, además, es más apropiado para juzgar el caso teniendo en cuenta los intereses de todas las partes, y para alcanzar la justicia. La carga de la prueba corresponde al demandado. Para decidir si existe un foro claramente más apropiado, el tribunal tomará en cuenta cuál es el foro "natural"; es decir, aquel con el cual el caso tiene la conexión más real y sustantiva. La corte analizará, entre otros factores, la disponibilidad de los testigos, los lugares donde las partes residen o desarrollan su actividad comercial y la ley que regula la transacción. He desarrollan su actividad comercial y la ley que regula la transacción.

⁹⁴ Fernández Arroyo, Diego P. "Compétence exclusive et compétence exorbitante...", *cit.*, p. 243, afirma: "...Un des moyens utilisés par les tribunaux à cette fin es le *forum non conveniens*. Voilà une solution à approfondir pour lutter contre les effets nuisibles des fors exorbitant...".

⁹⁵ Morris, H.C., McClean, David, Ruiz Abou-Nigm, Verónica, *The Conflict of Laws*, 8th Edition, London, Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, 2012, p. 131-132, 5-044 to 5-046. La consideración de la ley applicable al caso a los efectos de determinar cuál es el 'foro natural' muestra que el criterio Asser, analizado *supra*, sigue siendo relevante, al menos en algunas situaciones.

El objetivo original del *forum non conveniens*, surgido en Escocia en el siglo XIX, era corregir los excesos del *forum arresti* exorbitante.⁹⁶ Esta teoría aparece así en un país con un sistema jurídico mixto con elementos del *common law* y del *civil law* y se esparció principalmente por los países del *common law*, pero también en algunos países civilistas, como Venezuela, donde el *forum non conveniens* fue expresamente previsto en el artículo 333 de la Ley de Comercio Marítimo. La ley de Nicaragua también prevé el *forum non conveniens*.⁹⁷ En otros países, como Uruguay, el *forum non conveniens* es admitido solo en la jurisprudencia, y a veces sin siquiera mencionarlo por su nombre.

En un caso en que el marido, domiciliado en Uruguay, cerca de la frontera con Brasil, presentó acción de divorcio en Uruguay contra su esposa domiciliada en Brasil, cerca de la frontera con Uruguay, junto a los hijos menores de ambos, el tribunal uruguayo consideró que aunque tenía competencia —domicilio del actor—, los tribunales brasileños también eran competentes —domicilio del demandado y último domicilio matrimonial— y estaba en mejores condiciones para ejercer jurisdicción en el caso, porque ya habían entendido en otros conflictos de esa misma familia.98

No obstante, en otros países civilistas como Costa Rica, Guatemala, Ecuador y Panamá, los tribunales han sido contrarios a aceptar casos transferidos por los tribunales de Estados Unidos con base en el *forum non conveniens*, particularmente si el actor había decidido litigar ante los tribunales del domicilio del demandado. Más aún, Ecuador, Guatemala y Nicaragua, han adoptado leyes que expresamente apuntan a limitar el alcance territorial del *forum non conveniens*.⁹⁹

⁹⁶ Fernández Arroyo, Diego P., "Compétence exclusive et compétence exorbitante...", cit., p. 162. Ver también Scoles, Eugene F. & Hay, Peter, Conflict of Laws, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982, p. 363, § 11.9, donde los autores refieren al caso Clements v. Macaulay, 4 Macpherson (Sess. Cas., 3d ser.) 583, 592 (1866), y Morris, H.C., McClean, David, Ruiz Abou-Nigm, Verónica, The Conflict of Laws..., cit., p. 131, 5-044, entre otros.

⁹⁷ Hernández-Bretón, Eugenio, "Apuntes para un estudio...", cit., pp. 229-230.

⁹⁸ Monserrat, Battistella, Toscano, sentencia de 30/6/94, La Justicia Uruguaya, caso núm. 12.742 y Fresnedo de Aguirre, Cecilia, Derecho Internacional Privado. Material práctico: casos, documentos, fallos, 1a. ed., Montevideo, FCU, 2000, pp. 97-99; C. Fresnedo de Aguirre, Curso de Derecho Internacional Privado, t. II, vol. 1, 2a. ed., Montevideo, FCU, 2013, p. 266.

⁹⁹ Garro, Alejandro M., "Forum non conveniens: disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde una perspectiva comparada", *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 174-206, pp. 183-187.

Como sostiene la doctrina, el *forum non conveniens* fue diseñado para evitar perjuicios al demandado y al tribunal, que pudieran resultar de un *forum shopping* indebido, factible mediante la utilización de los criterios de jurisdicción aceptados. No obstante, el *forum non conveniens* no debe ser visto como una discrecionalidad arbitraria, ya que la doctrina tiene estándares bien definidos para el ejercicio de esa discrecionalidad y constituye una limitación impuesta sobre el foro por su propio derecho, ¹⁰⁰

La Suprema Corte de Estados Unidos, en el leading case Gulf Oil Corp. v. Gilbert, 101 confirmó el rechazo de la acción por un tribunal de distrito de Nueva York con base en el forum non conveniens, en un caso de responsabilidad extracontractual ocurrido enteramente en Virginia. La Suprema Corte afirmó que el tribunal debe sopesar las ventajas relativas y los obstáculos para un juicio justo. Se sostiene habitualmente que el actor no puede, mediante la elección de un foro inconveniente, hostigar u oprimir al demandado inflingiéndole gastos o problemas que no sean necesarios para satisfacer su derecho de obtener una solución. Pero salvo que el balance esté fuertemente a favor del demandado, la elección del foro por el actor no debe en principio ser alterada. Unos años después, en el caso Piper Aircraft v. Reyno, 102 la Suprema Corte reafirmó, y en algunos aspectos amplió, la doctrina del forum non conveniens, tal como se aplica en los casos internacionales. 103

Si bien el Reglamento Europeo (EC) núm. 44/2001 (Bruselas I) no admite el *forum non conveniens*, ¹⁰⁴ en el caso *Re Harrods (Buenos Aires) Ltd*, ¹⁰⁵ el tribunal de apelaciones inglés decidió que la Convención de Bruselas no excluye la aplicación de principios del Derecho nacional, incluyendo la doctrina del *forum non conveniens*. El enfoque del tribunal fue esencialmente que el propósito de la Convención de Bruselas era establecer un sistema de jurisdicción imperativo en el ámbito intracomunitario, y que las relaciones entre Estados miembros individuales

¹⁰⁰ Scoles, Eugene F. & Hay, Peter, Conflict of Laws..., cit., pp. 363-364, § 11.9.

¹⁰¹ 330 U.S. 501, 67 S.Ct. 839 (1947).

¹⁰² 454 U.S. 235 (1981).

¹⁰³ Born, Gary B. & Westin, David, International Civil Litigation in United States Courts. Commentary & Materials, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991, p. 210.

¹⁰⁴ Morris, J.H.C., McClean, David, Ruiz Abou-Nigm, Verónica, *The Conflict of Laws...*, *cit.*, p. 133-134, 5-047 to 5-049.

¹⁰⁵ http://www.uniset.ca/lloydata/css/1992Ch72.html

y Estados no miembros quedaran fuera de dicho sistema. ¹⁰⁶ No obstante, con posterioridad, la Corte Europea de Justicia sostuvo que la Convención de Bruselas impide que un tribunal de un Estado Parte decline la jurisdicción que le fuera conferida por el artículo 2 de la Convención, basándose en que un tribunal de un Estado no parte sería más apropiado para entender en el caso aún si la jurisdicción de ningún otro Estado Parte estuviera en cuestión o los procedimientos no tuvieran ninguna conexión con ningún otro Estado parte. ¹⁰⁷

Las referidas consideraciones deben ser tomadas en cuenta, ya que los países no europeos se ven inevitablemente afectados en algunos casos por el DIPr europeo; como, por ejemplo, las Convenciones europeas sobre jurisdicción y sobre ley aplicable a los contratos, que son Convenciones abiertas, y que por tanto se aplican también a relaciones y situaciones que tienen vínculos, no solo con países europeos, sino también con países pertenecientes a otras regiones. Al menos, eso es lo que reclaman los europeos.

Desde un punto de vista universal, aunque no vinculante, los Principios ALI/UNIDROIT sobre el Proceso Civil Transnacional reconoce que "se puede declinar la jurisdicción o suspenderse el procedimiento cuando el tribunal sea manifiestamente inadecuado en comparación con otro más apropiado para ejercerla" (Principio 2.5). El concepto consagrado en ese Principio es similar a la regla del *forum non conveniens* y apunta a prevenir abusos (Comentario P-2F). En consecuencia, este principio puede ser invocado por cualquier tribunal en cualquier país cuando las condiciones para declinar jurisdicción y enviar el caso a un foro más conveniente estén dadas. Ello se debe al hecho de que los Principios ALI/UNIDROIT representan una síntesis de la tradición procesal de culturas jurídicas dispares, ¹⁰⁹ y por consiguiente, se supone que

¹⁰⁶ Morris, J.H.C., McClean, David, Ruiz Abou-Nigm, Verónica, *The Conflict of Laws...*, *cit.*, p. 133-134, 5-047 to 5-049.

¹⁰⁷ Idem.

¹⁰⁸ Siehr, Kurt, "European Private International Law and Non-European Countries", *International Conflict of Laws for the Third Milenium. Essays in Honour of Friedrich K. Juenger*, Edited by P.J. Borchers and J. Zekoll, New York, Transnational Publishers, Inc., 2001, pp. 289-299, p. 298.

¹⁰⁹ Einstein, C.R./Phipps, Alexander, "The Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and their Application to New South Wales", *Unif. L. Rev.* 2004-4, pp. 815-828, p. 826. Ver también Scarpinella Bueno, Cassio, "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and Brazilian Civil Procedure Compared: A First Assessment", *Unif. L. Rev.* 2004-4, pp. 859-874, p. 873 in fine.

son compatibles con la de cualquier tribunal. No obstante, su aplicación no es tan clara cuando las normas procesales del foro son contradictorias con los Principios ALI/UNIDROIT.¹¹⁰ Lo mismo puede decirse con respecto al artículo 3.9 de los Principios TRANSJUS de ASADIP.

C. El no reconocimiento de sentencias extranjeras dictadas por tribunales que ejercieron la jurisdicción de manera exorbitante

Cuando otros mecanismos legislativos o judiciales para evitar el ejercicio exorbitante de una base de jurisdicción han fracasado, el último recurso para garantizar los derechos procesales fundamentales es rechazar el reconocimiento y ejecución de aquellas sentencias extranjeras dictadas por tribunales que ejercieron de manera exorbitante la jurisdicción. Las bases para tal rechazo suelen ser que reconocerlas violaría principios procesales fundamentales del orden público internacional del Estado del juez, como el derecho de acceso a la justicia, a la defensa y al debido proceso.¹¹¹ La excepción de orden público es adecuada para defender el orden jurídico del juez de cualquier jurisdicción extranjera ejercida de manera abusiva o exorbitante y por tanto ilegítima.¹¹² Por supuesto que, podría haber otros argumentos, como la falta de cumplimiento de los requisitos de la jurisdicción indirecta.

5. Conclusiones

- 5.1. El derecho de acceso a la justicia efectiva es un derecho humano fundamental, reconocido en varios instrumentos internacionales de derechos humanos, así como en constituciones nacionales. Le corresponde al DIPr garantizar la realización de ese derecho, a través de sus normas sobre jurisdicción estatal, arbitraje y eficacia de sentencias y laudos extranjeros.
- 5.2. El DIPr no ha logrado todavía establecer una forma justa de distribución de los casos privados internacionales entre las diferentes jurisdicciones, de acuerdo al derecho fundamental de acceso a la justicia, y

¹¹⁰ Kerameus, K.D., "Scope of application of the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure", *Unif. L. Rev.* 2004-4, pp. 847-857, p. 853, 857.

¹¹¹ Fernández Arroyo, Diego P., "Compétence exclusive et compétence...", *cit.*, p. 166.

Opertti, Didier, "Competencia internacional y jurisdicción exclusiva", Revista Uruguaya de Derecho Procesal 1/2003, pp. 71-78, p. 74.

con alcance general, ni a nivel universal ni regional. Sí lo ha logrado con respecto a temas específicos, a través de normas convencionales, con alcance espacial siempre limitado, y también a través del *soft law*: los Principios ALI/UNIDROIT y los Principios TRANSJUS de ASADIP.

- 5.3. Las normas de DIPr deben garantizar y conciliar tanto el derecho del actor (jurisdicción accesible) como el del demandado (protección contra foros exorbitantes) respecto del acceso a la justicia, ponderando de manera equilibrada la justicia en el caso concreto y la certeza jurídica.
- 5.4. Los jueces deberían tener un cierto grado de discrecionalidad a ser ejercida conforme a normas y principios preestablecidos; es decir, flexibilidad, pero no discrecionalidad absoluta (artículo 9 Convención Interamericana sobre Normas Generales de DIPr; (artículo 1.1.f) de los Principios TRANSJUS de ASADIP).
- 5.5. Los foros no son necesariamente exorbitantes *a priori*, aunque algunos son más propensos a serlo que otros. El problema no es el instrumento en sí mismo sino su uso abusivo y de mala fe. Por lo tanto, no se trata de eliminar los llamados foros exorbitantes de los sistemas jurídicos convencionales y nacionales, sino de darle a los jueces los medios necesarios para controlar efectivamente los abusos. Entre ellos, cabe mencionar el orden público internacional, el *forum non conveniens* y el no reconocimiento de la sentencia dictada por un juez que ejerció la jurisdicción de manera exorbitante.

6. Bibliohemerografía

- Asser, Tobias M.C., Éléments de Droit International Privé ou du Conflit des Lois. Droit Civil, Procédure, Droit Commercial, Traduit par A. Rivier, Paris, Ed. Arthur Rousseau, 1884.
- Born, Gary B. & Westin, David, International Civil Litigation in United States Courts. Commentary & Materials, Deventer-Boston, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991.
- Dutoit, Bernard, "Le droit international privé de la famille et les droits fondamentaux de l'enfant : le choc qui fait chic?", A Commitment to Private International Law. Essays in honour of Hans van Loon, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2013.
- Einstein, C.R./Phipps, Alexander, "The Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and their Application to New South Wales", *Unif. L. Rev.* 2004-4, pp. 815-828.
- Fernández Arroyo, Diego Pedro, "Acerca de la necesidad y las posibilidades de una Convención interamericana sobre competencia judicial interna-

- cional", *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.).
- —, "Capítulo 3. Aspectos generales del sector de la jurisdicción internacional, Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur, D.P. Fernández Arroyo (coord.), Buenos Aires, Zavalía, 2003, pp. 137-167.
- ——, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *Recueil des cours*, T. 323, 2006.
- ——, "Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional", Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Dr. Gualberto Lucas Sosa, M.J.A. Oyarzábal (coord.), Buenos Aires, Ábaco, 2012, pp. 139-174.
- Fresnedo de Aguirre, Cecilia, "El acceso a la justicia como derecho humano a ser garantido por el derecho internacional privado", *El Derecho entre dos siglos. Estudios conmemorativos de los 25 años de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*, t. I, Montevideo, Universidad Católica del Uruguay, 2015, pp. 113-156.
- ——, "La autonomía de la voluntad en la contratación internacional", en *Curso de Derecho Internacional, XXXI*, 2004, Comité Jurídico Interamericano, Secretaría General, OEA, pp. 323-390.
- ——, "Public Policy: Common Principles in the American States", Recueil des cours, vol. 379 (2016), Leiden/Boston, Brill Nijhoff, 2016, pp. 73-396
- ——, Curso de Derecho Internacional Privado, t. II, vol. 1, 2a. ed., Montevideo, FCU, 2013.
- —, Derecho Internacional Privado. Material práctico: casos, documentos, fallos, 1a. ed., Montevideo, FCU, 2000.
- ——, La autonomía de la voluntad en la contratación internacional, Montevideo, FCU, 1991.
- Garro, Alejandro M., "Forum non conveniens: disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde una perspectiva comparada", DeCITA 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 174-206.
- Gaudemet-Tallon, Hélène, "Le pluralisme en droit international privé: richesses et faiblesses (Le funambule et l'arc-en-ciel). Cours général", Recueil des cours, tome 312 (2005).
- Glenn, Patrick, "The ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure as Global Standards for Adjudication?", *Unif.L.Rev.* 2004-4, pp. 829-845.
- Goldschmidt, Werner, Derecho Internacional Privado. Derecho de la Tolerancia, 5a. ed., Buenos Aires, Depalma, 1985.
- Hernández-Bretón, Eugenio, "Apuntes para un estudio acerca de la flexibilización de los criterios atributivos de jurisdicción", Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014, J.A. Moreno Rodríguez y C. Lima Marques (coord.), Porto Alegre, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 219-234.

- Juenger, Friedrich K., "La jurisdicción general en el derecho norteamericano", DeCITA 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 571-598.
- Kerameus, K.D., "Scope of application of the ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure", *Unif. L. Rev.* 2004-4, pp. 847-857.
- Kinsch, Patrick, "Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit International privé", *Recueil des Cours*, vol. 318 (2005).
- Klett, Selva, "La jurisdicción Internacional", Curso de Derecho Procesal Internacional y Comunitario del Mercosur, A. Landoni Sosa (dir.), Montevideo, FCU, pp. 97-112.
- Morris, H.C., Mcclean, David, Ruiz Abou-Nigm, Verónica, *The Conflict of Laws*, 8th Edition, London, Sweet & Maxwell-Thomson Reuters, 2012.
- Ochoa Muñoz, Javier, "Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un derecho internacional privado al servicio de la justicia", Los Servicios en el Derecho Internacional Privado. Jornadas de la ASADIP 2014, J.A. Moreno Rodríguez y C. Lima Marques (coords.), Porto Alegre, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 235-260.
- Opertti Badán, Didier, "Competencia internacional y jurisdicción exclusiva", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal* 1/2003, pp. 71-78.
- Pérez, Yaritza, "Regulaciones de derecho procesal civil internacional en la Ley de DIPr venezolana", *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 739-761.
- Principios ASADIP sobre el Acceso Transnacional a la Justicia (TRANSJUS), http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf
- Ramírez, Gonzalo, Proyecto de Código de Derecho Internacional Privado y su Comentario, Buenos Aires, Ed. Félix Lajouane, 1888.
- Rubaja, Nieve, Derecho Internacional Privado de Familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- Ruiz Abou-Nigm, Verónica, *The Arrest of Ships in Private International Law*, Oxford. Monographs in Private International Law Series, 2011.
- Saettone, Mariela, "La actuación del Estado de Derecho Administrador y el Estado Juez en relación con la protección de los Derechos Humanos", *Estudios Jurídicos* núm. 5, 2008, Universidad Católica del Uruguay.
- Scarpinella Bueno, Cassio, "Principles and Rules of Transnational Civil Procedure and Brazilian Civil Procedure Compared: A First Assessment", *Unif. L. Rev.* 2004-4.
- Scoles, Eugene F. & HAY, Peter, Conflict of Laws, St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1982.
- Siehr, Kurt, "European Private International Law and Non-European Countries", International Conflict of Laws for the Third Milenium. Essays in Honour of Friedrich K. Juenger, Edited by P.J. Borchers and J. Zekoll, New York, Transnational Publishers, Inc., 2001.

- Sierralta Ríos, Aníbal, "La experiencia peruana sobre competencia jurisdiccional, aplicación de ley extranjera y reconocimiento de sentencias", *De-CITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 675-694.
- Silva, Jorge A., "La precisión de la competencia internacional: la perspectiva del Estado mexicano", *DeCITA* 04-2005, A. Dreyzin de Klor & D.P. Fernández Arroyo (dir.), pp. 643-659.
- Solari Barrandeguy, Marcelo, "Temas Actuales en el DIPr Uruguayo", Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, Año II, núm. 2, 1997, pp. 37-57.
- Suprema Corte de Justicia uruguaya sentencia núm. 372, 17/10/97 (Cairoli, Marabotto, Torello —r—, Alonso de Marco, Mariño), *La Justicia Uruguaya*, caso núm. 13.476.
- Vescovi, Eduardo, Derecho Procesal Civil Internacional. Uruguay, el Mercosur y América, Montevideo, Ed. Idea, 2000
- Vrellis, Spyridon, "Conflit ou coordination de valeurs en droit international privé. A la recherche de la justice", *Recueil des cours*, vol. 328 (2007).

Documentos publicados en Internet

```
http://ccq.lexum.com/ccq/en#!fragment/sec3136
http://conflictoflaws.net/2012/quebec-court-refuses/
http://info4.juridicas.unam.mx/ijure/fed/4/572.htm?s
http://www.andreasbucher-law.ch/images/stories/pil_act_1987_as_amen
ded_until_1_7_2014.pdf
http://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2012/2012qcca117/2012qcca117.
```

ttp://www.canlii.org/fr/qc/qcca/doc/2012/2012qcca117/2012qcca117. html

http://www.cne.gob.ve/registrocivil/uploads/repoDocs/f3da5e0a751b6624f84ac8169c28a92764ccc2c3_1293024671.pdf

 $http://www.hcch.net/index_es.php?act=conventions.text\&cid=70\\$

http://www.ipr.be/data/B.WbIPR%5BEN%5D.pdf

http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/AG-RES 2703 XLII-O-12.pdf

http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-54.html

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-42.html

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-48.html

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-48.html

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-53.html

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html

http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html

http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/convenios/conv16522.htm

http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/protocolos/prot17050.htm

http://www.parlamento.gub.uy/leyes/AccesoTextoLey.asp?Ley=15982&Anchor

http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/AN0194_e.asp

http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-spanish.pdf

http://www.uniset.ca/lloydata/css/1992Ch72.html

http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/S-gencom32.pdf, párrafo 4

https://www.google.com.uy/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1& espv=2&ie=UTF-8#q=art%20565%20CFPC%20Mexico



La Convención de La Haya sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial de 2019

EDUARDO PICAND*

La movilidad y la interconexión son características propias de la sociedad postmoderna en que vivimos. El auge y desarrollo de las nuevas tecnologías, sumado a la libre y masiva circulación de personas —físicas y jurídicas— pertenecientes a distintos Estados, ha multiplicado las relaciones privadas internacionales, imponiendo la necesidad de actualizar los sistemas de Derecho internacional privado (DUPr) a través de un pluralismo metodológico.¹

Frente a este fenómeno complejo y cambiante, la respuesta ofrecida por parte de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados viene caracterizada por dos factores claramente diferenciables. Por un lado, este conjunto de relaciones tienen lugar en un mundo que, si bien desde una perspectiva económica, e incluso social, aparece más integrado que nunca, desde un punto de vista jurídico sigue presentando un muy elevado grado de fraccionamiento: la actividad económica global que se refleja en un movimiento transfronterizo de personas, capitales y bienes, como nunca antes se ha producido, coexiste así con una pluralidad de ordenamientos jurídicos nacionales independientes y desconectados entre sí.²

^{*} Profesor de Derecho Internacional Privado y Derecho de los Negocios Internacionales de la Universidad de Chile. Presidente de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado. LLM U. de California. Miembro de Número del IHLADI. Ponencia presentada en las Jornadas de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 2019.

¹ Picand Albónico, Eduardo: "El exequatur en Chile. Eficacia de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros" en "Estudios de Derecho Internacional Privado", Santiago de Chile, editorial Thomson Reuters, 2014, pp. 311-363.

² Esplugues Mota, Carlos: "Sobre la aplicación en la práctica del modelo chileno de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras y la necesidad de su reforma",

Así, pues, el auge que han tenido las relaciones privadas internacionales durante los últimos 20 años, requiere que pongamos particular atención, no solo en determinar qué tribunal será competente para resolver una controversia con elementos internacionales, o bien qué Derecho deberá aplicar el juez nacional, sino también el régimen que cada Estado seguirá —ya sea a través de sus normas internas o por medio de tratados internacionales— para reconocer y ejecutar sentencias extranjeras dentro de su territorio.

Como es bien sabido, hasta mediados del siglo XIX, la regla general era la "inejecución absoluta" de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, negando la fuerza ejecutiva extraterritorial de las mismas.³ Dicha regla se fundó en los principios de soberanía e independencia.⁴ Esta actitud estricta cambió con el aumento de las ramificaciones legales y económicas transnacionales, ampliando la voluntad de los Estados nacionales para reconcoer y ejecutar sentencias extranjeras. Se han desarollado diversos regímenes para abordar el tema en estudio: entre otros, el sistema de la reciprocidad, el sistema del Common Law⁵ y el sistema moderno. Este último se caracteriza por la voluntad general para reconocer la fuerza ejecutiva de sentencias extranjeras sin que se exija reciprocidad y sin revisar la sentencia a fondo.⁶ En este contexto, es evidente que —en principio— el reconocimiento de las sentencias extranjeras no puede considerarse un hecho garantizado. Sin embargo, tradicionalmente los Estados han tenido menos dificultades para reconocer las reglas de arbitraje extranjeras. Esto tiene que ver con el hecho de que la "independencia estatal" del arbitraje desencadena menos conflictos de soberanía.

en *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII, Valparaíso, 2014, pp. 297-353.

³ Así, por ejemplo, el artículo V del Reglamento Constitucional de 26 de octubre de 1812 de Chile: "Ningún decreto, providencia u orden, que emane de cualquier autoridad o tribunales de fuera del Territorio de Chile, tendrá efecto alguno; y los que intentaren darles valor, serán castigados como reos de Estado".

⁴ Veáse "Stemcor UK Limited", Causa núm. 1724/2010. Resolución núm. 21329 de Corte Suprema, de 21 de Junio de 2010, Considerando 2o.

⁵ Propio de los países anglosajones, en los que se entrega todo lo relativo a la ejecución extraterritorial de los fallos a la magistratura requerida (Stemcor UK Limited, Causa núm. 1724/2010. Resolución núm. 21329 de Corte Suprema, de 21 de Junio de 2010, Considerando 30.).

⁶ Stemcor UK Limited, Causa núm. 1724/2010. Resolución núm. 21329 de Corte Suprema, de 21 de Junio de 2010, Considerando 3o.

Cada Estado tiene su propio sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, lo que conlleva numerosos problemas referidos a la circulación internacional de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros. En el contexto internacional, existen muchos convenios que regulan esta materia, pero referidos a ciertas materias específicas, fundamentalmente de Derecho de familia, lo que naturalmente restringe su aplicación.

Para solucionar este problema, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado —ciertamente uno de los foros más antiguos y trascendentes en esta materia—, ha trabajado durante los últimos años para ofrecer a la comunidad internacional un instrumento unificado de reconocimiento internacional de sentencias que, respetuosa del orden público internacional, permita que las decisiones adoptadas por los tribunales de un país puedan ser razonablemente reconocidas y ejecutadas en el territorio de otro

La Convención de La Haya de 2019, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial, pretende entregar una solución a este problema a través de un texto de aplicación general a todo tipo de materias civiles y mercantiles, llenando con ello un sensible vacío que existía hasta ahora.⁸

⁷ En particular: Convenio de 1 de junio de 1970 sobre el Reconocimiento de Divorcios y Separaciones Legales (sentencias de divorcio); Convenio de 25 de octubre de 1980 para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia sentencias con condena en costas); Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Nino y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (sentencias de adopción); Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños (sentencias relativas a protección de niños: competencia, reconocimiento y ejecución); Convenio de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de Adultos (sentencias relativas a la protección de adultos vulnerables); Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y Otros Miembros de la Familia (sentencias sobre alimentos).

⁸ No son abundantes los estudios que se han realizado hasta ahora sobre los trabajos preparatorios de la Convención de La Haya de 2019, y su texto aprobado. Véase: Goddard, D.: *The Judgments Convention—The Current state of Play*, Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 29, 2019, p. 473; Teitz, L.E. Another Hague Judgments Convention? Bucking the Past to Provide for the Future Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 29, 2019, p. 491; MOAA, A.M. Bridging the Gap: Addressing the Doctrinal Gap Between Forum Non Conveniens and Judgment Recognition and Enforcement in Transnational Litigation Georgetown Law Journal, Vol.106; BLOM, J.: Jurisdictional rules Canada continuation of the Judgments Project The Court Jurisdiction and Proceedings Transfer Act and the Hague Conference's

El Convenio ofrece normas uniformes para el reconocimiento y ejecución de sentencias, a través de una estructura normativa que descansa en los aspectos fundamentales para que las sentencias puedan circular internacionalmente sin trabas, entregando con ello previsibilidad a las relaciones privadas internacionales y, en particular, a su reconocimiento extraterritorial bajo estándares mínimos que no violenten el orden público internacional.

Los Propósitos de la Convención muestran los objetivos que busca satisfacer la Convención: "...promover el acceso efectivo a la justicia para todos y facilitar el comercio y la inversión multilaterales basados en normas, y la movilidad, a través de la cooperación judicial..."; mejorar la cooperación "...mediante la creación de un conjunto uniforme de reglas básicas sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras en asuntos civiles o comerciales, para facilitar el reconocimiento efectivo y la ejecución de dichas sentencias...", entendiendo que "...esa cooperación judicial reforzada requiere, en particular, un régimen jurídico internacional que proporcione una mayor previsibilidad y certeza en relación con la circulación mundial de sentencias extranjeras, y que sea complementario del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre acuerdos de elección de foro".9

Los orígenes de la Convención de La Haya pueden situarse en 1992, cuando Estados Unidos de América, a través de un oficio emitido

Judgments and Jurisdiction Projects Osgoode Hall Law Journal, vol. 13, Issue 12, 2017, Research Paper N. 56/2017. Disponible ent: https://ssrn.com/abstract=3054021, 2017; DE ARAUJO, N. AND DE NARDI, M. AND POLIDO, F.B.P. continuation of the Judgments Project recognition and enforcement rules commentary on preliminary draft convention Projeto de Sentenças Estrangeiras da Conferência da Haia: Reflexões sobre a 1a. Reunião da Comissão Especial em 2016 e o Direito Brasileiro (Foreign Awards Project of the Haia Conference: Reflexions on the 1st Meeting of the Special Commission in 2016 and Brazilian Law) Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 51/2016, pp. 95-112, 2016; BONOMI, A. continuation of the Judgments Project recognition and enforcement rules commentary on preliminary draft convention Courage or Caution? A Critical Overview of the Hague Preliminary Draft on Judgments Yearbook of Private International Law, vol. 17 (2015-2016), pp. 1-31 2015- 2016; PORTERFIELD, E continuation of the Judgments Project commentary on preliminary draft convention United States jurisdictional rules A domestic proposal to revive the Hague Judgments Convention: how to stop worrying about streams, trickles, asymmetry, and a lack of reciprocity Duke Journal of Comparative and International Law, vol. 25, pp. 81-123 2015.

⁹ Traducción libre del autor de la versión oficial en inglés disponible en la página web de la Conferencia de La Haya.

por el Departamento de Estado, propone una nueva convención sobre jurisdicción y el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras.

La propuesta es novedosa en la medida en que exige que la nueva convención armonice solo ciertos motivos de jurisdicción, permitiendo que cada Estado contratante determine otros motivos de jurisdicción de acuerdo con su propia ley, siempre que estos motivos no estén prohibidos por la Convención. Este modelo se denominará convención mixta". La propuesta fue enviada a un Grupo de Trabajo para su evaluación.¹⁰

La Oficina Permanente respondió a la propuesta de los Estados Unidos recomendando una "convención simple" sobre reconocimiento y ejecución como punto de partida para las discusiones. En su respuesta, la Oficina Permanente reconoce la falta de éxito del Convenio de La Haya, de 1 de febrero de 1971, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Asuntos Civiles y Comerciales (Convenio de Ejecución) y su *Protocolo Suplementario*, que atribuye al posterior éxito de los instrumentos regionales y la forma inusual y compleja de la Convención de Ejecución.¹¹

El Proyecto sobre Sentencias hace referencia a los trabajos emprendidos por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en relación con los litigios internacionales en materia civil y comercial, en particular la competencia internacional de los jueces y el reconocimiento y la ejecución de sentencias en el extranjero. En un principio, el Proyecto sobre Sentencias tenía por objeto elaborar un convenio con un ámbito de aplicación amplio sobre competencia internacional y normas de reconocimiento y ejecución, pero luego este se restringió a los conflictos internacionales que implican un acuerdo de elección de foro.

Esto derivó en la conclusión del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro (el Convenio sobre Elección de Foro).

En su reunión del 5 al 7 de abril de 2011, el Consejo de Asuntos Generales destaca que cualquier trabajo futuro en esta área no debe

^{10 &}quot;Conclusiones de la Comisión Especial de junio de 1992 sobre asuntos generales y política de la Conferencia" (Doc. Prel. núm. 18 de agosto de 1992 en Actas de la decimoséptima sesión (1993), vol. I, 245).

¹¹ "Algunas reflexiones de la Oficina Permanente sobre una convención general sobre la ejecución de sentencias (Doc. Prel. núm. 17 de mayo de 1992 en *Actas de la Decimoséptima Sesión* (1993), vol. I, 231).

interferir con los esfuerzos en curso para promover la entrada en vigor de la Convención de Elección de Tribunal. Sin embargo, el Consejo concluye que "se debe establecer un pequeño grupo de expertos para explorar los antecedentes del Proyecto de Sentencias y los desarrollos recientes con el objetivo de evaluar los posibles méritos de reanudar el Proyecto de Sentencias". El Consejo solicita a la Oficina Permanente que informe en 2012 sobre el progreso.¹²

En 2012, el Consejo acordó que debía procederse con los trabajos del Proyecto sobre Sentencias. Estableció un Grupo de Trabajo para preparar propuestas sobre reconocimiento y ejecución de sentencias —en particular sobre filtros jurisdiccionales— y encomendó al Grupo de Expertos¹³ seguir estudiando y discutiendo la pertinencia y la viabilidad de adoptar disposiciones en materia de competencia.¹⁴

De acuerdo con esa afirmación, el Consejo estableció un Grupo de Trabajo cuya tarea principal era "preparar propuestas para consideración de la Comisión Especial en relación con las disposiciones que se incluirían en un instrumento nuevo sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, en particular filtros jurisdiccionales". El grupo de expertos concluye que es deseable seguir trabajando en litigios transfronterizos, siempre que satisfaga necesidades reales y prácticas que los instrumentos y marcos institucionales existentes no satisfacen.

En su reunión del 17 al 20 de abril de 2012, el Consejo de Asuntos Generales acoge con beneplácito las conclusiones y recomendaciones del grupo de expertos y decide los pasos a seguir por la Conferencia de La Haya en línea con el método de trabajo propuesto por el grupo de expertos. 15

 $^{^{12}\,}$ "Continuación del Proyecto de Sentencias" (Doc. Prel. núm. 14 de febrero de 2010).

¹³ "Trabajo en curso sobre litigios internacionales y posible continuación del Proyecto de Sentencias" (Doc. Prel. núm. 5 de marzo de 2012).

¹⁴ Véanse, respectivamente, las "Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia (17 a 20 de abril de 2012)", [en adelante, "C&R del Consejo de 2012]" Conclusión y Recomendación (C&R) núm. 16, y las Conclusiones y Recomendaciones del Grupo de Expertos sobre los posibles trabajos futuros sobre litigios internacionales en materia civil y comercial (Doc. de Trabajo núm. 2 de abril de 2012 a la atención del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia).

^{15 &}quot;Conclusiones y recomendaciones del Grupo de expertos sobre posibles trabajos futuros en materia de litigios transfronterizos en materia civil y mercantil" (Work. Doc. núm. 2 de abril de 2012).

Entre 2012 y 2015, el Grupo de Trabajo se reunió cinco veces y finalizó la redacción del texto de propuesta del anteproyecto en noviembre de 2015.¹⁶

El Grupo de Trabajo se reúne por primera vez del 18 al 20 de febrero de 2013 para preparar propuestas en relación con las disposiciones para su inclusión en un futuro instrumento relacionado con el reconocimiento y la ejecución de sentencias.

El Grupo de Trabajo analiza una serie de cuestiones, incluido el alcance sustantivo del futuro instrumento, las categorías de juicio que se incluirán, el proceso de reconocimiento y ejecución y el contenido de los filtros jurisdiccionales.¹⁷

Del 26 al 31 de octubre de 2015, el Grupo de Trabajo sobre el Proyecto de Sentencias se reunió en La Haya (quinta reunión), bajo la presidencia del Sr. David Goddard. El Grupo de Trabajo estaba compuesto por 31 participantes de 17 Estados miembros.¹⁸

En 2016, el Consejo de Asuntos Generales y Política expresó su reconocimiento al Grupo de Trabajo del Proyecto de Sentencias por la finalización del Texto de Propuesta, y decidió establecer una Comisión Especial para la preparación del Proyecto de Convenio. El Consejo también apoyó la recomendación del Grupo de Trabajo de que el Grupo de Expertos del Proyecto sobre Sentencias debía examinar cuestiones de competencia directa (entre ellas: criterios de competencia que establecen un foro exorbitante, litispendencia y declaración de incompetencia), rápidamente después de que la Comisión Especial redactara un

[&]quot;Nota de antecedentes" (redactada por la Oficina Permanente.

^{16 &}quot;Informe de la quinta reunión del Grupo de Trabajo del Proyecto de Sentencias (del 26 al 31 de octubre de 2015) y proyecto de texto derivado de la reunión", Doc. Prel. núm. 7A de noviembre de 2015 a la atención de la reunión de 2016 del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia. Los informes de las reuniones del Grupo de Trabajo y otros documentos e información relativa a los avances del Proyecto sobre Sentencias, de 2010 a la fecha, están disponibles en el sitio web de la Conferencia de La Haya, www.hcch.net, en "Sentencias", luego "Continuación del Proyecto sobre Sentencias (2010-2015)", así como en "Sentencias" y luego "Comisión Especial".

¹⁷ Informe de la reunión del Grupo de Trabajo (Doc. Prel. núm. 3 de marzo de 2013, Anexo 1). "Lista de verificación anotada de asuntos a ser discutidos por el Grupo de Trabajo sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias".

¹⁸ Participaron representantes de Australia, Brasil, Canadá, China, Chipre, Unión Europea, Alemania, India, Japón, Corea, Federación Rusa, Serbia, Singapur, España, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos de América.

proyecto.¹⁹ La primera reunión de la Comisión Especial tuvo lugar desde el 1 al 9 de junio de 2016 y produjo el Anteproyecto de Convenio de 2016.²⁰

En 2017, la Comisión Especial se reunió por segunda vez en La Haya, del 16 al 24 de febrero, y redactó el anteproyecto de Convenio de febrero de 2017. En marzo de ese año, el Consejo aplaudió los buenos resultados del proyecto, el cual fue confirmado como prioritario para la Organización, así como las dos reuniones productivas de la Comisión Especial sobre el Proyecto de Sentencias para elaborar un anteproyecto de Convenio. El Consejo dio instrucciones al Secretario General de celebrar una tercera reunión de Comisión Especial, que tendría lugar, en principio, del 13 al 17 de noviembre de 2017. El Consejo subrayó la recomendación de la Comisión Especial de que posiblemente se celebrara una Sesión Diplomática hacia fines de 2018 o principios de 2019.

En 2018, el Consejo de Asuntos Generales y Política reconoció los buenos resultados obtenidos en el Proyecto y encomendó a la Oficina Permanente continuar con los preparativos de la cuarta y última reunión de la Comisión Especial de mayo de 2018.

La Comisión Especial del Proyecto de Sentencias se reunió por cuarta vez del 24 al 29 de mayo de 2018 y elaboró el borrador de la Convención de 2018. La Comisión Especial recomendó al Consejo que el proyecto proceda a una Sesión Diplomática que se convocará a mediados de 2019. El borrador de la Convención de 2018 será la base para la discusión en la Sesión Diplomática.

En 2019 se realizó la 22 Reunión Diplomática para aprobada el texto de la Convención.

El 02 de julio de 2019, la República del Uruguay, se convierte en el primer y único Estado a la fecha en suscribir la Convención.

La Convención tiene 32 artículos y se encuentra estructurada en los siguientes cuatro capítulos: ámbito de aplicación; reconocimiento y ejecución; cláusulas generales y cláusulas finales.

La versión oficial del texto solo se encuentra disponible en idioma inglés.

¹⁹ Ver: Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de 24 al 26 de marzo de 2015 (párrafo 4o.).

²⁰ El texto del anteproyecto de Convenio de 2016 está disponible en el sitio web de la Conferencia en la dirección www.hcch.net, en "Sentencias" y luego "Comisión Especial".

Ámbito de aplicación (artículo 10.).

- 1. El presente Convenio se aplicará al reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil o mercantil. No se extenderá en particular a los asuntos de ingresos, aduanas o administrativos.
- 2. El presente Convenio se aplicará al reconocimiento y ejecución en un Estado contratante de una sentencia dictada por un tribunal de otro Estado contratante.

Exclusiones del ámbito de aplicación (artículo 20.).

- 1. El presente Convenio no se aplicará a los siguientes asuntos:
- (a) el estatuto y la capacidad jurídica de las personas físicas;
- (b) obligaciones de mantenimiento;
- (c) otros asuntos de derecho de familia, incluidos los regímenes matrimoniales de propiedad y otros derechos u obligaciones que surjan del matrimonio o relaciones similares:
 - (d) testamentos y sucesiones;
- (e) insolvencia, composición, resolución de instituciones financieras y asuntos análogos;
 - (f) el transporte de pasajeros y mercancías;
- (g) contaminación marina transfronteriza, contaminación marina en áreas fuera de la jurisdicción nacional, contaminación marina de origen naval, limitación de responsabilidad por reclamaciones marítimas y promedio general;
 - (h) responsabilidad por daños nucleares;
- (i) la validez, nulidad o disolución de personas jurídicas o asociaciones de personas físicas o jurídicas, y la validez de las decisiones de sus órganos;
 - (j) la validez de las inscripciones en los registros públicos;
 - (k) la difamación;
 - (1) privacidad;
 - (m) propiedad intelectual;
- (n) actividades de las fuerzas armadas, incluidas las actividades de su personal en el ejercicio de sus funciones oficiales;
- (o) actividades de aplicación de la ley, incluidas las actividades del personal encargado de hacer cumplir la ley en el ejercicio de sus funciones oficiales;
- (p) asuntos antimonopolio (competencia), excepto cuando el juicio se basa en una conducta que constituye un acuerdo anticompetitivo o práctica concertada entre competidores reales o potenciales para fijar precios, hacer ofertas fraudulentas, establecer restricciones o cuotas de producción, o dividir mercados mediante la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio, y cuando dicha conducta y su efecto ocurrieron en el Estado de origen;

- (q) Reestructuración de deuda soberana a través de medidas estatales unilaterales.
- 2. Una sentencia no está excluida del alcance de este Convenio cuando un asunto al que no se aplica se planteó simplemente como una cuestión preliminar en el procedimiento en el que se dictó el fallo, y no como un objeto del procedimiento. En particular, el mero hecho de que tal asunto surgiera a modo de defensa no excluye una sentencia de la Convención, si ese asunto no era un objeto del procedimiento.
- 3. El presente Convenio no se aplicará al arbitraje ni a los procedimientos conexos.
- 4. Una sentencia no está excluida del alcance de este Convenio por el mero hecho de que un Estado, incluyendo un gobierno, una agencia gubernamental o cualquier persona que actúe por un Estado, fue parte en los procedimientos.
- 5. Nada en esta Convención afectará a los privilegios e inmunidades de los Estados o de las organizaciones internacionales, respecto de sí mismos y de sus bienes.

Definiciones (artículo 30.).

- (a) "demandado" significa una persona contra la cual se presentó la reclamación o reconvención en el Estado de origen;
- (b) "sentencia" significa cualquier decisión sobre los méritos dictada por un tribunal, cualquiera que sea esa decisión, incluyendo un decreto u orden, y una determinación de costos o gastos de los procedimientos por parte del tribunal (incluido un funcionario del tribunal), siempre que la determinación se relacione con una decisión sobre los méritos que puede ser reconocida o ejecutada en virtud de este Convenio. Una medida provisional de protección no es un juicio.

Una entidad o persona que no sea una persona física se considerará que reside habitualmente en el Estado:

- (a) en el que tenga su sede estatutaria;
- (b) bajo la ley de la cual se incorporó o formó;
- (c) donde tenga su administración central; o
- (d) Donde tenga su sede principal de negocios.

Normas generales sobre el reconocimiento y ejecución (artículo 40.).

- 1. Una sentencia dictada por un tribunal de un Estado Contratante (Estado de origen) deberá ser reconocida y ejecutada en otro Estado Contratante (Estado requerido) de conformidad con las disposiciones de este Capítulo. El reconocimiento o la ejecución solo se pueden denegar por los motivos especificados en el presente Convenio.
- 2. No habrá revisión de los méritos de la sentencia en el Estado requerido. Solo puede haber la consideración que sea necesaria para la aplicación de este Convenio.

- 3. Una sentencia se reconocerá solo si tiene efecto en el Estado de origen, y se ejecutará solo si es ejecutable en el Estado de origen.
- 4. El reconocimiento o la ejecución pueden aplazarse o rechazarse si la sentencia a que se refiere el párrafo 3 está sujeta a revisión en el Estado de origen o si el plazo para solicitar una revisión ordinaria no ha expirado. Una negativa no impide una solicitud posterior de reconocimiento o ejecución de la sentencia.

Bases para el reconocimiento y ejecución (artículo 50.).

- 1. Una sentencia es susceptible de reconocimiento y ejecución si se cumple uno de los siguientes requisitos:
- (a) la persona contra la cual se solicita el reconocimiento o la ejecución tenía su residencia habitual en el Estado de origen en el momento en que esa persona pasó a ser parte en el procedimiento en el tribunal de origen;
- (b) la persona física contra la cual se solicita el reconocimiento o la ejecución tenía su centro de actividad principal en el Estado de origen en el momento en que esa persona se convirtió en parte del proceso en el tribunal de origen y surgió la reclamación en la que se basa la sentencia fuera de las actividades de ese negocio;
- (c) la persona contra la cual se solicita el reconocimiento o la ejecución es la persona que presentó la reclamación, que no sea una reconvención, en la que se basa la sentencia;
- (d) el demandado tenía una sucursal, agencia u otro establecimiento sin personalidad jurídica propia en el Estado de origen en el momento en que esa persona se convirtió en parte del proceso en el tribunal de origen, y surgió la reclamación en la que se basa la sentencia fuera de las actividades de esa sucursal, agencia o establecimiento;
- (e) el acusado dio su consentimiento expreso a la jurisdicción del tribunal de origen en el curso de los procedimientos en que se dictó la sentencia;
- (f) el demandado argumentó sobre los méritos ante el tribunal de origen sin impugnar la jurisdicción dentro del plazo estipulado en la ley del Estado de origen, a menos que sea evidente que una objeción a la jurisdicción o al ejercicio de la jurisdicción no hubiera tenido éxito bajo esa ley;
- (g) la sentencia se pronunció sobre una obligación contractual y fue dictada por un tribunal del Estado en el que el cumplimiento de esa obligación tuvo lugar, o debería haber tenido lugar, de conformidad con (i) el acuerdo de las partes, o (ii) la ley aplicable al contrato, en ausencia de un lugar de cumplimiento acordado, a menos que las actividades del demandado en relación con la transacción claramente no constituyeran una conexión intencional y sustancial con ese Estado;
- (h) la sentencia se pronunció sobre el arrendamiento de bienes inmuebles (arrendamiento) y fue dictada por un tribunal del Estado en el que se encuentra la propiedad;

- (i) la sentencia dictada contra el demandado sobre una obligación contractual garantizada por un derecho real sobre bienes inmuebles ubicados en el Estado de origen, si la reclamación contractual se presentó junto con un reclamo contra el mismo acusado relacionado con ese derecho real;
- (j) la sentencia dictada sobre una obligación extracontractual derivada de muerte, lesión física, daño o pérdida de bienes materiales, y el acto u omisión que causó directamente dicho daño ocurrió en el Estado de origen, independientemente de dónde ocurrió el daño;
- (k) la sentencia se refiere a la validez, construcción, efectos, administración o variación de un fideicomiso creado voluntariamente y evidenciado por escrito, y
- (i) en el momento en que se inició el procedimiento, el Estado de origen fue designado en el instrumento de fideicomiso como un Estado en los tribunales en los cuales se determinarán las controversias sobre tales asuntos; o
- (ii) en el momento en que se inició el procedimiento, el Estado de origen fue designado expresa o implícitamente en el instrumento del fideicomiso como el Estado en el que se encuentra el lugar principal de administración del fideicomiso.

Este subpárrafo solo se aplica a juicios relacionados con aspectos internos de una confianza entre personas que están o estuvieron dentro de la relación de confianza;

- (1) la sentencia dictada en una reconvención
- (i) en la medida en que estuviera a favor de la reconvención, siempre que la contrademanda surgiera de la misma transacción u ocurrencia que la reclamación; o
- (ii) en la medida en que estuviera en contra del demandante de reconvención, a menos que la ley del Estado de origen requiera que se presente la contrademanda para evitar la exclusión;
- (m) la sentencia fue dictada por un tribunal designado en un acuerdo concluido o documentado por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que hace que la información sea accesible para que pueda utilizarse como referencia posterior, que no sea una elección exclusiva del acuerdo judicial.

Para los fines de este subpárrafo, un "acuerdo de elección exclusiva de corte" significa un acuerdo celebrado por dos o más partes que designan, con el fin de resolver disputas que hayan surgido o puedan surgir en relación con una relación legal particular, los tribunales de un Estado o uno o más tribunales específicos de un Estado con exclusión de la jurisdicción de cualquier otro tribunal.

2. Si se solicita el reconocimiento o la ejecución contra una persona natural que actúe principalmente con fines personales, familiares o domésticos (un consumidor) en asuntos relacionados con un contrato de

consumo, o contra un empleado en asuntos relacionados con el contrato de trabajo del empleado:

- (a) el párrafo 1 (e) se aplica solo si el consentimiento fue dirigido al tribunal, oralmente o por escrito;
 - (b) El párrafo 1 (f), (g) y (m) no se aplican.
- 3. El párrafo 1 no se aplica a una sentencia que se pronunció sobre un arrendamiento residencial de bienes inmuebles (arrendamiento) o se pronunció sobre el registro de bienes inmuebles. Dicha sentencia es elegible para reconocimiento y ejecución solo si fue otorgada por un tribunal del estado donde se encuentra la propiedad.

Base exclusiva para el reconocimiento y ejecución (artículo 60.).

No obstante lo dispuesto en el artículo 5, una sentencia que se pronuncie sobre los derechos reales sobre bienes inmuebles deberá ser reconocido y ejecutado si y solo si la propiedad está situada en el Estado de origen.

Denegación de reconocimiento y ejecución (artículo 70.).

- 1. Se puede denegar el reconocimiento o la ejecución si:
- (a) el documento que inició el procedimiento o un documento equivalente, incluida una declaración de los elementos esenciales de la reclamación,
- (i) no fue notificado al demandado con tiempo suficiente y de tal manera que le permitiera organizar su defensa, a menos que el acusado compareciera y presentara su caso sin impugnar la notificación en el tribunal de origen, siempre que la ley del Estado de origen permitió que se impugnara la notificación; o (ii) fue notificado al demandado en el Estado requerido de manera incompatible con los principios fundamentales del Estado requerido en relación con la entrega de documentos;
 - (b) la sentencia fue obtenida por fraude;
- (c) el reconocimiento o la ejecución serían manifiestamente incompatibles con la política pública del Estado requerido, incluidas las situaciones en que los procedimientos específicos que condujeron a la sentencia eran incompatibles con los principios fundamentales de imparcialidad procesal de ese Estado y las situaciones que implican violaciones de seguridad o soberanía de los mismos. Estado;
- (d) los procedimientos en el tribunal de origen eran contrarios a un acuerdo, oa una designación en un instrumento de fideicomiso, según el cual la controversia en cuestión debía determinarse en un tribunal de un Estado distinto del Estado de origen;
- (e) la sentencia es incompatible con una sentencia dictada por un tribunal del Estado requerido en una disputa entre las mismas partes; o
- (f) la sentencia es incompatible con una sentencia anterior dictada por un tribunal de otro Estado entre las mismas partes en la misma materia,

siempre que la sentencia anterior cumpla las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido.

- 2. El reconocimiento o la ejecución pueden aplazarse o rechazarse si los procedimientos entre las mismas partes sobre el mismo tema están pendientes ante un tribunal del Estado requerido, donde:
- (a) el tribunal del Estado requerido fue llevado ante el tribunal de origen; y
- (b) existe una estrecha conexión entre la disputa y el Estado requerido. Una negativa en este párrafo no impide una solicitud posterior de reconocimiento o ejecución de la sentencia.

Cuestiones preliminares (artículo 80.).

- 1. Una resolución sobre una cuestión preliminar no será reconocida ni ejecutada en virtud de la presente Convención si se trata de una cuestión a la que no se aplica o sobre una cuestión mencionada en el Artículo 6 sobre la cual un tribunal de un Estado distinto del Estado a que se refiere dicho artículo regido.
- 2. Se puede denegar el reconocimiento o la ejecución de una sentencia si, en la medida en que la sentencia se basó en una decisión sobre una cuestión a la que no se aplica el presente Convenio, o en una cuestión mencionada en el Artículo 6 sobre la cual un tribunal de un Estado distinto del mencionado en dicho artículo.

Divisibilidad (artículo 90.).

El reconocimiento o la ejecución de una parte separable de una sentencia se otorgará cuando se solicite el reconocimiento o la ejecución de esa parte, o solo una parte de la sentencia es capaz de ser reconocida o ejecutada en virtud de este Convenio.

Daños y perjuicios (artículo 10o.).

- 1. Se puede rechazar el reconocimiento o la ejecución de una sentencia si, en la medida en que la misma otorga daños, incluidos daños ejemplares o punitivos, que no compensan a una parte por la pérdida o daño real sufrido.
- 2. El tribunal al que se dirige deberá tener en cuenta si, y en qué medida, los daños otorgados por el tribunal de origen sirven para cubrir los costos y gastos relacionados con los procedimientos.

Transacciones judiciales (artículo 110.).

Transacciones judiciales que un tribunal de un Estado contratante ha aprobado, o que se han celebrado en el curso de un procedimiento ante un tribunal de un Estado contratante, y que son ejecutables de la misma manera que una sentencia en el Estado de origen, se aplicará de conformidad con el presente Convenio de la misma manera que una sentencia.

Documentos requeridos (artículo 120.).

- 1. La parte que solicite el reconocimiento o la solicitud de ejecución deberá presentar:
 - (a) una copia completa y certificada de la sentencia;
- (b) si la sentencia se dictó por defecto, el original o una copia certificada de un documento que establece que el documento que inició el procedimiento o un documento equivalente fue notificado a la parte que incurrió en incumplimiento;
- (c) cualquier documento necesario para establecer que la sentencia tiene efecto o, en su caso, es ejecutable en el Estado de origen;
- (d) en el caso a que se refiere el Artículo 11, un certificado de un tribunal (incluido un funcionario del tribunal) del Estado de origen que indique que el acuerdo judicial o una parte de él es ejecutable de la misma manera que una sentencia en El Estado de origen.
- 2. Si los términos de la sentencia no permiten que se dirija al tribunal para verificar si se han cumplido las condiciones de este Capítulo, ese tribunal puede requerir cualquier documento necesario.
- 3. La solicitud de reconocimiento o ejecución puede ir acompañada de un documento relacionado con la sentencia, emitido por un tribunal (incluido un oficial del tribunal) del Estado de origen, en la forma recomendada y publicada por la Conferencia de La Haya sobre el sector privado internacional. Ley.
- 4. Si los documentos a los que se hace referencia en este Artículo no están en un idioma oficial del Estado requerido, deberán ir acompañados de una traducción certificada a un idioma oficial, a menos que la ley del Estado requerido disponga lo contrario.

Procedimiento (artículo 13o.).

- 1. El procedimiento para el reconocimiento, la declaración de exigibilidad o el registro para la ejecución, y la ejecución de la sentencia, se rigen por la ley del Estado requerido a menos que este Convenio disponga lo contrario. El tribunal del Estado requerido actuará de manera expedita.
- 2. El tribunal del Estado requerido no podrá rechazar el reconocimiento o la ejecución de una sentencia en virtud de este Convenio debido a que el reconocimiento o la ejecución debe buscarse en otro Estado.

Costes del procedimiento (artículo 140.).

- 1. No se exigirá ninguna garantía, fianza o depósito, como se describe, a una parte que en un Estado contratante solicita la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de otro Estado contratante por el único motivo de que dicha parte es un ciudadano extranjero o no domiciliado o residente en el Estado en el que se solicita la ejecución.
- 2. Una orden para el pago de los costos o gastos de los procedimientos, hecha en un Estado Contratante contra cualquier persona exenta de los

requisitos de seguridad, fianza o depósito en virtud del párrafo 1 o de la ley del Estado donde se han iniciado los procedimientos, en la aplicación de la persona con derecho al beneficio de la orden, será ejecutable en cualquier otro Estado contratante.

3. Un Estado puede declarar que no aplicará el párrafo 1 o designará mediante una declaración cuál de sus tribunales no aplicará el párrafo 1.

Reconocimiento y ejecución en virtud de la legislación nacional (artículo 150.).

Sujeto a lo dispuesto en el artículo 6, este Convenio no impide el reconocimiento o la ejecución de sentencias de conformidad con la legislación nacional.

Disposición transitoria (artículo 160.).

El presente Convenio se aplicará al reconocimiento y ejecución de sentencias si, en el momento en que se iniciaron los procedimientos en el Estado de origen, el Convenio tenía efecto entre ese Estado y el Estado requerido.

Declaraciones que limitan el reconocimiento y la ejecución (artículo 170.).

Un Estado puede declarar que sus tribunales pueden negarse a reconocer o hacer cumplir una sentencia dictada por un tribunal de otro Estado Contratante si las partes eran residentes en el Estado requerido, y la relación de las partes y todos los demás elementos relacionados con la controversia, excepto La ubicación de la corte de origen, se relacionaron solo con el Estado requerido.

Declaraciones con respecto a asuntos específicos (artículo 180.)

- 1. Cuando un Estado tiene un gran interés en no aplicar esta Convención a un asunto específico, ese Estado puede declarar que no aplicará la Convención a esa materia. El Estado que haga tal declaración garantizará que la declaración no sea más amplia de lo necesario y que la materia específica excluida esté definida de manera clara y precisa.
 - 2. Con respecto a ese asunto, el Convenio no se aplicará:
 - (a) en el Estado contratante que hizo la declaración;
- (b) en otros Estados contratantes, donde se solicita el reconocimiento o la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de un Estado contratante que hizo la declaración.

Declaraciones con respecto a sentencias de un Estado (artículo 190.)

- 1. Un Estado puede declarar que no aplicará el presente Convenio a las resoluciones derivadas de procedimientos en los que sea parte cualquiera de los siguientes:
 - (a) ese Estado, o una persona física que actúe por ese Estado; o
- (b) una agencia gubernamental de ese Estado, o una persona física que actúe para dicha agencia gubernamental.

El Estado que haga tal declaración garantizará que la declaración no sea más amplia de lo necesario y que la exclusión de alcance esté definida de manera clara y precisa. La declaración no distinguirá entre las sentencias en las que el Estado, una agencia gubernamental de ese Estado o una persona física que actúe por cualquiera de ellos sea un demandado o un demandante en el proceso ante el tribunal de origen.

2. El reconocimiento o la ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de un Estado que hizo una declaración de conformidad con el párrafo 1 puede ser denegado si la sentencia surgió de procedimientos en los cuales el Estado que hizo la declaración o el Estado requerido, uno de sus gobiernos Las agencias o una persona física que actúe para cualquiera de ellos es parte, en la misma medida que se especifica en la declaración.

Interpretación uniforme (artículo 20)

En la interpretación de este Convenio, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

Sistemas legales no unificados (artículo 22)

- 1. En relación con un Estado contratante en el que dos o más sistemas jurídicos se apliquen en diferentes unidades territoriales con respecto a cualquier asunto tratado en este Convenio:
- (a) toda referencia a la ley o al procedimiento de un Estado se interpretará como una referencia, cuando corresponda, a la ley o el procedimiento en vigor en la unidad territorial pertinente;
- (b) toda referencia al tribunal o tribunales de un Estado se interpretará como referente, cuando corresponda, al tribunal o tribunales de la unidad territorial correspondiente;
- (c) toda referencia a una conexión con un Estado se interpretará como una referencia, cuando corresponda, a una conexión con la unidad territorial pertinente;
- (d) toda referencia a un factor de conexión en relación con un Estado se interpretará como una referencia, cuando corresponda, a ese factor de conexión en relación con la unidad territorial pertinente.
- 2. No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, un Estado contratante con dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes no estará obligado a aplicar el presente Convenio a situaciones que afecten únicamente a unidades territoriales diferentes.
- 3. Un tribunal en una unidad territorial de un Estado contratante con dos o más unidades territoriales en las que se apliquen diferentes sistemas de derecho no estará obligado a reconocer o hacer cumplir una sentencia de otro Estado contratante únicamente porque la sentencia haya sido reconocida o ejecutada en otra unidad territorial del mismo Estado contratante en virtud del presente Convenio.

4. El presente artículo no se aplicará a las organizaciones regionales de integración económica.

Relación con otros instrumentos internacionales (artículo 23).

- 1. En la medida de lo posible, se interpretará que el presente Convenio es compatible con otros tratados vigentes para los Estados contratantes, ya sea que se haya celebrado antes o después del presente Convenio.
- 2. El presente Convenio no afectará la aplicación por un Estado contratante de un tratado que se haya celebrado antes del presente Convenio.
- 3. El presente Convenio no afectará la aplicación por un Estado contratante de un tratado celebrado después del presente Convenio en lo que respecta al reconocimiento o ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de un Estado contratante que también sea parte en ese tratado. Nada en el otro tratado afectará las obligaciones en virtud del Artículo 6 hacia los Estados contratantes que no son Partes en ese tratado.
- 4. El presente Convenio no afectará la aplicación de las normas de una Organización de Integración Económica Regional que sea Parte en el presente Convenio en lo que respecta al reconocimiento o ejecución de una sentencia dictada por un tribunal de un Estado contratante que también es un Estado miembro de la Organización Regional de Integración Económica donde:
- (a) las normas se adoptaron antes de que se celebrara el presente Convenio; o
- (b) las normas se adoptaron después de la celebración de este Convenio, en la medida en que no afecten las obligaciones establecidas en el Artículo 6 para con los Estados contratantes que no son Estados miembros de la Organización Regional de Integración Económica.

La prohibición de reconocimiento de divorcios no judiciales en Chile

CAMILA FERNANDA QUINTANA CASTILLO*

Sumario: 1. Introducción. 2. Situación general en Chile del reconocimiento de divorcios obtenidos en el extranjero. 3. Sobre la prohibición de reconocer divorcios no judiciales en Chile. 4. Alternativas de los excónyuges ante la legislación chilena para reconocer un divorcio que ha podido ser dictado en el extranjero por una vía no judicial. 5. Implicancias en el Derecho de no reconocer en Chile los divorcios administrativos y notariales obtenidos en el extranjero. 6. Comentarios a modo de conclusión. 7. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Los asuntos concernientes al reconocimiento de actos y decisiones obtenidas en el extranjero, constituyen una de las más importantes áreas de estudio del Derecho internacional privado, pues tienen especiales implicancias sobre los individuos a quienes estos afecten. Especial relevancia, desde el punto de vista de la persona, tiene el que se reconozca y pueda hacer valer los asuntos que conciernen a su estatuto personal, y más específicamente sobre su estado civil y relaciones familiares. Sin embargo, si bien por regla general los actos y decisiones extranjeros son validados en Chile, se encuentra prohibida en forma expresa la posibilidad de reconocer aquellos divorcios que no han sido obtenidos judicialmente.

El presente trabajo tiene objeto presentar y comentar desde el Derecho internacional privado la situación normativa chilena acerca de esta prohibición de reconocer los divorcios obtenidos en el extranjero por vías distintas de la jurisdiccional, exponiendo las alternativas que tienen los excónyuges para lograr el reconocimiento de su divorcio; de

^{*} Abogada por la Universidad de Chile. Ayudante Instructora del Departamento de Derecho Privado de la Universidad Alberto Hurtado. Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI).

lo cual, se desprenden una serie de implicancias, tanto personales como jurídicas, lo que permite hacer observaciones y críticas a la forma en que esta norma se ha concebido, exponiendo las razones de por qué cobra relevancia pensar en una reforma a la misma, y, en general, considerar una legislación con un enfoque globalizado, en contraposición a uno territorialista.

2. Situación general en Chile del reconocimiento de divorcios obtenidos en el extranjero

Para obtener el reconocimiento en Chile a un divorcio dictado en el extranjero, deberá estarse a lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley núm. 19.947 Nueva Ley de Matrimonio Civil, 1 y 2 el cual supone un sistema más estricto de reconocimiento que para otros tipos de sentencias, pues incluye requisitos adicionales para dar lugar al exequátur de divorcio.³

Del mencionado artículo se desprende, en primer lugar, que el reconocimiento de un divorcio obtenido en el extranjero está sujeto a que haya sido dictado por sentencia judicial, al señalar en su inciso segundo que "[e]n ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al

¹ Publicada en el Diario Oficial el 17 de mayo de 2004.

² Artículo 83.—El divorcio estará sujeto a la ley aplicable a la relación matrimonial al momento de interponerse la acción.

Las sentencias de divorcio y nulidad de matrimonio dictadas por tribunales extranjeros serán rconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil.

En ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno.

Tampoco se reconocerá valor a las sentencias obtenidas en fraude a la ley. Se entenderá que se ha actuado en fraude a la ley cuando el divorcio ha sido declarado bajo una jurisdicción distinta a la chilena, a pesar de que los cónyuges hubieren tenido domicilio en Chile durante cualquiera de los tres años anteriores a la sentencia que se pretende ejecutar, si ambos cónyuges aceptan que su convivencia ha cesado a lo menos ese lapso, o durante cualquiera de los cinco años anteriores a la sentencia, si discrepan acerca del plazo de cese de la convivencia. El acuerdo o la discrepancia entre los cónyuges podrá constar en la propia sentencia o ser alegado durante la tramitación del exequatur.

³ Picand Albónico, Eduardo, "El *Exequatur* en Chile. Eficacia de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros", en Picand Albónico, Eduardo (coord.), *Estudios de Derecho Internacional Privado*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 353.

orden público chileno"; negando así, en forma categórica y expresa, la posibilidad de que se reconozca un divorcio obtenido por una vía distinta de la judicial.

En cuanto a los requisitos de otorgamiento del exequátur de una sentencia de divorcio, además de que haya sido dictado por sentencia judicial en el país de origen, se exige que esta no se oponga al orden público chileno, ni hava sido dictada con fraude a la ley; estableciendo una presunción de derecho de fraude a la ley cuando el divorcio se haya obtenido en el extranjero habiendo tenido los cónyuges domicilio en Chile dentro de los 3 años anteriores a su dictación, si están contestes con la fecha del cese de convivencia, o dentro de los 5 años anteriores a su dictación, si discreparen acerca de ese plazo. Este requisito tiene por objeto evitar el forum shopping por parte de los cónyuges para obtener una sentencia de divorcio favorable sin cumplir los requisitos de la ley chilena,⁴ que exige, entre otros, un cese de convivencia de un año si es de mutuo acuerdo o de tres años si es solicitado unilateralmente, lo que, sin embargo, implica, tal como se dijo anteriormente, más requisitos para su reconocimiento que aquellos que se exigen para otro tipo de sentencias.

Así las cosas, y cumpliendo con los requisitos del artículo 83 de la Ley núm. 19.497, se deberá dar cumplimiento a los requisitos que el Código de Procedimiento Civil impone para la ejecución de las resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros, dispuestas en los artículos 242 y siguientes, cuyo procedimiento se encuentra reglado en los artículos 247 y siguientes. Dichas normas se refieren, en general, a que las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros tendrán en Chile la fuerza que les concedan los tratados internacionales aplicables; de no haber estos tratados, se les dará la fuerza que en el lugar de origen de la resolución se dé a las resoluciones chilenas, y que si no se diere valor en ese lugar, no se les dará en Chile; y, en caso de no ser aplicable los criterios anteriores, se reconocerán siempre que no contengan nada contrario a las leyes chilenas, que no se oponga a la jurisdicción nacional, que la parte contra la cual se invoca la sentencia haya sido debidamente emplazada, y que se encuentre ejecutoriada. Lo anterior es lo que se denomina sistema de "cascada".5

⁴ Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, 7a. ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016, Tomo I, pp. 120-121.

⁵ Picand, *cit.*, p. 353.

3. Sobre la prohibición de reconocer divorcios no judiciales en Chile

Como se señaló en acápite anterior, el inciso tercero del artículo 83 de la Ley núm. 19.497 prohíbe en forma expresa la posibilidad de reconocimiento de un divorcio obtenido por una vía no judicial, como son, por ejemplo, la administrativa y notarial. En ese mismo sentido, se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema, en la escasa jurisprudencia sobre la materia en que se ha intentado por la vía del exequátur el reconocimiento de estos tipos de divorcios. Por ejemplo, en la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2017, rol 45398-2016, el razonamiento de la Corte ha sido el siguiente:

Séptimo: Que, de acuerdo a lo anterior, no resulta procedente la petición de exequátur, por cuanto no se trata de una sentencia judicial dictada por un tribunal extranjero, sino de una resolución proveniente de una autoridad administrativa que no se consulta en la normativa que regula la materia, como se advierte de las disposiciones del Título XIX del Libro I del Código de Procedimiento Civil, aplicable solamente respecto de las decisiones jurisdiccionales emanadas de tribunales extranjeros, concepto que en nuestra tradición se opone a la idea de órgano administrativo.

Octavo: Que dicho razonamiento se ve reforzado por lo dispuesto en el artículo 83 de la Ley núm. 19.947, contenido en su capítulo VIII, titulados "de la Ley aplicable y del reconocimiento de la sentencia extranjeras", que en su inciso tercero señala: "En ningún caso tendrá valor en Chile el divorcio que no haya sido declarado por resolución judicial o que de otra manera se oponga al orden público chileno.

Noveno: Que, consecuentemente, al no cumplirse con el presupuesto esencial que da origen a tramitar una gestión de esta naturaleza, cual es, una sentencia ejecutoriada dictada por algún tribunal extranjero, sólo corresponde negar lugar al exequátur solicitado.⁶

No es baladí mencionar en este trabajo especialmente estos dos ejemplos como formas de término de matrimonio distintas de la judicial, no porque estas sean la únicas otras formas de obtención de divorcio, sino porque son las que podrían tener mayor contacto con Chile, debido a su reconocimiento en varios países latinoamericanos y en España, que corresponden a los mayores flujos migratorios para Chile.

⁶ En ese mismo sentido se ha pronunciado la Excma. Corte Suprema en las sentencias de exequátur de fecha 25 de marzo de 2010, rol 1907-2010 y de 26 de abril de 2010, rol 2939-2005.

Además, las mismas están reguladas en la normativa chilena como forma de poner término a los acuerdos de unión civil, ya que la Ley núm. 20.8307 que crea el Acuerdo de Unión Civil, contempla en su artículo 26 la posibilidad de poner término a los acuerdos de unión civil mediante escritura pública extendida ante notario o acta otorgada ante el oficial del Registro Civil; es decir, en forma administrativa.8 Por su parte, el Título III de la misma ley, "De Los Acuerdos de Unión Civil Celebrados en el Extranjero", en su artículo 120. distingue en cuanto a la terminación de los mismos, cuando sea por resolución judicial o por otro acto auténtico, reconociendo ambos indistintamente:

Art. 12. Los acuerdos de unión civil o contratos equivalentes, no constitutivos de matrimonio, que regulen la vida afectiva en común de dos personas del mismo o de distinto sexo, sujetos a registro y celebrados válidamente en el extranjero, serán reconocidos en Chile, en conformidad con las siguientes reglas: (...)

5a. Las sentencias que declaren la nulidad o la terminación del acuerdo, dictadas por tribunales extranjeros, serán reconocidas en Chile conforme a las reglas generales que establece el Código de Procedimiento Civil.

6a. Los actos auténticos en que conste la terminación de uno de estos acuerdos serán reconocidos en Chile, en conformidad con la legislación chilena vigente en esta materia.

En ese sentido, no resulta a ajena a la legislación chilena la idea de reconocer como forma válida de disolución de un vínculo familiar una vía no judicial; sin embargo, se ha optado por mantener esta prohibición, como norma de orden público, sin tener en consideración las implicancias jurídicas y personales que esta prohibición conlleva, debiendo sortearse otras alternativas para obtener el fin deseado, cual es el reconocimiento del divorcio, alternativas que a todas luces resultan una carga excesiva para los excónyuges, e incluso jurídicamente ficticias, como se verá a continuación.

⁷ Publicada en el *Diario Oficial* con fecha 21 de abril de 2015.

⁸ Cabe aquí hacer la precisión que la Ley núm. 20.830 que Crea el Acuerdo de Unión Civil del año 2015, lo hace fijando efectos muy similares entre estos y el matrimonio, en cuanto a efectos patrimoniales, sucesorios, de seguridad social, entre otros, por lo que sus diferencias radican especialmente en su celebración, disolución, y en que el matrimonio sólo puede contraerse por un hombre y una mujer, en cambio, los acuerdos de unión civil pueden ser celebrados por parejas tanto hetero como homosexuales.

4. Alternativas de los excónyuges ante la legislación chilena para reconocer un divorcio que ha podido ser dictado en el extranjero por una vía no judicial

Al no reconocerse los divorcios administrativos o notariales obtenidos en el extranjero, se deberán buscar alternativas al reconocimiento con la finalidad de alcanzar el objetivo inicial, cual es que los excónyuges se encuentren divorciados en territorio nacional, ya sea que se hayan casado o reconocido su matrimonio en nuestro país.

Las alternativas que aquí se presentan, además de mostrar las posibles vías para conseguir dicho objetivo, grafican los problemas que la prohibición de reconocimiento conlleva desde la perspectiva del individuo.

4.1. Judicializar el divorcio en el país de origen

La primera alternativa que se nos presenta para lograr el reconocimiento de un divorcio en Chile obtenido en un país cuya legislación considera la posibilidad de que este se obtenga por la vía administrativa o notarial, consiste en omitir dicha facilidad y someter a la decisión de un tribunal competente el divorcio.

Lo anterior, conlleva una serie de inconvenientes para los excónyuges, de carácter emocional, temporal y económico; estos dos últimos debido a que el tiempo que toma la resolución de un juicio, por breve que sea, siempre será siempre muy superior al de un trámite administrativo o notarial que puede incluso concluirse en forma inmediata. Por lo demás, se deberán incurrir en gastos asociados al procedimiento que por la otra vía serían innecesarios o acotados, como son los honorarios de abogados, costos de la tramitación y, en algunos casos, los costos que se exijan por acceder a la justicia; ello, sumado a los costos de la tramitación del exequátur en Chile, que serán los de la representación judicial y de su tramitación propiamente tal.

Por su parte, es necesario recalcar que la judicialización de un divorcio conlleva una carga emocional, pues cuesta entender que el término de una relación afectiva, aun cuando esta se lleve a efecto de mutuo acuerdo, no implique un desgaste emocional para uno o ambos cónyuges, y que extender esta en el transcurso de la tramitación de un juicio, no hace más que incrementar la misma.

Sin perjuicio de lo anterior, la posibilidad de judicializar el divorcio de mutuo acuerdo en un Estado cuya normativa permite los divorcios

notariales o administrativos, debe incluir que dicho Estado considere la posibilidad de hacerlo mediante un juicio, pues, en caso de que así no se contemple, la opción sería realizarlo de manera contenciosa, lo que implica crear un conflicto ficticio, no existiendo reales razones para ello.

4.2. Judicializar el divorcio en Chile

Una segunda opción será judicializar el divorcio en tribunales chilenos para que tenga efectos en el país, a pesar de que haya sido dictado en forma administrativa o judicial en el extranjero. Esta será también la alternativa para aquellos casos en que el divorcio haya sido dictado por un tribunal extranjero pero que no cumpla a cabalidad los requisitos de orden público que exige la ley chilena; es decir, que el cese de convivencia se haya prolongado por un periodo de tiempo igual o superior a un año en caso de divorcio de común acuerdo, o igual o superior a 3 años, si es unilateral.

La judicialización del divorcio en Chile conllevará los costes emocionales, económicos y temporales descritos en el caso anterior, sin perjuicio de que los dos últimos se verán acrecentados en el entendido de que los excónyuges no se encuentren domiciliados en el país.

Sin perjuicio de lo señalado en los acápites anteriores como alternativas para lograr que en Chile sea válido el divorcio que fue o pudo ser obtenido por una vía no judicial, no es baladí pensar en la posibilidad de que durante cualquiera de estos procesos se pueda producir el fallecimiento de uno de los excónyuges, con los consecuentes problemas que esto produce en materia sucesoria, especialmente en el caso de existir bienes en Chile.

5. Implicancias en el derecho de no reconocer en Chile los divorcios administrativos y notariales obtenidos en el extranjero

No obstante los problemas descritos a propósito de las alternativas de los excónyuges para que su divorcio sea válido en Chile descritas en el apartado anterior, se plantean otros inconvenientes desde una perspectiva jurídica, por el hecho de que la ley chilena no permita en forma expresa el reconocimiento de los divorcios notariales o administrativo dictados conforme a la normativa de su país de origen.

Lo primero que resalta dice relación con el principio de igualdad ante la ley, el cual se garantiza en nuestra normativa en la Constitución Política de la República de Chile, asimismo. El Código Civil chileno señala que la ley chilena es obligatoria para todos los habitantes de la República, incluso los extranjeros. Sin embargo, esta igualdad ante la ley, según lo que ya se ha dicho sobre el reconocimiento de las leyes de divorcio, será aplicable en este ámbito solo cuando la ley del país cuyo divorcio se intenta reconocer sea similar en sus disposiciones a la ley chilena, tanto en la forma de su dictación (judicial), como de los requisitos temporales de cese de convivencia, ya que, para aquellas personas que hayan obtenido su divorcio en forma administrativa o notarial porque la normativa estatal donde fue realizado así lo contempla, no podrán hacerlo valer en Chile.

Por su parte, el principio de acceso a la justicia, visto desde la perspectiva de los derechos humanos, así como principio formativo de la normativa, puede resultar vulnerado al no reconocerse los divorcios dictados de acuerdo a la ley del país de origen de forma notarial o administrativa, siguiendo la idea de que se incrementa la carga económica para poder hacer valer un divorcio de tales características. Esto, debido a que ante la falta de recursos económicos, se entorpece el acceso a la justicia y no puede entenderse sólo como la posibilidad de accionar ante tribunales o un sistema judicial que goce de independencia, sino que deben considerarse de igual forma los factores económicos para ejercer las acciones correspondientes, como son los costos de contratación de abogados y de recurrir al sistema, dentro de otros factores.⁹

Otro aspecto antes comentado acerca de la oportunidad del reconocimiento del divorcio administrativo, es relevante desde la perspectiva del acceso a la justicia; así, encontramos la idea planteada por Michael Anderson acerca de que "la justicia tardía equivale a una denegación de justicia". ¹⁰ El mejor ejemplo de esto se materializa, como se indicó anteriormente, en la posibilidad de que uno de los excónyuges fallezca antes de lograr una sentencia de divorcio en el extranjero para ser reconocida en Chile o dictada en Chile. En ese sentido, debe entenderse como fundamental el derecho a un proceso sin dilaciones, que es lo que ocurre en la especie, a pesar de que doctrinariamente este derecho ha sido tratado principalmente desde una perspectiva penal, lo que

⁹ Anderson, Michael, "Acceso a la Justicia y al Proceso Legal: Creando Instituciones Legales más Receptivas a los Pobres en los Países en Desarrollo", en Birgin, Haydée, y Gherardi, Natalia (coord.), *La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes Empíricos y Conceptuales*, Colección "Género, Derecho y Justicia", núm. 6, México, 2011, p. 23. http://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf

¹⁰ *Ibidem*, p. 28.

resulta aplicable en general como garantía de acceso a la justicia, según lo señalado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ¹¹ sin perjuicio de que esta dilación no vendría dada desde una perspectiva del órgano jurisdiccional, sino desde el legislador por las trabas establecidas.

Por su parte, y visto de una perspectiva más práctica, el problema de no reconocer los divorcios administrativos o notariales obtenidos en el extranjero, cobra mayor relevancia al considerar que estas formas de terminación del vínculo matrimonial de mutuo acuerdo se han ido adoptando progresivamente en diversos países, especialmente a nivel latinoamericano, 12 incluyendo Estados con los que Chile tiene un relevante intercambio migratorio, como es el caso de Colombia, que consagró la posibilidad de un divorcio de común acuerdo ante notario, a través de escritura pública en el artículo 34 de la Ley núm. 962 del año 2005, 13 el que incluye la obligación de regular un acuerdo en materia de alimentos, en caso de existir hijos del matrimonio.

Asimismo, en Perú, con fecha 16 de mayo de 2008, se publicó la Ley núm. 29.227 que Regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, el cual se realiza en las municipalidades provinciales o distri-

Apolín Meza, Dante Ludwig, "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en *Revista Foro Jurídico*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, num. 7, 2017, http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18460/18700, p. 84.

¹² A modo de ejemplo, la República de Cuba contempla el divorcio notarial en el Decreto Ley núm. 154/94 de 6 de septiembre de 1994 "Del Divorcio Notarial"; el Distrito Federal de México lo contempla el divorcio administrativo ante el un Juez del Registro Civil en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal; en Bolivia se contempla el divorcio notarial en la Ley núm. 483 de 25 de enero de 2014 Ley del Notariado Plurinacional cuando éste sea de común acuerdo y no existan hijos del matrimonio, ni bienes comunes o gananciales sujetos a registro, ni pretensión de asistencia familiar por ninguno de los cónyuges; en Brasil la Ley núm. 11.441 de 2007 modificó el Código de Processo Civil incorporando el artículo 1.124-A que contempla el divorcio de común acuerdo a través de escritura pública; en Ecuador, el Decreto Supremo 1404 Ley Notarial, desde el año 2006 contempla el divorcio de mutuo acuerdo realizado ante notario cuando los cónyuges no tengan hijos menores o bajo su dependencia, y a través de la reciente Ley Orgánica Reformatoria del Código Orgánico General de Procesos, publicada en el Registro Oficial el 26 de junio de 2019, posibilita este tipo de divorcios cuando existan hijos dependientes, cuando su situación en relación a tenencia, visitas y alimentos se encuentre resuelta con acta de mediación o resolución judicial dictada por Juez competente.

¹³ Publicada en el Diario Oficial con fecha 6 de septiembre de 2005.

tales y en las notarías de la jurisdicción del último domicilio conyugal o de donde se realizó el Matrimonio Civil, y que contempla como requisito la solución previa de los asuntos sobre alimentos, régimen de visitas y patria potestad de los hijos menores o mayores con incapacidad, y del régimen patrimonial si hubiere bienes en común.

5.1. El caso de España previo a la Ley 15/2015

Con la finalidad de aportar a la discusión acerca del no reconocimiento en Chile de los divorcios notariales y administrativos dictados en el extranjero, resulta pertinente hacer mención al caso español previo a la dictación de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria, ¹⁴ el cual es descrito por José Carlos Fernández Rozas. Previo a la dictación de dicha ley, la legislación española consideraba que el divorcio de común acuerdo debía ser dictado por el tribunal competente, sin perjuicio de lo cual, y mediante un desarrollo jurisprudencial, podía reconocerse el divorcio de mutuo acuerdo concedido por autoridades no judiciales.

Para ello, el divorcio cuyo reconocimiento se buscaba debía representar una forma definitiva y eficaz de disolución del vínculo matrimonial en el país de origen, así como provenir de una autoridad extranjera debidamente facultada por la ley de ese Estado, 15 reconociéndose dicho acto mediante el procedimiento de reconocimiento de las decisiones judiciales. Cumpliendo dichos requisitos, no se consideraba una afectación al orden público español el que el divorcio cuyo reconocimiento se buscaba no haya sido dictado judicialmente, siempre que no se oponga a la competencia de los tribunales de España, poniendo el autor como ejemplo el caso de que los cónyuges hayan sido ciudadanos españoles con residencia en España.

Si bien cabe destacar que este es un caso en que se reconocían como válidos los divorcios dictados por una vía distinta de la judicial, a pesar de que esa alternativa no estaba prevista en el ordenamiento interno, no existía en España una norma que prohibiera en forma expresa ese reconocimiento como en el caso de la Ley núm. 19.497 chilena, pero de todas formas constituye una solución pertinente desde la perspectiva del Derecho internacional privado, pues no deja en la indefensión a quienes legítimamente hayan obtenido su divorcio por otra vía.

¹⁴ Publicada en el Boletín Oficial del Estado con fecha 3 de julio de 2015.

¹⁵ Fernández Rozas, José Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 6a. ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2011, pp. 416-417.

6. Comentarios a modo de conclusión

Finalmente, y según lo revisado en el presente trabajo, no deja de llamar la atención el hecho de que la Nueva Ley de Matrimonio Civil chilena, que data del año 2004, contenga una disposición tan conservadora como aquella que motiva el presente artículo, al prohibir en forma expresa la posibilidad de reconocer un divorcio dictado por una autoridad distinta de la judicial, no dando cabida alguna al reconocimiento de otro tipo de divorcio distinto del contemplado en esta legislación, y no teniendo en consideración la diversidad de soluciones que existen en otros ordenamientos jurídicos, incluso o especialmente de la misma región. Asimismo, que no se haya modificado posteriormente, por ejemplo a raíz la dictación de la Ley sobre Acuerdos de Unión Civil que incluye esta posibilidad para reconocer la terminación de estos acuerdos o similares.

Debido a que la existencia de divorcios no judiciales en otros Estados es cada vez más amplia, y a las implicancias que la falta del reconocimiento tiene para los individuos, resulta pertinente citar al autor uruguayo Ruben Santos Belandro, quien señala que "[a]nte tal diversidad debemos asumir una concepción amplia de la decisión extranjera que se nos presente, evitando rechazar decisiones de disolución de las uniones de pareja por el único motivo de que no ha sido decretada judicialmente". 16

En ese sentido, y debido a que lo establecido en el inciso tercero del artículo 83 es categórico en cuanto a prohibir el reconocimiento, resulta que la única alternativa para que se contemple esta posibilidad en Chile sería una reforma legal, derogando en forma expresa o tácita tal prohibición, pues cualquier intento de resolverse por la vía jurisprudencial sería contraria a Derecho.

La necesidad de una reforma de estas características, con una visión desde el Derecho internacional privado moderno y no territorialista, radica en tener en cuenta, tanto la globalización, como la facilidad de movilidad de las personas, siendo cada vez más común la migración por diversas causales, lo que acrecienta los casos en materias de familia con los más variados elementos internacionales (como son nacionalidades distintas de los cónyuges o domicilios en estados diferentes); lo que hace necesario avanzar respecto de las concepciones de establecimiento

¹⁶ Santos Belandro, Ruben, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2009, p. 95.

de un Derecho interno que se proteja de los otros ordenamientos, ampliando los límites de lo que se entiende como fraude a la ley y orden público. Esto, para poder entregar soluciones adecuadas y acordes a las necesidades humanas actuales. En ese sentido, los autores chilenos Carlos Villarroel Barrientos y Gabriel Villarroel Barrientos señalan respecto de la construcción de un sistema armónico y previsible que "[e]s importante destacar que si el Estado pasa por sobre esta realidad y pretende imponer su ley a todas las situaciones con elementos internacionales, con ello se perjudicarán las personas que deban convivir con esa legislación y no los restantes Estados del mundo",¹¹ que es lo que ocurre, según se ha revisado en este trabajo, con la prohibición de reconocimiento de divorcios obtenidos legítimamente en el extranjero por vías distintas de la judicial.

7. Bibliohemerografía

Anderson, Michael, "Acceso a la Justicia y al Proceso Legal: Creando Instituciones Legales más Receptivas a los Pobres en los Países en Desarrollo", en Birgin, Haydée y Gherardi, Natalia (coords.), La Garantía de Acceso a la Justicia: Aportes Empíricos y Conceptuales, Colección "Género, Derecho y Justicia", núm. 6, México, 2011, pp. 1-40, http://www.corteidh.or.cr/tablas/28920.pdf

Apolín Meza, Dante Ludwig, "El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas", en Revista Foro Jurídico, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, num. 7, 2017, pp. 82-88. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18460/18700

Cabello Matamala, Carmen Julia, "El Reconocimiento de Divorcios Extranjeros: Una Visión Comparativa entre el Régimen Latinoamericano y Europeo: Apuntes de la Jurisprudencia Peruana En El Reconocimiento De Divorcios No Judiciales", Persona y Familia, Revista del Instituto de la Familia, Facultad de Derecho, Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima, num. 4 (1), 2015, pp. 27-45. http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/familia/publicaciones/REVISTA_PERSONA_Y_FAMILIA_2015/27_El%20reconocimiento%20de%20divorcios%20extranjeros%20-%20Car men%20Julia%20Cabello%20Matamala.pdf

Culiaciati, Martín Miguel, "Razones y Sinrazones que demoran la Desjudicialización del Divorcio en Argentina", Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, Puebla, julio-diciembre, 2015, pp. 389-417. http://

¹⁷ Villarroel Barrientos, Carlos y Villarroel Barrientos, Gabriel, Derecho Internacional Privado, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, p. 31.

- www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472015000200389
- Esplugues Mota, Carlos, "Sobre la Aplicación en la Práctica del Modelo Chileno de Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Extranjeras y la Necesidad de su Reforma", Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, XLIII 20. semestre, 2014, pp. 297-353. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0 718-6851201 4000200008
- Lepin Molina, Cristián y Lama Gálvez, Belén, Divorcio. Análisis Crítico de la Jurisprudencia Nacional, Santiago, Rubicón Editores, 2019.
- Fernández Rozas, José Carlos, *Derecho Internacional Privado*, 6a. ed., Pamplona, Civitas Thomson Reuters, 2011.
- Picand Albónico, Eduardo, "El exequatur en Chile. Eficacia de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros", en Picand Albónico, Eduardo (coord.), Estudios de Derecho Internacional Privado, Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 311 a 361.
- Ramos Pazos, René, *Derecho de Familia*, 7a. ed. actualizada, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2016, Tomo I.
- Santos Belandro, Ruben, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Montevideo, Asociación de Escribanos del Uruguay, 2009.
- Villarroel Barrientos, Carlos y Villarroel Barrientos, Gabriel, *Derecho Internacional Privado*, 2a. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015.



Parte II

El proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, aspectos internacionales a considerar



Cuestiones de competencia judicial que deberán incorporarse al nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

FRANCISCO JOSÉ CONTRERAS VACA*

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis del Capítulo I. Disposiciones generales sobre la competencia de las autoridades mexicanas en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México, que se considera deberán ser incorporadas al nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. 3. Conclusiones.

1. Introducción

Es importante destacar que, atento a las tendencias internacionales, la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, bajo la coordinación de sus destacados miembros Leonel Pereznieto Castro, Jorge Alberto Silva Silva y María Virginia Aguilar, ha elaborado un proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México, el cual en la actualidad se encuentra ampliamente analizado.

Por otra parte, hay que señalar que el pasado 15 de septiembre de 2017, en el *Diario Oficial de la Federación*, se publicó un decreto por el que se reforman y adicional los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de justicia cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares), estableciéndose un plazo de ciento ochenta días para la elaboración del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares con validez en todo el país. Los mismos legisladores han incumplido con dicho plazo, pero sabemos que en algún momento tendrán que aprobar el referido ordenamiento.

^{*} Académico de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; Profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad Panamericana, y Catedrático en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Debido al amplio y trascendente desarrollo que presenta el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México, sería conveniente que las disposiciones procesales que el mismo contempla en las materias civil y familiar sean incorporadas, tal cual, al nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

Por último, hay que mencionar que en el presenta trabajo nos limitamos a analizar las disposiciones relativas a la competencia de las autoridades judiciales establecidas para conocer de los conflictos surgidos en las materias civil y familiar.

2. Análisis del Capítulo I. Disposiciones generales sobre la competencia de las autoridades mexicanas en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México, que se considera deberán ser incorporadas al nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

El capítulo del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México, se integra por 2 apartados, el primero se refiere a las disposiciones generales sobre competencia (competencia directa); y, el segundo, aborda los problemas derivados del reconocimiento de la competencia asumida por las autoridades extranjeras (competencia indirecta). A continuación llevaremos a cabo el análisis de estos aspectos.

2.1. Disposiciones generales sobre competencia (competencia directa)

Abarca los artículos 1 a 19 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México. En el mismo se establece un estudio oficioso de los conflictos competenciales (artículo 3) y se desarrolla, de manera amplia y adecuada, las reglas de fijación de competencia para que los tribunales nacionales entren a conocer de un conflicto, indicándose que son jueces competentes, los siguientes (artículo 4 a 13, 18 y 19):

- a) Como regla general, los del lugar de residencia habitual del demandado, cualquiera que sea la materia a que nos estemos refiriendo, salvo las excepciones que la propia ley establece y que se señalan a continuación.
- *b)* Para los casos de desaparición de personas, declaración de ausencia y presunción de muerte: los jueces del lugar donde estuvo la última residencia habitual de la persona al momento de su desaparición.

Si se desconoce su última residencia habitual será juez competente el del lugar donde la persona posee sus bienes más cuantiosos, y a falta de estos o desconocimiento de los mismos, los jueces del lugar donde hubiere estado su última residencia conocida.

- c) Para conocer sobre la imputación o la impugnación de la filiación o las cuestiones relacionadas con la patria potestad, la tutela (salvo la tutela testamentaria) o la curatela: los jueces del lugar de la residencia habitual del menor o del padre demandado, a elección del actor.
- *d)* Para conocer sobre el reconocimiento de la paternidad, los jueces del lugar de la residencia habitual del menor.
- *e*) Para conocer del divorcio, los jueces del último domicilio común de la pareja.
- f) Para dictar medidas provisionales sobre separación de personas para casos de divorcio o nulidad de matrimonio, los jueces del lugar donde se encuentre la persona, aun cuando estos no sean competentes para conocer y resolver sobre el divorcio o nulidad del matrimonio.
- g) Para conocer de la nulidad o la validez de un matrimonio, los jueces de la residencia del demandado.
- h) Para conocer de los derechos reales sobre bienes, los jueces del lugar donde se encuentren los mismos. Considero que esta hipótesis debe limitarse a los bienes inmuebles, ya que en caso de bienes muebles, el juez competente debe ser el de la residencia del demandado.
- *i)* Para conocer de las obligaciones contractuales, los jueces del lugar de ejecución de las mismas.
- *j*) Para conocer de los contratos de consumo, los jueces del lugar de la residencia del consumidor.
- *k*) Para conocer de las acciones de un hecho ilícito, los jueces del lugar donde se produce el daño, salvo que se trate de demandas de responsabilidad por el producto, en donde el juez competente será el del domicilio del productor.
- l) Para conocer de la ejecución de una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, los jueces del domicilio del ejecutado, o en su defecto, el del lugar de la ubicación de sus bienes en México.
- *m)* Para conocer de las acciones derivadas de títulos o valores registrados, los jueces del lugar de la ubicación del registro.
- n) Para conocer de las acciones derivadas de bienes en tránsito que hubieren desaparecido, los jueces del lugar de origen o destino de los bienes muebles, a elección del actor.

- \tilde{n}) Para conocer de las acciones derivadas de bienes incorporales sujetos a registro, los jueces del lugar de registro de dichos derechos reales.
- *o)* Para conocer de las acciones derivadas de bienes incorporales no sujetos a registro, los jueces de la residencia habitual del deudor.
- *p*) Para conocer de los derechos reales derivados de un título de crédito, los jueces de lugar de ubicación del título de crédito.
- *q)* Para conocer de derechos derivados de acciones societarias, los jueces del lugar de la constitución de la sociedad y si la sociedad tiene su domicilio en México, también podrán ser competentes los jueces mexicanos, a elección del actor.
- r) Para conocer de la sucesión por causa de muerte, acciones de petición de herencia, nulidad, rescisión y evicción de la partición hereditaria, los jueces de la última residencia habitual del causante al momento de su fallecimiento; si se desconoce esta, los jueces de la ubicación de la mayoría de sus bienes, según su cuantía y, en caso de no existir bienes, los jueces del lugar de su fallecimiento. Si la persona falleció en el extranjero y era mexicano o tenía su domicilio efectivo en México, serán competentes los jueces mexicanos, conforme a las reglas anteriores: i) si en el extranjero no se hubiere abierto la sucesión dentro de los seis meses a partir de su fallecimiento, y ii) cuando la mayor parte de sus bienes se encuentre en México.
- s) Para el otorgamiento de la adopción, los jueces del lugar de la residencia del adoptado. Si se trata de un menor abandonado o expósito, los jueces del lugar donde fue abandonado, a menos de que se demuestre el lugar de la residencia habitual del menor.
- t) Para la anulación de la adopción, los jueces del lugar de la residencia habitual del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción. Bastaría decir los jueces del lugar donde se otorgó la adopción, que necesariamente son los de la residencia habitual del adoptado,
- u) Para decidir sobre la conversión de la adopción simple en adopción plena o en legitimación adoptiva o en figuras afines, cuando ello sea posible, los jueces de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, o los del lugar donde tenga su residencia el adoptante, o los del lugar donde tenga su residencia el adoptado, cuando este tuviese domicilio propio al momento de solicitarse la conversión, a elección del actor.
- v) Para decidir cuestiones relativas a la relación entre adoptante (o adoptantes) y el adoptado y la familia de este o estos, los jueces de la residencia habitual del adoptante (o adoptantes), en tanto que el adoptado no constituya una residencia propia. A partir de que el adoptado

tenga residencia propia, serán competentes los jueces del lugar de la residencia del adoptado.

- w) Para el discernimiento de la tutela, curatela y demás instituciones de protección de los incapaces, los jueces del lugar de la residencia de estos. Si se trata de una persona en estado de abandono, los jueces de su residencia habitual y si esta no se conociere, los jueces del lugar donde se encuentre.
- *x*) Para conocer de la restitución de un menor, los jueces del lugar donde el menor se encuentre sustraído, traslado o retenido ilícitamente.
- y) Para conocer de las cuestiones alimenticias, a elección del acreedor alimenticio, los jueces de la residencia del deudor, o los del lugar con los que el deudor tenga vínculos personales, tales como: precepción de ingresos, obtención de beneficios económicos o posesión de bienes, a elección del actor.
- z) Para conocer de las acciones de cese o reducción de alimentos, los jueces de del lugar donde se hubieren fijados los mismos o los jueces de la residencia del acreedor, a elección del actor.
- *aa*) Sin perjuicio de lo dispuesto en las dos fracciones anteriores, para todas las cuestiones alimenticias se considerarán competentes los jueces del lugar donde el demandado hubiere comparecido sin objetar la competencia.
- *bb)* Para conocer de los efectos del matrimonio, los jueces de la residencia de la pareja o el de residencia del cónyuge demandado o del lugar donde el demandado se encuentre, a elección del actor.
- cc) Para conocer sobre el régimen económico y patrimonial del matrimonio, los jueces del lugar donde se constituyó el matrimonio o los del lugar de residencia habitual de la pareja, cuando se pretenda una modificación o sustitución de las capitulaciones, a excepción de los bienes que constituyan derechos reales, ya que respecto a estos serán competentes los jueces del lugar de la ubicación de los mismos.
- dd) Para conocer sobre la liquidación del régimen económico del matrimonio, los jueces del lugar donde se tramitó el divorcio, a excepción de los bienes que constituyan derechos reales, ya que respecto a estos serán competentes los jueces del lugar de ubicación de los mismos.
- *ee)* Para conocer de acciones contra personas jurídicas con residencia en el extranjero, los jueces mexicanos si la persona cuenta con sucursal en el territorio mexicano y la obligación que sirve de base a la demanda se vincula con la actividad de dicha sucursal.
- ff) Tratándose de foros renunciables, serán competentes los jueces mexicanos, cuando el demandado hubiere aceptado por escrito la

competencia de la autoridad mexicana y hubiere renunciando claramente a la originaria. Se admitirá la competencia del juez elegido por las partes, aun cuando el proceso ya se hubiere iniciado, siempre y cuando su acuerdo hubiere sido presentado ante el juez que está conociendo y que este no objetare el abandono del foro.

gg) Tratándose de notificaciones, citaciones y emplazamientos o recepción de pruebas solicitadas vía exhorto por un juez extranjero para las dependencia de la Federación, de las entidades federativas y municipales, los jueces federales que resulten competente por razón del domicilio o residencia de aquellas.

hh) Para imponer medidas provisionales o cautelares, los jueces designados para conocer del negocio en lo principal o cuando la sentencia dictada por un tribunal extranjero deba ser reconocida y ejecutada en México, sin perjuicio de que los bienes o las personas no se encuentren el país, en cuyo caso el tribunal podrá solicitar por los medios internacionales a su alcance que el juez extranjero que corresponda imponga tal medida. En caso de que la medida sea solicitada por un tribunal extranjero o en casos de urgencia, cuando los bienes o la persona se encuentran en México, los jueces mexicanos podrán imponerla, a pesar de que carezcan de competencia internacional para conocer del proceso principal. El cumplimiento de una medida cautelar solicitada por un tribunal extranjero no implica el reconocimiento de la competencia asumida por el tribunal extranjero ni el compromiso de ejecutar la sentencia que de dictare en el proceso correspondiente.

Asimismo, el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México indica que los tribunales mexicanos tendrán competencia exclusiva y, por lo tanto, no se reconocerá la competencia otorgada a los tribunales extranjeros, cuando la controversia sometida a proceso se refiera a asuntos que versen sobre alguna de las siguientes materias (artículo 14):

- a) Derechos reales sobre inmuebles, tierras y aguas ubicadas en el territorio mexicano, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, cuando se trate de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento o arrendamiento de dichos bienes. Se incluyen en estos, las demandas en las que se reclame la validez o nulidad de algún registro público mexicano.
- b) Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar o de cualquiera otra expedida por el Congreso de la Unión.

- c) Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación, de las entidades federativas o las municipales.
- *d*) Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales.
- e) En los casos en que expresamente lo dispongan así otras leyes y, en general, cuando se trate de la defensa de la soberanía.

Por lo contrario, el proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México establece que los tribunales mexicanos están impedidos para conocer (artículo 15):

- a) De asuntos en los que opere la inmunidad internacional.
- b) Cuando se reconozca la competencia exclusiva de foros extranjeros, acorde con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por el orden jurídico mexicano.
- c) De acciones reales sobre inmuebles situados en el extranjero, salvo que algún convenio internacional o el orden jurídico extranjero del lugar donde están los bienes admitan la competencia de los tribunales mexicanos.

Es importante indicar que en el proyecto de ley señala que la competencia de los tribunales mexicanos no se suspenderá por el hecho de que se invoque una litispendencia, por la existencia de un proceso ante un tribunal extranjero, y que únicamente podrá suspenderse un proceso iniciado en México cuando se reúnan los dos siguientes requisitos: *i*) cuando del proceso llevado a cabo en México se hubiere iniciado con posterioridad al ejercitado en el extranjero, y *ii*) cuando el demandado en el proceso extranjero ya hubiere sido emplazado a juicio (artículo 16).

Conforme al proyecto de ley analizado, no procede la acumulación de procesos tramitados en diversos Estados, ni la escisión de aquellos que produzcan la remisión de un proceso al extranjero y que, en todos los casos, la autoridad mexicana, en caso de ser incompetente únicamente declarará de manera oficiosa tal situación (artículo 17).

2.2. Reconocimiento de la competencia asumida por las autoridades extranjeras (competencia indirecta)

Es importante señalar que el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México, indica que los tribunales mexicanos reconocerán la competencia asumida por un tribunal extranjero, cuando (artículo 20):

- a. A juicio del tribunal mexicano, el extranjero hubiere asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir tribunal competente,
- b. El tribunal extranjero hubiere sido designado por convenio entre las partes antes de juicio, si dadas las circunstancias y relaciones de las mismas dicha elección no implica de hecho impedimento o denegación de acceso a la justicia.
- c. La competencia del tribunal sentenciador hubiere sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho u orden jurídico mexicano, salvo que se trate de asuntos que correspondan a la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos.

Asimismo, el analizado Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México indica que los tribunales nacionales no reconocerán la competencia asumida por un tribunal extranjero, cuando (artículo 21):

- a. La facultad de elegir un foro extranjero opere en beneficio exclusivo de alguna de las partes, pero no de todas, siempre y cuando tal competencia hubiere sido establecida en forma abusiva por no haber existido una conexión razonable con el objeto de la controversia.
- b. El tribunal mexicano califique como *exorbitante* a la competencia asumida por un tribunal extranjero, debido a que el tribunal elegido no tenga un vínculo suficiente con las partes, con las circunstancias del caso, con la causa, con el objeto de la acción o cuando no tenga presente el principio de una buena administración de justicia. No obstante, el tribunal extranjero se considerará como competente cuando hubiere ejercido su jurisdicción para evitar una denegación de justicia.

3. Conclusiones

Debido a lo eficiente y profuso del tratamiento de la competencia judicial en materia civil y familiar, entre otros importantes temas que regula, incluidas en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México, elaborado por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado, considero sumamente adecuado que dichas disposiciones sean incorporadas, tal cual, al nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

Desarrollos en el Derecho internacional privado, nuevas tecnologías y el proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

Una ventana de oportunidad para la armonización normativa

JORGE CICERO FERNÁNDEZ*

Sumario: 1. Introducción y antecedentes. 2. Apostillas. 3. Cooperación procesal internacional. 4. Información sobre el Derecho extranjero. 5. Conclusión. 6. Bibliohemerografía. Anexo.

1. Introducción y antecedentes

Antes que nada, quisiera reconocer a la Presidencia y a la Junta de Gobierno de la AMEDIP, así como a la Escuela Judicial del Estado de México por la oportuna convocatoria al presente Seminario, con el lema "Hacia un Derecho Judicial Internacional"; y con especial énfasis en los aspectos internacionales a considerar en el proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (en lo sucesivo

^{*} Ministro del Servicio Exterior Mexicano; Licenciado en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México (1989); Maestro en Derecho, Universidad de Houston (1991); Doctor en Ciencia Jurídica en Derecho Internacional y Comparado, The George Washington University (1998); miembro de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; miembro de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, A.C.; Profesor de Derecho Internacional Público, Derecho Internacional y Sistemas Jurídicos, Universidad Tecnológica de México; autor, entre otros trabajos, de Doe v. Zedillo. El caso Acteal, el Alien Tort Statute y el Estado Derecho Nacional e Internacional (Editorial Porrúa, 1a. ed., México, 2013); La Constitución de 1917 y el Derecho Internacional en la Era Trump (Tirant lo Blanch-Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México, 1a. ed., México, 2018); y "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, New Series, vol. XII, no. 2, July-December 2019, pp. 57-89. La presente ponencia se basa en parte y profundiza en ciertos aspectos del último estudio. Las opiniones vertidas en la presente ponencia son, desde luego, de la responsabilidad exclusiva del autor.

"el Proyecto", o "el Proyecto de Código Nacional"),¹ en la correlación del mismo con la Ley Nacional de Derecho Internacional Privado y en las nuevas tecnologías y su impacto en el Derecho internacional privado (DIPr). Ello, entre otros tópicos de la más alta relevancia, para ponerlo en términos de la Conferencia de La Haya, en la construcción de puentes entre diferentes sistemas legales en abono de la certidumbre de las personas naturales y jurídicas, amén del liderazgo mexicano en la materia.

En su columna sabatina "Corolario", del *Excélsior* del 13 de enero de 2018, el Director de la Facultad de Derecho de la UNAM, Dr. Raúl Contreras Bustamante, ya advertía:

Es una tragedia que cuando se aproximan las elecciones todos los demás temas pasan a segundo término. Además, debido al sismo del pasado 19 de septiembre pasó inadvertida una de las más importantes reformas del año 2017.

Me refiero a la enmienda constitucional publicada el 15 de septiembre en materia de justicia cotidiana, que modificó los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[...]

El [...] más importante [cambio] está reflejado en la nueva fracción XXX del artículo 73 constitucional, que faculta al Congreso de la Unión para expedir una legislación única y aplicable a toda la República en materia de procedimiento civil y familiar; tal y como hoy en día existe en materia procesal penal.

A partir de que el Congreso legisle se le quitará a las entidades federativas la facultad para poder legislar en materia procesal civil y familiar, para que impere en toda la República a un solo Código.

"México", estimaba el reconocido constitucionalista en cita, "sigue encaminándose de forma lamentable por la senda del centralismo", para rematar:

Esperemos que en esta ocasión los legisladores consulten a la academia para la elaboración de un buen proyecto de discusión y que no se legisle al vapor, dando por resultado una legislación mal hecha, que lejos de convertirse en una herramienta legal útil, vaya a generar múltiples reacciones tanto en los estados como en la Ciudad de México.

Será interesante ver cómo se uniforman los procesos civiles y familiares a lo largo de todo el territorio nacional y cómo se van a llevar

¹ Para efectos de la presente ponencia, todas las referencias al Proyecto son de los Senadores Yolanda de la Torre Valdéz y otros, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (LXIII Legislatura).

a cabo las políticas públicas para que tanto jueces, litigantes, maestros, textos educativos y estudiantes se actualicen y se pueda asimilar este cambio cultural tan radical.

Más allá de que uno coincida o no con la postura del Dr. Contreras desde la perspectiva del sistema federal, es indudable que la presente edición del Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, constituye un foro privilegiado, tanto para el enriquecimiento de los debates legislativos que contribuyan a hacer del Proyecto de Código Nacional una herramienta de la más alta utilidad para las personas destinatarias, como para la prospectiva de su seguimiento judicial, ejecutivo y académico con el propio objetivo.

Ahora bien, por lo que toca a la normativa de las relaciones exteriores, la afinidad entre el Derecho internacional privado y el Derecho consular en particular, ha sido repetidamente puesta de relieve. Teniendo ambos como contexto el tráfico jurídico internacional y el estatuto de extranjeros. El Derecho internacional privado tiene por objeto discernir la aplicabilidad de la ley, bien del Estado en cuyo territorio se encuentre la persona (lex loci), bien del Estado de la nacionalidad de esta (lex patriae), bien de un tercer país debido a los nexos del caso (por ejemplo, lex contractus).² Las reglas, ya sean consuetudinarias o convencionales, al efecto incluyen: en materia de los actos jurídicos, locus regit actum; en cuanto al estado de las personas, la propia lex patriae; y con respecto al régimen jurídico inmobiliario, el principio lex rei sitae.³ De manera similar, el Derecho consular está llamado a determinar la aplicabilidad a determinada situación, ya sea de la ley del Estado que envía, ratione sanguinis; o bien, ratione soli, la del Estado receptor o de residencia, bajo un criterio general de equilibrio entre la soberanía personal y la soberanía territorial de aquel y de este respectivamente.⁴

Y en tanto que el Derecho internacional privado tiene como límite el orden público internacional, el del ejercicio de las funciones consulares (las cuales nada bajo el Derecho Internacional impide encomendar a una misión diplomática)⁵ se encuentra en su compatibilidad con las leyes y reglamentos del Estado receptor, reiterado enfáticamente a lo largo del artículo 50. de la Convención de Viena sobre Relaciones

² Cfr. Maresca, Adolfo, cit. en Cicero, supra nota 1, p. 60.

³ *Idem.*, p. 71.

⁴ Ibidem.

⁵ Cfr., por ejemplo, Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, artículo 30., párrafo 20.

Consulares.⁶ Por recordar solo un ejemplo de ello, baste mencionar que para la celebración de matrimonios la función consular de registro civil se constriñe a aquellos entre nacionales del Estado que envía.⁷

Ello, no obstante las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y del Código Federal de Procedimientos Civiles, atinentes a las funciones consulares y diplomáticas de cooperación procesal internacional, antedatan la expansión del ciberespacio y el desarrollo de las nuevas tecnologías, tanto como las subsiguientes adecuaciones del Derecho internacional privado.

Conforme al inciso j) del artículo 50. de la referida Convención de Viena, una función consular vinculada por excelencia con el Derecho internacional privado es la consistente en "comunicar decisiones judiciales y extrajudiciales y diligenciar comisiones rogatorias de conformidad con los acuerdos internacionales en vigor y, a falta de los mismos, de manera que sea compatible con las leyes y reglamentos del Estado receptor".8 En contraste con las demás funciones consulares, para el ejercicio de esta, la Convención de Viena menciona explícitamente y da prioridad a "los acuerdos internacionales en vigor", y solo de manera supletoria a "las leyes y reglamentos del Estado receptor". 9 Esta formulación pone de manifiesto el propósito de la Conferencia consular de Viena de 1963, de armonizar el texto no solo con otros tratados entonces vigentes, sino con los trabajos preparatorios del Convenio de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, adoptado el 15 de noviembre de 1965.10

Lo anterior, contrasta con la parquedad y, en ocasiones, ambigüedad, de la normatividad mexicana correspondiente. El artículo 44, fracción V de la Ley del Servicio Exterior, se limita a señalar que corresponde a los jefes de oficinas consulares: "Desahogar las diligencias que les encomienden las autoridades judiciales de la República". El artículo 44 es sin duda reflejo de la práctica y la legislación mexicanas, incluyendo los artículos 551 del Código Federal de Procedimientos

⁶ Cfr. Maresca, cit. en Cicero, supra nota 1, p. 71.

⁷ Cfr., por ejemplo, el artículo 10, párrafo 10., inciso d, de la Convención Consular México-China.

⁸ Cfr. Cicero, op. cit., p. 77.

⁹ Idem.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

Civiles; y 28, fracción XI, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. A pesar de que el artículo 548 del Código procesal remite en este sentido al Derecho internacional, los otros dos aluden respectivamente a las funciones de auxilio judicial de los funcionarios consulares y diplomáticos, y de la Cancillería, igualmente sin mención a los acuerdos internacionales aplicables; y sin una redacción armónica entre sí, de la cual podría surgir la duda de si es imperativo o no que los jueces de la República hagan llegar los exhortos internacionales dirigidos a las oficinas consulares por conducto de la Cancillería. 13

A continuación se abordan las áreas específicas de oportunidad para actualizar —en el marco del Proyecto bajo debate— la normatividad nacional aplicable en materia de apostillas; cooperación procesal internacional para notificaciones, emplazamientos y obtención de pruebas; e información sobre el Derecho extranjero.

2. Apostillas¹⁴

El Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, está en vigor para México desde el 14 de agosto de 1995. El propósito del Convenio es suprimir la exigencia de legalización diplomática o consular para los documentos públicos extranjeros, entre los Estados parte. Quedan en este marco superadas las certificaciones en cadena, previamente exigidas. Por ejemplo, como se recordará, en el caso de exhortos o cartas rogatorias internacionales, se requería previamente la certificación de la firma y sello del juez de primera instancia por el Tribunal Superior de Justicia respectivo, los de este por la Secretaría de Gobierno de la entidad federativa correspondiente, los de esta por la Secretaría de Gobernación y por último los de esta por la Cancillería, para documentos a surtir efecto en el exterior; o la cadena análoga para documentos extranjeros a surtir efectos en México, más la legalización del cónsul de nuestro país.

En cambio, en términos de los artículos 20. y 30., ambos del Convenio:

Cada Estado contratante eximirá de legalización a los documentos a los que se aplique el presente Convenio y que deban ser presentados en su

¹² *Ibidem.*, pp. 77 y 78.

¹³ *Ibidem.*, p. 78.

¹⁴ *Ibidem.*, pp. 71-73.

territorio. La legalización, en el sentido del presente Convenio, solo cubrirá la formalidad por la que los agentes diplomáticos o consulares del país en cuyo territorio el documento deba surtir efecto certifiquen la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre que el documento ostente.

La única formalidad que pued[e] exigirse para certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido, será la fijación de la Apostilla descrita en el artículo 4, expedida por la autoridad competente del Estado del que dimane el documento.

"Cada Estado contratante", precisa a su vez el artículo 90., "adoptará las medidas necesarias para evitar que sus agentes diplomáticos o consulares procedan a legalizaciones, en los casos en que el presente Convenio prevea la exención de las mismas".

Al 20 de diciembre de 2017, el número de Estados contratantes del Convenio ascendía a 115; y hasta noviembre de 2016, más de 200 autoridades de 29 Estados Contratantes habían implementado parcial o totalmente la Apostilla Electrónica (e-APP), entre ellas las de Baja California, por ejemplo. Los participantes del último Foro Internacional sobre la e-APP "reiteraron que el e-APP facilita el crecimiento y el éxito del Convenio sobre Apostilla [...] por ser una herramienta que contribuye ampliamente al funcionamiento eficaz y seguro del Convenio". 15

Como se puede observar, el Convenio y las tendencias en la práctica de los Estados partes son claros, no así los códigos de procedimientos civiles vigentes en la República Mexicana cuya armonización con aquel es una asignatura pendiente. Efectivamente, el artículo 546 del Código Federal de Procedimientos Civiles, al que los códigos estatales suelen remitir en este respecto¹⁶ sigue disponiendo sin mención al Convenio, a la Apostilla ni a los acuerdos internacionales: "Para que hagan fe en la República los documentos públicos extranjeros, deberán presentarse legalizados por las autoridades consulares mexicanas competentes conforme a las leyes aplicables. Los que fueren transmitidos internacionalmente por conducto oficial para surtir efectos legales, no requerirán de

¹⁵ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Conclusiones y recomendaciones del 10o. Foro Internacional sobre la e-APP, *cit.* en Cicero, *op. cit.*, pp. 72 y 73.

¹⁶ Vgr., Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California, artículo 324.

legalización". Sobre el particular, el Proyecto de Código Nacional, en su artículo 571, reproduce literalmente la citada disposición.

Más adecuado parecería que el proyecto de artículo 571 preceptuara, por ejemplo:

Para que hagan fe en la República los documentos públicos extranjeros, procedentes de Estados Parte en el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros, se estará a lo dispuesto en la misma, incluyendo en lo aplicable la apostilla electrónica. Para que hagan fe en la República los documentos públicos extranjeros, procedentes de Estados que no fueren Parte en el citado Convenio, deberán presentarse legalizados por las autoridades consulares o diplomáticas mexicanas competentes conforme a las leyes aplicables. Los que fueren transmitidos internacionalmente por conducto oficial para surtir efectos legales, no requerirán de apostilla ni de legalización. Las autoridades, en el ámbito de sus competencias, podrán acordar la exención de semejantes requisitos cuando ello redunde en la mejor protección de los derechos de las personas.

Lo anterior, en concordancia con la normatividad y la práctica internacionales, así como con la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 2011 y con desarrollos recientes, como las determinaciones de las autoridades educativas a favor de los denominados "dreamers" repatriados, para efectos de sus revalidaciones de estudios.

3. Cooperación procesal internacional

Al igual que en lo relativo a legalizaciones, las restantes disposiciones del Libro Cuarto, Título único "De la Cooperación Procesal Internacional" del Proyecto de Código Nacional (artículos 568 y siguientes), no hace sino reproducir las correlativas del Código Federal de Procedimientos Civiles aún en vigor (artículos 543 y siguientes).

Más que entrar aquí a un ejercicio exhaustivo de redacción, a continuación me concentraré en formular algunas pautas generales de trabajo para la actualización de este importante Título del Proyecto.

En primer lugar, sería deseable iniciar este Título con nuevos dispositivos que pongan en el centro de la cooperación procesal internacional a la persona y su derecho de acceso expedito a la justicia, en vez de disposiciones que tiendan a mantener a jueces, autoridades y abogados litigantes en su zona tradicional de confort. El artículo 568 del Proyecto, con el que da inicio el Título, dispone en los mismos términos que el 543 del Código Federal en vigor:

En los asuntos del orden federal, la cooperación judicial internacional se regirá por las disposiciones de este Libro y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.

Las adiciones que a continuación se resaltan en itálicas, sin duda coadyuvarían a dar un más correcto sentido a las disposiciones del Título en su conjunto, en abono de su más ágil aplicación por los operadores jurídicos involucrados:

En los asuntos del orden federal, y para efectos de la fracción XXX del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cooperación judicial internacional se regirá por las disposiciones de este Libro y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte, privilegiando en todo tiempo el pronto y efectivo acceso a la justicia sobre los meros formalismos procedimentales, y favoreciendo a tal efecto el empleo de las tecnologías disponibles para la más ágil transmisión, recepción, ejecución y devolución de las peticiones, cartas rogatorias o exhortos internacionales.

Las adiciones esbozadas concuerdan el artículo 568 del Proyecto con la reforma a la fracción XXX del artículo 73 constitucional; e incorporán, tanto los lineamientos del artículo 17 constitucional en materia de derecho a la justicia, como las recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia.¹⁷

Las adiciones sugeridas se encuentran, de igual forma, en sincronía con el Convenio de Colaboración en Materia de Cooperación Procesal Internacional, suscrito entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Consejo de la Judicatura Federal y la Secretaría de Relaciones Exteriores, con el objetivo de "reducir a la mitad el tiempo de la gestión para el desahogo de una diligencia", mediante "la firma electrónica para la transmisión de las solicitudes de auxilio judicial internacional, el desarrollo de una red consular a través de videoconferencias" y "el uso de la tecnología para hacer más eficientes, transparentes, rápidos y baratos los procesos".¹8

¹⁷ Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia (20 a 23 de mayo de 2014), p. 5. *Cfr.* Cicero, *op. cit.*, p. 79.

¹⁸ Cfr. Secretaría de Relaciones Exteriores, "Celebración del Convenio de Cooperación Jurídica entre el PJF y la S.R.E. Firma del Convenio de Colaboración en Materia

El correlativo Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal en materia de tramitación electrónica de comisiones rogatorias consulares, 19 dicho sea, contiene un protocolo de alta precisión normativa y operativa en cuanto a los servicios en línea para la gestión de diligencias judiciales en el extranjero, por vía consular no coactiva, que bien podría ser replicado por los Tribunales Superiores de Justicia y los Consejos de la Judicatura de las entidades de la República. Ello, con la colaboración de la Cancillería y del Poder Judicial Federal. La única cuestión a cuidar, sería dejar en claro que tales comisiones son uno de los diversos métodos de cooperación judicial internacional, no el único.

En segundo lugar, ciertos términos del Código Federal que pueden resultar un tanto ambiguos en el contexto internacional, recogidos textualmente en el Proyecto de Código Nacional, podrían revisarse, precisarse y concordarse con la terminología convencional, en abono de una mejor comprensión y aplicación por las partes y los operadores involucrados. En el Proyecto se alude a "diligenciación por parte de los tribunales de notificaciones" (artículo 570); "diligencias de notificaciones y de recepción de pruebas" (artículo 572); "práctica de diligencias" que "podrá encomendarse a los miembros del Servicio Exterior Mexicano por los tribunales que conozcan del asunto" (artículo 573); solicitud por los mismos a "las autoridades extranjeras", de "su cooperación en las diligencias encomendadas" (mismo artículo).

Si bien tal terminología resulta usual en nuestro léxico jurídico nacional, la Convención de La Haya sobre Notificaciones distingue con claridad la hipótesis de realización directa de una notificación por vía diplomática o consular (artículo 80.), del supuesto de remisión por tales vías de los documentos a notificar, a las autoridades del Estado receptor.

En cuanto al diverso Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, su artículo 18 permite al Estado receptor autorizar "a un

de Cooperación Procesal Internacional SCJN-CJF-S.R.E.", comunicado de 4 de abril de 2016.

¹⁹ Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los servicios en línea, relativos a la tramitación electrónica de las comunicaciones oficiales enviadas por parte de los Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, a las representaciones consulares del Estado Mexicano, para el desahogo de diligencias judiciales en el extranjero que no impliquen ejecución coactiva, denominadas comisiones rogatorias consulares, Diario Oficial de la Federación, 20 de noviembre de 2016.

funcionario diplomático o consular [...] para la obtención de pruebas" y "para solicitar de la autoridad competente designada por dicho Estado la asistencia necesaria para obtener las pruebas mediante compulsión". Semejantes matices lexicológicos merecen ser tomados en cuenta en la redacción del Proyecto de Código Nacional, en la medida en que contribuyen a una mayor claridad y certidumbre jurídica.

Así también, en el artículo 576 del Proyecto se recoge textualmente el contenido del artículo 551 del Código Federal en vigor, de acuerdo al cual: "Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad competente del Estado requirente o requerido según sea el caso". En este caso, e igualmente en consonancia con la normatividad internacional, ciertamente daría mayor claridad a las autoridades y partes interesadas sustituir el término "autoridad competente" por el de "Autoridad Central"; o bien, agregar este último al texto.

4. Información sobre el derecho extranjero

En el artículo 87 del Proyecto de Código Nacional se transcribe el texto del artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, al tenor del cual:

El tribunal aplicará el Derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero.

Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, los que podrá solicitar al Servicio Exterior Mexicano, así como disponer y admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.

En comparación a otros ordenamientos a nivel nacional, esta disposición contrasta, por ejemplo, con el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua, en el sentido de que "el derecho extranjero sólo requerirá prueba cuando el juez lo estime necesario y siempre que esté controvertida su existencia o aplicación"; y de que, "[s]i el juez conociere el derecho extranjero de que se trate, o prefiere investigarlo directamente, podrá relevar a las partes de la prueba".

En cuanto a su funcionalidad, cabe advertir que las oficinas consulares mexicanas, al menos en Estados Unidos, dejaron de expedir el

denominado "certificado de leyes extranjeras", por lo que el artículo 87 se presta a confusiones y demoras en perjuicio de las partes interesadas, las cuales deben más bien recurrir ya sea al Convenio de La Haya sobre Obtención de Pruebas, o a la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero de 1979 (en cuyo marco México se limitó a designar como Autoridad Central a la "Secretaría de Relaciones Exteriores" [sic], sin precisar la unidad administrativa específicamente competente; o bien, recabar declaraciones juradas ("affidavits") por abogados autorizados a practicar el Derecho en la circunscripción cuyo Derecho deba probarse.²⁰

Permanece, además, en la indefinición la obtención de pruebas e informes sobre el Derecho Mexicano, requeridos en el extranjero.

En concordancia con la práctica comparada,²¹ el Proyecto de Código Nacional debería presumir la vigencia de las normas extranjeras insertas en sitios oficiales.²² La prueba e información del derecho extranjero con otros medios podría operar a falta de constancias digitales de su vigencia y sentido.²³

De mantenerse en el Proyecto la figura de "informes oficiales" habría que reemplazar el concepto "Servicio Exterior Mexicano" con el de "Secretaría de Relaciones Exteriores"; definir si la función de Autoridad Central correspondería a la Consultoría Jurídica, unidad reglamentariamente competente en materia de derecho extranjero, o a la Dirección General de Asuntos Jurídicos, a la que corresponden los exhortos y cartas rogatorias; e informarlo a las Partes en la Convención Interamericana.²⁴ También habría que precisar que a la propia dependencia correspondería atender o canalizar a la autoridad competente los requerimientos extranjeros de información sobre Derecho mexicano.²⁵

Se trata, en todo caso, de un aspecto que es necesario ponderar con precisión en las deliberaciones del Proyecto.

²⁰ Cfr. Cicero, op. cit. supra, pp. 81 y 82.

²¹ Calvo Caravaca Alfonso Luis y Carrascosa González Javier, Derecho internacional privado, 16a. ed., Granada, Comares, 2016, vol. I, p. 551, *cit.* en Rodríguez Benot, Andrés e Ybarra Bores, Alfonso.

²² Cfr. Cicero, op. cit. supra, p. 82.

²³ Idem., p. 88.

²⁴ Ibidem.

²⁵ Ibidem.

5. Conclusión

El Proyecto debería prever las apostillas, incluyendo las electrónicas, y su exención pro persona; propiciar el empleo de las tecnologías para la cooperación procesal internacional; homologar su terminología con la convencional; y actualizarse sobre información digital del derecho extranjero. Tramitación electrónica de comisiones rogatorias consulares: debería replicarse a nivel local lo acordado en el federal.

6. Bibliohemerografía

Bibliografía

- Cicero Fernández, Jorge, "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*, New Series, vol. XII, no. 2, July-December 2019, pp. 57-89.
- Goicoechea, Ignacio, "Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial", Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión [MERCOSUR], Año 4, núm. 7; mayo 2016; pp. 127-151, disponible en http://scielo.iics.una.py/pdf/rstpr/v4n7/2304-7887-rstpr-4-07-00127.pdf
- Maresca, Adolfo, "Les relations consulaires et les fonctions du consul en matière de droit privé", *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 134, Brill/Nijhoff, Leiden/Boston, 1971.
- Melissen, Jan and Caesar-Gordon, Matthew, The Impact of the Digital Revolution on Foreign Ministries' Duty of Care, Working Paper, Project "Diplomacy in the 21st Century", No. 8, February 2017, Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP)/German Institute for International and Security Affairs, disponible en: https://www.clingendael.org/sites/default/files/pdfs/The_Impact_Of_The_Digital_Revolution.pdf
- Rodríguez Benot, Andrés e Ybarra Bores, Alfonso, "Las nuevas reglas sobre información y prueba del derecho extranjero en el sistema español de derecho internacional privado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Núm. 150, septiembre-diciembre 2017, pp. 1358-59, disponible en: https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/11842/13675

Hemerografía

Canal del Congreso, "Analizan en el Senado desafíos en procedimientos civiles y familiares", 26 de febrero de 2018, https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/10777/Analizan_en_el_Senado_desafios_en_procedimientos_civiles_y_familiares

- Carbonell, Miguel, "Una reforma oculta", El Universal, 6 de junio de 2017, https://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/articulo/miguel-carbonell/nacion/2017/06/6/una-reforma-oculta
- Contreras Bustamante, Raúl, "Código único en materia civil y familiar", Excélsior, 13 de enero de 2018, http://www.excelsior.com.mx/opinion/raul-contreras-bustamante/2018/01/13/1213364
- Secretaría de Relaciones Exteriores, "Celebración del Convenio de Cooperación Jurídica entre el PJF y la S.R.E. Firma del Convenio de Colaboración en Materia de Cooperación Procesal Internacional SCJN-CJF-S.R.E.", comunicado de 4 de abril de 2016, https://www.gob.mx/sre/articulos/celebracion-del-convenio-de-cooperacion-juridica-entre-el-pjf-y-la-sre
- Senado de la República, Coordinación de Comunicación Social, Versión Estenográfica de la inauguración del Foro "Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares: los nuevos desafíos para el efectivo acceso a la justicia", 14 de febrero de 2018, http://comunicacion.senado.gob.mx/in dex.php/informacion/versiones/39999-version-estenografica-de-la-inau guracion-del-foro-codigo-nacional-de-procedimientos-civiles-y-familiares-los-nuevos-desafios-para-el-efectivo-acceso-a-la-justicia.html

Convenciones, convenios y práctica convencional

- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Conclusiones y recomendaciones del 10o. Foro Internacional sobre la e-APP, https://assets.hcch.net/docs/870a32e6-3ae6-4932-ae60-835799de28a2.pdf
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia (20 a 23 de mayo de 2014).
- Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Popular de China, de 7 de diciembre de 1986.
- Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.
- Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas.
- Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961 Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros.
- Convenio de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, adoptado el 15 de noviembre de 1965.
- Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.
- Protocolo Iberoamericano sobre Cooperación Judicial Internacional, Guía de buenas prácticas para los exhortos civiles internacionales, p. 29 (Anexo 3.A), disponible en: www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2017/pdf/protocolo_Ibero_cooperacionJudicial.pdf

Normatividad mexicana, reformas e iniciativas de reforma

Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los servicios en línea, relativos a la tramitación electrónica de las comunicaciones oficiales enviadas por parte de los Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, a las representaciones consulares del Estado Mexicano, para el desahogo de diligencias judiciales en el extranjero que no impliquen ejecución coactiva, denominadas comisiones rogatorias consulares, *Diario Oficial de la Federación*, 20 de noviembre de 2016.

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Código de Procedimientos Civiles de Chihuahua.

Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Baja California.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares), *Diario Oficial de la Federación*, 15 de septiembre de 2017.

Ley del Servicio Exterior Mexicano.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Senadores Yolanda de la Torre Valdéz y otros, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional (LXIII Legislatura), a saber: Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que reforma la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, así como, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción; disponible en: Barra Mexicana, Colegio de Abogados A.C., BMA Observatorio Jurídico, 02/11/2017, [C]ódigo Nacional de Procedimientos Civiles (proyecto), https://www.bmaobservatorio.org.mx/codigo-nacio nal-de-procedimientos-civiles-proyecto/

ANEXO (DOF: 20/10/2016)

ACUERDO General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los servicios en línea, relativos a la tramitación electrónica de las comunicaciones oficiales enviadas por parte de los Órganos Jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, a las representaciones consulares del Estado Mexicano, para el desahogo de diligencias judiciales en el extranjero que no impliquen ejecución coactiva, denominadas comisiones rogatorias consulares.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos.—Consejo de la Judicatura Federal.—Secretaría Ejecutiva del Pleno.

ACUERDO GENERAL DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FE-DERAL, QUE REGULA LOS SERVICIOS EN LÍNEA, RELATIVOS A LA TRAMITA-CIÓN ELECTRÓNICA DE LAS COMUNICACIONES OFICIALES ENVIADAS POR PARTE DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, A LAS REPRESENTACIONES CONSULARES DEL ESTADO MEXICANO, PARA EL DESAHOGO DE DILIGENCIAS JUDICIALES EN EL EXTRANJERO QUE NO IMPLIQUEN EJECUCIÓN COACTIVA, DENOMINADAS COMISIONES ROGATORIAS CONSULARES.

CONSIDERANDO

PRIMERO. La administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Electoral del mismo, corresponde al Consejo de la Judicatura Federal, con fundamento en los artículos 94, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación;

SEGUNDO. De conformidad con el artículo 100, primer párrafo constitucional, el Consejo de la Judicatura Federal es un órgano del Poder Judicial de la Federación con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones;

TERCERO. Es facultad del Consejo de la Judicatura Federal emitir Acuerdos Generales para el adecuado ejercicio de sus funciones, de conformidad con lo previsto en los artículos 100 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 81, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación;

CUARTO. De conformidad con el artículo 81 fracción XVIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el Consejo cuenta con la atribución para establecer la normatividad y los criterios para modernizar las estructuras orgánicas, los sistemas y procedimientos administrativos internos, así como los de servicios al público privilegiando el uso de tecnologías de la información que utilicen la firma electrónica, de conformidad con lo estipulado en la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

QUINTO. México ha suscrito diversos instrumentos de cooperación jurídica internacional, para el desahogo de actuaciones y procesos en materia civil, mercantil y penal, que se llevan ante los órganos jurisdiccionales competentes de los Estados Parte, con el objeto de establecer mecanismos de cooperación jurídica y judicial que permitan atender de manera coordinada, las diversas solicitudes de diligencias, a través de las autoridades centrales que para tal efecto han sido designadas por los gobiernos de los Estados Parte, las cuales fungen como un elemento relevante en la aplicación de los instrumentos internacionales y como medio eficaz y útil en la cooperación;

SEXTO. El artículo 548 del Código Federal de Procedimientos Civiles establece que la práctica de diligencias en país extranjero, para surtir efectos en juicios que se tramiten ante tribunales nacionales, podrá encomendarse a los miembros del Servicio Exterior Mexicano por los tribunales que conozcan del asunto, dentro de los límites que permita el derecho internacional. Asimismo, en los casos en que así proceda, dichos miembros podrán solicitar a las autoridades extranjeras competentes, su cooperación en la práctica de las diligencias encomendadas;

SÉPTIMO. El artículo 80 del Código Nacional de Procedimientos Penales prevé respecto de los actos procesales que deban desahogarse en el extranjero, que los exhortos que se remitan al exterior serán comunicaciones oficiales escritas que contendrán la petición de realización de las actuaciones necesarias en el procedimiento en que se expidan. Dichas comunicaciones serán transmitidas al órgano jurisdiccional requerido, a través de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos, o por la autoridad competente del Estado requirente o requerido, según sea el caso;

OCTAVO. De acuerdo con lo señalado en los artículos 44, fracción V de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y 78, fracción VIII de su Reglamento, a los jefes de oficinas consulares les corresponde practicar las diligencias que les encomienden las autoridades judiciales, administrativas o del trabajo, cuando de conformidad con la legislación interna del país receptor no exista impedimento para ello y que no se empleen medios coactivos;

NOVENO. Es importante establecer un esquema coordinado de atención de las solicitudes de diligencias entre las diversas autoridades tanto judiciales como administrativas involucradas, que permita el exacto cumplimiento de la normativa aplicable en materia de cooperación internacional; así como la agilización de los procedimientos internos, mediante el óptimo aprovechamiento de los recursos existentes, especialmente los informáticos y tecnológicos;

DÉCIMO. La utilización de medios automatizados resulta cada vez más necesaria para el desempeño de las labores jurídicas y judiciales, no sólo para agilizar los procesos y actuaciones, sino también para brindar una mayor seguridad y transparencia en los mismos, como lo es mediante la implementación de bases o sistemas con posibilidad de ser compartidos, comunicaciones simultáneas y el uso de la firma electrónica, y

DÉCIMO PRIMERO. A fin de agilizar el desahogo de diligencias judiciales en el extranjero y de solicitudes de cooperación jurídica, provenientes del extranjero para su desahogo en territorio nacional, el 4 de abril de 2016, el Consejo de la Judicatura Federal suscribió con la Secretaría de Relaciones Exteriores, un convenio de colaboración en materia de cooperación jurídica internacional.

Por lo anterior se expide el siguiente

ACUERDO

Artículo 1. El presente Acuerdo tiene por objeto regular en los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, la tramitación electrónica de las comunicaciones oficiales con las que se pretendan desahogar diligencias judiciales en el extranjero a través de las representaciones consulares del Estado Mexicano, en adelante comisiones rogatorias consulares, de conformidad con las materias y bajo las condiciones que les es permitido en los tratados internacionales y de acuerdo con lo establecido en la Ley del Servicio Exterior Mexicano, su Reglamento, el Código Federal de Procedimientos Civiles, en lo conducente el Código Federal de Procedimientos Penales, el Código Nacional de Procedimientos Penales y demás disposiciones aplicables, que podrán ser las siguientes:

- I. En materia civil y mercantil:
- a) Notificación de documentos procesales;
- b) Recepción de pruebas, declaraciones y testimonios;
- *c*) Notificación de traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil; así como obtención de pruebas;
 - d) Tramitación de comisiones rogatorias consulares;
 - e) Desahogo de diligencias a través de videoconferencias, y
- f) Cualquier otra forma de apoyo jurídico que sea compatible con la legislación del Estado requerido y con los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.
 - II. En materia penal:
 - a) Notificación y entrega de documentos procesales;
 - b) Obtención de pruebas;
 - c) Entrega de documentos, objetos y medios de prueba;
 - d) Intercambio de información;
 - e) Localización e identificación de personas y objetos;
 - f) Realización de interrogatorios y toma de declaraciones;
 - g) Hacer constar el desahogo de dictámenes periciales;
- h) Autorización de la presencia de representantes de las autoridades competentes del Estado requirente, como observadores durante la ejecución de una solicitud de auxilio jurídico;
 - i) Videoconferencias:
 - *j)* Transmisión de sentencias y certificados de antecedentes penales;
 - k) Transmisión espontánea de medios de prueba y de información, y
- l) Cualquier otra forma de apoyo jurídico que sea compatible con la legislación del Estado requerido y con los tratados internacionales suscritos por el Estado Mexicano.

Lo anterior, siempre y cuando no implique ejecución coactiva.

Artículo 2. Los Juzgados de Distrito y los Tribunales de Circuito, incluyendo los adscritos a los Centros de

Justicia Penal Federal, enviarán electrónicamente a través del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, las comisiones rogatorias consulares y sus documentos digitalizados anexos.

Artículo 3. En el trámite electrónico de las comisiones rogatorias consulares y sus anexos, invariablemente se hará uso de la Firma Electrónica Certificada del Poder Judicial de la Federación o de otros certificados reconocidos por el Poder Judicial de la Federación, sin que se requiera para su validez, de legalización ni de "apostillamiento", de conformidad con el artículo 552 del Código Federal de Procedimientos Civiles; asimismo todos los documentos deberán ser firmados electrónicamente por los servidores públicos que correspondan.

Artículo 4. El resultado del trámite que hayan dado los consulados de México en el extranjero a las comisiones rogatorias consulares, se transmitirá electrónicamente a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, la que dictaminará y enviará al juzgado exhortante (Juzgados de Distrito y los Tribunales de Circuito, incluyendo los adscritos a los Centros de Justicia Penal Federal), a través del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes.

De igual manera, los órganos jurisdiccionales mencionados en el párrafo anterior, recibirán a través del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, las solicitudes provenientes de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, por las que informen que no es posible presentar en su totalidad o en parte el auxilio jurídico solicitado, debido a una cuestión de forma o falta de información que se considere subsanable, y de la misma manera darán respuesta a lo solicitado, a fin de evitar la devolución o rechazo de la comisión rogatoria consular.

Las respuestas que se generen por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores a las solicitudes de auxilio jurídico, o bien, a los requerimientos judiciales que se formulen a esta, podrán transmitirse a los órganos jurisdiccionales a través de los sistemas electrónicos de comunicación con firma electrónica de las autoridades facultadas para dichos efectos.

Artículo 5. Las comunicaciones oficiales de carácter internacional a que se refiere este Acuerdo, deberán contar con los siguientes elementos mínimos:

- I. Autoridad requirente;
- II. Autoridad requerida, Consulado de México de conformidad con la circunscripción que corresponda;
 - III. Diligencia solicitada:

Ejemplo: Se solicita el emplazamiento, citación o notificación de (tercero interesado) _____ nacional mexicano tal como se acredita con _____ de conformidad con el artículo 3 de la Ley de Nacionalidad;

IV. Detalle del domicilio:

Ejemplo: Calle o avenida, Número exterior y/o interior, Ciudad, Condado/municipio/ estado/cantón, País y Código o zona postal;

V. Fundamento legal:

Ejemplo: Artículo 5, inciso j) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, 44, fracción V de la Ley del Servicio Exterior Mexicano, 78, fracción VIII y 87 del Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano y el artículo 548 del Código Federal de Procedimientos Civiles, así como el artículo 27, fracción II de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos e invariablemente para la notificación se deberá fundamentar en el Código Federal de Procedimientos Civiles:

VI. En los apercibimientos para los terceros interesados, se deberá indicar que la diligencia de emplazamiento o notificación se lleve a cabo, aunque se notifique con posterioridad a la fecha de la audiencia constitucional, y

VII. Documentos anexos:

Ejemplo: Escrito inicial de la demanda de amparo, auto de radicación y el acuerdo que se requiere notificar.

Artículo 6. Solo en casos extraordinarios los órganos jurisdiccionales podrán solicitar a las representaciones consulares del Estado Mexicano, a través de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores, que brinde el apoyo para la interpretación cuando se trate de la escucha de la declaración o testimonio rendido por niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad e indígenas, y el desahogo de la diligencia deba realizarse en un idioma distinto del español.

Artículo 7. Cuando en las comisiones rogatorias consulares se establezca un plazo o se haya calificado el requerimiento de urgente, deberán expresarse las razones del plazo o de la urgencia, en el entendido que todas las medidas relacionadas con la protección de una niña, niño o adolescentes se considerarán urgentes y se resolverán inmediatamente.

De la misma manera deberán motivarse las razones de que una solicitud se haya clasificado como confidencial, en términos de las disposiciones aplicables en materia de transparencia y acceso a la información.

Artículo 8. En los casos que la comisión rogatoria consular conlleve el uso del método de videoconferencia, además de cumplirse con los requisitos establecidos en el artículo 5 de este Acuerdo, se deberá especificar a la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores el día, hora y ciudad en que se requiere se lleve a cabo la diligencia judicial, a efecto de que se lo comunique a la representación consular, se cite a los comparecientes y se informe electrónicamente al titular del órgano jurisdiccional, a través del Sistema Integral de Seguimiento de Expedientes, a efecto de programar el enlace.

Igualmente, los titulares de los órganos jurisdiccionales, deberán tomar en consideración los husos horarios del país en que se vaya a desahogar la videoconferencia, con la finalidad de que está se lleve a cabo en un horario conveniente en ambos países.

Una vez recibida la confirmación respectiva, los titulares de los órganos jurisdiccionales darán aviso de inmediato a la Dirección General de Tecnologías de la Información del Consejo de la Judicatura Federal, con por lo menos 72 horas de anticipación, mediante el formato autorizado por la Comisión de Creación de Nuevos Órganos y con los datos del personal técnico de la representación consular que coadyuvarán con la instalación de la tecnología necesaria para cada uno de los eventos, para que realice los enlaces correspondientes a través de los métodos remotos de comunicación que al efecto dicha Dirección General determine como viables en términos de calidad de audio y video, que permitan guardar una copia del audio e imágenes, con la finalidad de que se encuentren listos para la fecha y hora que determine el juzgador de que se trate.

Artículo 9. En el desahogo de las diligencias judiciales a través del método de videoconferencia, que sean solicitadas por medio de una comisión rogatoria consular, además de las formalidades exigidas por la ley respectiva, se deberá cumplir lo siguiente:

- I. Un servidor público que, en su caso, designe la Dirección General de Tecnologías de la Información del Consejo de la Judicatura Federal, estará presente en la sede del órgano jurisdiccional que decretó la diligencia judicial, en la fecha y hora señalada para su desahogo, fungirá como responsable técnico que se encargará de lo siguiente:
- a) Iniciará el funcionamiento del equipo y del enlace de comunicación en las instalaciones del órgano jurisdiccional a través de su sede y la del consulado respectivo; en este último caso, el apoyo técnico estará a cargo del personal de la misión consular;
- b) No deberá estar presente durante todo el desahogo de la diligencia judicial, sino que a petición del titular del órgano jurisdiccional que coordine la videoconferencia, verificará periódicamente el correcto funcionamiento del equipo y del enlace de comunicación;
- c) Una vez que el titular del órgano jurisdiccional que coordine la videoconferencia le indique, finalizará el enlace, a solicitud del titular generará un archivo de la videoconferencia en una unidad de almacenamiento, la cual entregará, en su caso, en el plazo en que técnicamente sea factible y apagará el equipo respectivo, y
- d) En el desahogo de las videoconferencias en los consulados, el cónsul únicamente dará fe de la identidad de las personas que acudirán al desahogo de la videoconferencia y mediante acta circunstanciada asentará la hora de inicio y de terminación de la audiencia.

- II. El titular del órgano jurisdiccional que haya decretado la diligencia judicial fungirá como coordinar de la videoconferencia y cumplirá con lo siguiente, lo cual será asentado en el acta que al efecto se levante:
- *a)* Previamente a su desahogo se dirigirá a las partes mediante una sesión introductoria para:
 - I. Reconocer la asistencia de los participantes;
- II. Explicar sintéticamente a los participantes la mecánica de la videoconferencia;
- III. Exponer a los participantes las normas a seguir durante su permanencia en la sala donde se desarrollará la videoconferencia;
- IV. Moderar la participación de las personas que intervendrán en el desarrollo de la diligencia en ambas o múltiples sedes, y
 - V. Presidir la diligencia.
- b) Iniciada la videoconferencia mencionará su nombre y cargo, así como el número de referencia del juicio o proceso y, de ser procedente:
 - I. El nombre de las partes involucradas en el proceso y sus representantes;
 - II. La naturaleza, el objeto del proceso y la exposición de los hechos;
 - III. La descripción de lo que se pretende conseguir con la diligencia;
 - IV. El nombre y dirección de las personas a oír;
- V. La referencia de un eventual derecho de objeción a declarar de conformidad con el derecho de la parte requirente;
- VI. La referencia a las eventuales consecuencias de la negativa a declarar, en términos del derecho de la parte requirente, y
- VII. Las situaciones que conforme a derecho sean útiles para el desahogo de la videoconferencia.
- Artículo 10. Cualquier conflicto que se suscite en la aplicación del presente Acuerdo, será resuelto por el Pleno, las Comisiones del Consejo, en el ámbito de su competencia, o por la Secretaría Ejecutiva de Carrera Judicial y Creación de Nuevos Órganos, según corresponda.
- Artículo 11. En los casos que los juzgadores requieran notificar, citar o emplazar u obtener pruebas de personas físicas, nacionales o extranjeras, tendrán que regirse por los convenios internacionales que el Estado Mexicano ha suscrito en materia de cooperación y auxilio judicial internacional.

TRANSITORIOS

PRIMERO. El presente Acuerdo entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

SEGUNDO. Publíquese el Acuerdo General en el Diario Oficial de la Federación y para su mayor difusión en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, así como en el portal en Internet e Intranet del Consejo de la Judicatura Federal.

TERCERO. En un término de 30 días posteriores a la aprobación del presente Acuerdo, las áreas responsables de los sistemas de gestión judicial en el Consejo, deberán realizar las adecuaciones técnicas y administrativas correspondientes para la ejecución del mismo.

CUARTO. La Secretaría Ejecutiva de Carrera Judicial y Creación de Nuevos Órganos, en el marco del convenio de colaboración suscrito con la Secretaría de Relaciones Exteriores el día 4 de abril de 2016, deberá llevar a cabo las acciones conducentes con dicha dependencia del Poder Ejecutivo Federal para la implementación del presente Acuerdo.

EL LICENCIADO GONZALO MOCTEZUMA BARRAGÁN, SECRETARIO EJECUTIVO DEL PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, CERTIFICA: Que este Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula los servicios en línea, relativos a la tramitación electrónica de las comunicaciones oficiales enviadas por parte de los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación a las representaciones consulares del estado mexicano, para el desahogo de diligencias judiciales en el extranjero que no impliquen ejecución coactiva, denominadas comisiones rogatorias consulares, fue aprobado por el Pleno del propio Consejo, en sesión ordinaria de veintiuno de septiembre de dos mil dieciséis, por unanimidad de votos de los señores Consejeros: Presidente Ministro Luis María Aguilar Morales, Felipe Borrego Estrada, Rosa Elena González Tirado, Alfonso Pérez Daza y Manuel Ernesto Saloma Vera.—Ciudad de México, a once de octubre de dos mil dieciséis.—Conste.—Rúbrica.

Problemas que afectan la regulación de la adopción internacional en el ordenamiento jurídico mexicano

HAYDÉE V. BARRIOS QUEVEDO*

Sumario: 1. Consideraciones generales. 2. Inicios de la regulación de la adopción nacional e internacional en México. 3. La regulación de la adopción en México: efectos jurídicos y prácticos. 4. Conclusiones. 5. Bibliohemerografía.

1. Consideraciones generales

La adopción, concebida como una institución jurídica destinada especial, pero no únicamente, a la protección de las personas menores de edad, ya que en algunos casos puede proceder también la adopción de personas mayores de edad, tiene una trascendencia en el ámbito familiar solo superada por la institución de la patria potestad. Su regulación en la legislación mexicana comenzó en el siglo XX y ha continuado su evolución hasta la presente fecha, en la cual ocupa un papel significativo, en el ámbito nacional e internacional, en el tema de la protección de niñas, niños y adolescentes.

Sin ánimo de hacer un seguimiento detallado de la regulación de la adopción en el Derecho mexicano, no obstante, aludiremos brevemente a los principales instrumentos legales en los cuales aparece regulada, ya que eso nos permitirá apreciar mejor su desarrollo posterior y la situación que presenta en la actualidad, en las diferentes entidades federativas que forman parte de los Estados Unidos Mexicanos.

Como dato curioso, cabe resaltar que la regulación de la adopción que aparece en los instrumentos legales mexicanos de los comienzos del siglo XX, estuvo referida fundamentalmente a la adopción nacional, entendida como aquella en la que no están presentes elementos de

^{*} Abogada por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Ha impartido Cátedra de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado. Abogada en ejercicio por muchos años. Coredactora de la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes de Venezuela 2007.

extranjería en los sujetos que participan en la misma, sea como adoptantes o como adoptados. Sin embargo, en las dos últimas décadas del mismo siglo XX, dicha regulación sufre notables transformaciones, dando paso a una mayor aceptación de la adopción internacional. Ello, como consecuencia de los profundos cambios que trajeron aparejados tres instrumentos internacionales, a saber: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, 1984; la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, 1989; y el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, 1993. Al hacerse México Estado parte de estas tres Convenciones, la adopción cobra una importancia y complejidad mucho mayor de la que tenía hasta ese momento, surgiendo numerosos y desafiantes problemas, como consecuencia de la mayor internacionalización de esta institución.

Dichos problemas han sido y siguen siendo muy relevantes en el ámbito legal mexicano y, no obstante que, para la presente fecha se ha logrado resolver con eficacia muchos de ellos, en la actualidad persisten algunos muy sustanciales que impiden que dicha institución produzca, en mayor grado, los efectos para los cuales está concebida, y justifican la atención que se les pueda prestar en eventos como este XLII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, convocado por la Escuela Judicial del Estado de México.

Por tales razones, nos proponemos, en la presente ponencia, llamar la atención sobre aquellos problemas que consideramos más relevantes en la regulación actual en materia de adopción en México y plantear algunas iniciativas que permitan, entre otras cosas, ayudar a conocer si realmente existe una vinculación armónica entre la práctica judicial y la regulación normativa de esta institución. Todo ello, en la búsqueda de poder contribuir a la consecución de mayores respuestas a las ingentes necesidades de los muchos niños, niñas y adolescentes que residen en este país y se encuentran privados de su medio familiar de origen.

2. Inicios de la regulación de la adopción nacional e internacional, en México

2.1. Legislación civil promulgada en el marco de la Constitución de 1857

Esta Constitución reestablece la forma de gobierno republicano, representativo y federal, inicialmente establecida por la Constitución

de 1824. Se trata, además, de un gobierno democrático, en el cual se implanta definitivamente el respeto a los derechos individuales.¹

Las primeras referencias a la adopción en un texto legal de México, parecen ser las contenidas en la Ley Orgánica del Registro Civil, de 1859, y la Ley del Registro del Estado Civil en el Imperio, de 1865, en cuyos artículos 10. y 20., respectivamente, se establecía que: "El Registro Civil hará constar lo relativo al estado civil de los habitantes, en cuanto hace a su nacimiento, adopción...".2

Ello permite observar que, aun cuando en lo que hace a las actas del estado civil, se contemplaba la adopción, no había en el país, para esa fecha, una ley que regulara específicamente esta figura jurídica.³

2.2. Legislación civil promulgada en el marco de la Constitución de 1917

El 5 de febrero de 1917 entró en vigor la nueva Constitución, en cuyo marco se promulgó, el 9 de abril de 1917, la Ley de Relaciones Familiares, que derogó las disposiciones del Libro de Derecho de Familia del Código Civil de 1884. Aun cuando esta ley, en su artículo 32, no consideró la adopción como un medio de parentesco, la reguló en el capítulo decimotercero, definiéndola como: "El acto legal por el cual una persona mayor de edad, acepta a un menor como hijo, adquiriendo respecto de él todos los derechos que un padre tiene y contrayendo todas las responsabilidades que el mismo reporta, respecto de la persona de un hijo natural".4

La adopción regulada en esta Ley se ha equiparado a la adopción simple, ya que sus efectos solo se limitaban a los adoptantes o adoptante y el adoptado.⁵

¹ García Gonzalez, Vicente, "Constituciones que ha tenido México", *El Nacional*, 27 de noviembre de 1949, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3436/7.pdf

² Magallón Ibarra, Jorge Mario, *El Matrimonio*, México, Editorial Mexicana, 1965, p. 168, citado por Nuria González Martín, *Adopción Internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, nota 74, p. 21.

³ González Martín, Nuria, Adopción Internacional..., cit., pp. 21-22.

⁴ *Ibidem*, pp. 22-23.

⁵ *Ibidem*, p. 23.

Resulta interesante que en la Exposición de Motivos de esta Ley, se expresó lo siguiente respecto a la adopción: "...a las pruebas de paternidad y otras disposiciones análogas, entre las cuales debe considerarse muy especialmente la adopción, cuyo establecimiento, novedad entre nosotros, no hace más que reconocer la libertad de afecto y consagrar la libertad de contratación, que, para este fin, no solo tiene un objeto lícito, sino con frecuencia muy noble...".6

En tal sentido, se ha expresado que esta Ley regula la adopción a semejanza de lo que establecía el Código de Napoleón, con un sentido privatista que consagra más libertad de contratación que la protección de los menores.⁷

El 3 de enero de 1928, se expidió el Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, en vigor desde el 1o. de octubre de 1932, el cual reguló la adopción simple en el Título séptimo, denominado "De la paternidad y la filiación", capítulo quinto. De lo allí dispuesto, entre otras cosas, cabe resaltar que se añade la filiación adoptiva simple a la filiación biológica, se transfiere la patria potestad a los adoptantes y hace surgir el parentesco civil entre las partes.⁸

Mediante reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* de 17 de enero de 1970, se realizaron modificaciones trascendentes a la regulación sobre adopción contenida en el Código Civil de 1928, que implicaron un gran avance en la regulación de la misma en México. Con dicha reforma, se logra cambiar la visión de la adopción, disminuyendo la edad para adoptar, concediéndola aun a quienes tengan descendientes, permitiendo adopciones múltiples y requiriendo que sea benéfica para el adoptado, cuyo interés ordena al juez tomar en cuenta.⁹

Varios años después, el 28 de mayo de 1998, se publicó en el *Dia*rio Oficial de la Federación una nueva reforma que conllevó una revisión completa de la adopción, habida cuenta de que para esa fecha

⁶ Ley sobre Relaciones Familiares, 1917, https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.

⁷ Brena Sesma, Ingrid, "Algunas reflexiones sobre los antecedentes de la adopción", Revista de Derecho Privado, año 9, núm. 27, México, septiembre-diciembre de 1998, p. 44, https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-derecho-privado/article/view/20333/18260

⁸ Ibidem, González Martín, Nuria, Adopción Internacional..., cit., p. 24.

⁹ *Ibidem*, pp. 24-25.

México había suscrito y ratificado la Convención de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989, así como también dos instrumentos de Derecho internacional privado, antes mencionados y dedicados especialmente a la regulación de la adopción: la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, firmada por México el 02 de diciembre de 1986, ratificada el 11 de febrero de 1987 y cuyo Decreto de promulgación fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 1987; y el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, firmada por México el 29 de mayo de 1993, ratificada el 14 de septiembre de 1994 y cuyo Decreto de promulgación fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de octubre de 1994.

Como puede entenderse, la reforma en materia de adopción contenida en el Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de mayo de 1998, por el que se reforma y adiciona al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, produjo cambios importantes, dirigidos a unificar la regulación de la adopción en todo el territorio mexicano. Entre los aspectos más esenciales de esta reforma está la regulación de la adopción internacional, sin antecedentes hasta ese momento en la legislación interna mexicana. Otro punto fundamental a destacar en esta reforma, es la posibilidad de que la adopción pueda ser simple y plena, debiendo ser la adopción internacional siempre plena. 10

Dos años después, en el *Diario Oficial de la Federación* del 10. de junio de 2000, aparecen nuevas reformas importantes en materia de adopción; entre ellas, la eliminación de la adopción simple y su conversión en plena, quedando así en el Distrito Federal la adopción plena como única posibilidad, con dos modalidades: la adopción por extranjeros y la adopción internacional.¹¹

Finalmente, en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* de 9 de junio del 2004, mediante decreto se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, de 6 de septiembre de 2004. Dentro de las reformas referidas al Código Civil, cabe destacar las contenidas en los artículos 84 y 399. En cuanto al artículo 84, en él se incluyó, por primera vez, lo referido a la celeridad necesaria que debe

¹⁰ *Ibidem*, p. 25.

¹¹ Idem, p. 25.

darse para que el proceso de adopción no se detenga por trámites burocráticos, y se fijó el término de tres días, para remitir copia certificada de las diligencias al juez del Registro Civil que corresponda, a fin de que se levante la respectiva acta. En cuanto al artículo 399 reformado, en este se dispuso que el procedimiento para tramitar la adopción se fijará en el Código de Procedimientos Civiles. En este último Código se reformaron varios artículos y se adicionó el artículo 901 Bis, 12 referido a las actuaciones a cumplir por la institución pública o privada, de asistencia social, que reciba un menor para ser dado en adopción; dicho artículo fue ubicado en el Título Decimoquinto, Jurisdicción Voluntaria, Capítulo I, Disposiciones generales. Este artículo fue de los pocos que se reformaron con posterioridad, como puede verse en el Decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 15 de junio de 2011, mediante el cual se fija un plazo para la comparecencia del representante legal de la correspondiente institución pública o privada, de la persona o personas que ejerzan la patria potestad y del Ministerio Público, y se conmina al respectivo juez para que actúe con celeridad y, como contundentemente expresa dicha norma, "...bajo su más estricta y personal responsabilidad...".

Es oportuno subrayar que el alcance de dichas reformas está dirigido solo al Distrito Federal y no se extiende, como las anteriores reformas, a todo el territorio de la República mexicana. Tal circunstancia resulta importante destacarla porque, paralelamente, las demás entidades federativas tomaron las respectivas iniciativas para introducir los cambios que, en materia de adopción y en atención a las normas contenidas en los instrumentos legales con alcance federal, consideraron necesario aplicar en sus territorios. Ello ha traído aparejadas consecuencias a las cuales nos referiremos más adelante.

Finalmente, cabe señalar que en los años posteriores al 2011, no se produjeron modificaciones en la regulación de la materia referida a la adopción contenida en el Código Civil del Distrito Federal, de la importancia de las descritas anteriormente.

3. La regulación de la adopción en México: efectos jurídicos y prácticos

Conforme lo dispone el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, este país es: "... una República repre-

¹² *Ibidem*, pp. 26-27.

sentativa, democrática, laica y federal, compuesta por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, y por la Ciudad de México, unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental". Por su parte, el artículo 43 del citado texto constitucional establece las partes integrantes de la Federación.

De lo previsto en las citadas disposiciones constitucionales y por lo que interesa a la materia de adopción, es necesario tener presente que cada una de las 32 entidades federativas que integran la República mexicana tiene competencia para dictar sus propias regulaciones en esta materia.

Si las regulaciones sobre adopción estuviesen contenidas en un solo instrumento normativo, ello haría un total de 32 instrumentos normativos vigentes simultáneamente, que deberían ser consultados por quienes están interesados en una adopción internacional en este país.

No obstante, en la práctica encontramos una mayor complejidad, habida cuenta de que las disposiciones que regulan la adopción, tanto nacional como internacional, en el ámbito interno de cada entidad federativa, están contenidas y, en muchas ocasiones, dispersas en más de un instrumento legal, sustantivo y adjetivo.

Antes de abordar con mayor claridad el problema de la multiplicidad de fuentes normativas que tiene dicha materia en México, es necesario tener presente que existen dos instrumentos legales, cuyas disposiciones sobre adopción tienen vigencia y son de obligada observancia en todo el territorio del país, ya que tienen un alcance federal. Estos son: el Código Civil Federal y la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, cuya última reforma publicada el 3 de junio de 2019 contiene cambios sustanciales en materia de adopción, a los cuales aludiremos más adelante.

En cuanto a la multiplicidad de fuentes vigentes en las entidades federativas, la situación resulta más compleja porque en ellas encontramos varios instrumentos legales que contienen disposiciones regulatorias de la adopción. A los efectos de mayor claridad, hemos agrupado dichos instrumentos según la especificación siguiente:

- 8 Estados han promulgado su propia ley especial de adopción, a saber: Chiapas, Durango, México, Michoacán, Oaxaca, Quintana Roo, Tamaulipas y Veracruz de Ignacio de la Llave.
- En 9 Estados rige un Código de Familia o Familiar o una Ley de Familia con disposiciones sobre adopción, estos son: Coahuila

- de Zaragoza, Hidalgo, Michoacán, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Yucatán y Zacatecas.
- En 7 Estados rige un Código de Procedimientos Familiares con disposiciones sobre adopción, estos son: Chihuahua, Coahuila de Zaragoza, Hidalgo, Morelos, Sinaloa, Yucatán y Zacatecas.
- En 21 entidades federativas los respectivos Códigos Civiles también contienen disposiciones sobre adopción, estos son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila de Zaragoza, Chiapas, Chihuahua, Colima, Ciudad de México, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Tabasco, Tlaxcala y Veracruz de Ignacio de la Llave.
- En 25 entidades federativas los respectivos Códigos de Procedimientos Civiles también contienen disposiciones sobre adopción, estos son: Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Coahuila de Zaragoza, Colima, Distrito Federal, Durango, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Nayarit, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tlaxcala, Tamaulipas y Veracruz de Ignacio de la Llave.

A lo anterior debe añadirse que cada entidad federativa ha promulgado y está vigente su propia Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, en la cual se desarrollan las previsiones contenidas, en materia de adopción, en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, antes mencionada.

Tampoco podemos ignorar que los respectivos órganos administrativos que tienen competencia en materia de adopción y laboran en cada entidad federativa, así como algunas instituciones que cumplen determinadas funciones relacionadas con dicha materia, tienen su propia normativa contenida en leyes y reglamentos en los cuales se prevén numerosas actuaciones que deben cumplir, tanto los propios funcionarios como las personas interesadas en adoptar en la respectiva entidad. Entre otros, y a título de ejemplo, podemos mencionar: el Reglamento de Adopción de Menores de los Sistemas para el Desarrollo Integral de la Familia (que comprende el ámbito federal, el estatal y el municipal, cada uno regido también por sus propias normas locales); las Normas que rigen las Procuradurías de Protección; las leyes que regulan los Centros de Asistencia Social; entre otros.

Resulta evidente que muchas personas con residencia habitual fuera de México, pueden estar interesadas en adoptar un niño cuya residencia habitual se encuentra en México, y por ello tienen un comprensible interés en conocer los requerimientos y condiciones que establecen las disposiciones legales vigentes en este país, a fin de estar bien informados y preparados antes de tomar la correspondiente decisión. Como puede observarse, por los datos antes suministrados, el recabar la información que se requiere sobre la regulación de la adopción en México, puede resultar una labor lo suficientemente ardua como para desestimular a estos posibles adoptantes y constituirse en un muro indeseable que mantenga aislados a los posibles candidatos a una adopción internacional.

La anterior afirmación no constituye una mera especulación si tenemos en cuenta que, de acuerdo con lo expresado en la exposición de motivos del proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares en estudio: "de acuerdo a cifras oficiales del Reporte estadístico del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) sobre la adopción, México ocupa el segundo lugar en América Latina en cantidad de niños que no viven con sus padres con 1.6 millones de casos, de los cuales, hasta 2012 más de 30 mil niños y adolescentes vivían en albergues u orfanatos públicos". Aunado a ello, en 2016, menciona el citado reporte que, de las "805 solicitudes de adopción; se concluyeron exitosamente 429 procesos, de las cuales, Sinaloa y el Estado de México fueron las entidades con mayor número de solicitudes, presentaron 280 y 102, respectivamente". 13

Esta información, que resulta preocupante por sí misma, inquieta mucho más si tenemos presentes dos hechos. El primero de ellos se relaciona con las informaciones divulgadas en un reporte estadístico del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), acerca del número de adopciones nacionales e internacionales solicitadas el pasado año 2018 y el número de estas que fueron admitidas, las cuales copiamos tal y como aparecen en internet.

¹³ Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que reforma la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, así como, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción, http://votocatolico.mx/otros/Iniciativa_Codigo_Nacional_Procedimientos_Civiles_y_Familiares_Adopcion_Sen_Yolanda_de_la_Torre_31oct2017.pdf

En cuanto al primer semestre del año 2018, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) reportó, en materia de adopción nacional: 11 solicitudes recibidas, 32 en trámite. En materia de adopción internacional, en el mismo periodo, la misma institución reportó: 1 solicitud recibida, 2 en trámite.

En cuanto al segundo semestre del año 2018, el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) reportó, en materia de adopción nacional 15 solicitudes recibidas, 13 en trámite. En materia de adopción internacional, en el mismo periodo, la misma institución reportó 4 solicitudes recibidas, 2 en trámite.¹⁴

Como puede evidenciarse, el número de solicitudes recibidas y en trámite durante el año 2018 fueron sustancialmente inferiores a las exhibidas en 2016. Ello hace pensar que el número de niñas, niños y adolescentes que permanecen en las instituciones públicas y privadas esperando ser adoptados debe ser verdaderamente abrumador.

A lo antes mencionado, se suma el segundo hecho que queremos destacar, y que está referido a lo dispuesto en el Transitorio quinto y a la adición identificada como 30 Bis 1, hecha al artículo 30, en la reciente reforma de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, publicada en el *Diario Oficial* el 03 de junio de 2019, y cuyos textos son los siguientes:

...Quinto.—Niñas, niños y adolescentes que actualmente se encuentren acogidos en instituciones públicas o privadas, respecto de los cuales el sistema DIF de que se trate, o la procuraduría de protección correspondiente, pueda dar constancia de su condición de expósito o abandonado conforme a lo dispuesto en el artículo 30 Bis 1, serán sujetos de adopción a partir de la entrada en vigor de este Decreto.

Artículo 30 Bis 1. Los centros de asistencia social que reciban niñas, niños y adolescentes en situación de indefensión o desamparo familiar sólo podrán recibir niñas, niños y adolescentes por disposición de la Procuraduría de Protección correspondiente o de autoridad competente.

Niñas, niños y adolescentes acogidos en Centros de Asistencia Social, serán considerados expósitos o abandonados, una vez que hayan transcurrido sesenta días naturales sin que se reclamen derechos sobre ellos o se tenga información que permita conocer su origen, salvo que la Procuraduría de Protección correspondiente no cuente con los elementos suficientes que den certeza sobre la situación de expósito o abandonado de

¹⁴ Gobierno de México, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, Estadística de Adopción, https://datos.gob.mx/busca/dataset/estadistica-de-adopción

los menores de edad. En este caso, se podrá extender el plazo hasta por sesenta días naturales más.

El lapso inicial a que hace referencia el párrafo anterior, correrá a partir de la fecha en que la niña, niño o adolescente haya sido acogido en un Centro de Asistencia Social y concluirá cuando el Sistema Nacional DIF, los Sistemas de las Entidades o las Procuradurías de Protección, según corresponda, levanten la certificación de haber realizado todas las investigaciones necesarias para conocer su origen; la cual, deberá publicarse en los estrados de la dependencia y en los medios públicos con que se cuente. Se considera expósito al menor de edad que es colocado en una situación de desamparo por quienes, conforme a la ley, estén obligados a su custodia, protección y cuidado, y no pueda determinarse su origen. Cuando la situación de desamparo se refiera a un menor de edad cuyo origen se conoce, se considerará abandonado.

Durante el término referido, se investigará el origen de niñas, niños y adolescentes y se realizarán las acciones conducentes que les permitan reintegrarse al núcleo de su familia de origen o extensa, siempre que dicha reintegración no represente un riesgo al interés superior de la niñez. Lo anterior, en coordinación con los centros de asistencia social y con el auxilio de cualquier autoridad que se considere necesaria, sin exponer, exhibir o poner en riesgo a la niña, niño o adolescente.

Una vez transcurrido dicho término sin obtener información respecto del origen de niñas, niños o adolescentes, o no habiendo logrado su reintegración al seno familiar, la Procuraduría de Protección correspondiente levantará un acta circunstanciada publicando la certificación referida en el presente artículo y a partir de ese momento las niñas, niños o adolescentes serán susceptibles de adopción. ¹⁵

Como puede observarse, de acuerdo a lo dispuesto en el transitorio quinto, los niños, niñas y adolescentes a quienes se refiere la norma, se les considera "sujetos de adopción", sin supeditar esta declaratoria a la constatación de que estas personas tienen las condiciones para ser adoptadas, excepto por su condición de "expósito o abandonado".

Otro tanto sucede con lo previsto en el nuevo artículo 30 Bis 1, en el cual el procedimiento al que alude, solo tiene por objeto conocer su origen de estos niños y, de no poder determinarse el mismo, se les considerará "expósitos", "abandonados" y susceptibles de adopción.

¹⁵ Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *Diario Oficial de la Federación*, 03 de junio de 2019, artículo 30 Bis 1, http://diariooficial.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=55617 16&fecha=03/06/2019

A nuestro parecer, ambas normas constituyen una negación de toda la doctrina que inspira la adopción regulada por el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de 1993, antes mencionada, cuyas disposiciones para determinar la adoptabilidad de un niño, dista bastante de las previsiones comentadas.

Finalmente, para concluir lo expuesto en este número 3, es importante destacar que, con miras a tratar de resolver las dificultades que se presentan para conocer las distintas soluciones que, no solo en materia de adopción nacional e internacional, sino también en la regulación de otras instituciones comprendidas en el Derecho de Familia, están contenidas en la variedad de Códigos (Civil, de Familia, Procesal Civil, de Procedimientos Familiares) y leyes especiales (de Adopción, de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, entre otras), se ha dictado un Decreto en fecha 15 de septiembre de 2017; que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación, en materia y justicia cotidiana, y mediante el cual se reformaron entre otros el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, confiriendo el mandato y la facultad constitucional al Congreso de la Unión para expedir una legislación única en materia civil y familiar, que armonice el procedimiento de estas dos materias, incluyendo, por supuesto, el procedimiento de adopción, en un solo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.¹⁶

No obstante, resulta evidente que una iniciativa de esta magnitud no resulta fácil de llevar adelante en corto tiempo y, mucho menos, si existe la complejidad descrita en cuanto al considerable número de leyes y códigos que habría que armonizar para alcanzar una legislación única en materia civil y familiar. Incluso, si se tratara solo de lo referido a la adopción, habría que superar dificultades considerables.

4. Conclusiones

De lo expuesto en las páginas precedentes, podemos concluir:

a) Resulta muy difícil atender, en el corto plazo, la ingente cantidad de niñas, niños y adolescentes que en México son candidatos a una adopción, especialmente si queremos que la adopción se tramite con apego y observancia de las normas que regulan la materia.

¹⁶ Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, http://www.dof.gob. mx/notadetalle.php?codigo=5497456&fecha=15/09/2017

- b) Por cuanto debe darse una respuesta legal, humana y oportuna, que permita proteger la gran cantidad de niñas, niños y adolescentes desprotegidos que reclaman del Estado mexicano una atención jurídica inmediata, debemos considerar darle mayor atención a la figura de la colocación en familia sustituta; la cual no tiene las exigencias de la adopción y ofrece la enorme ventaja de ser más expedita, sencilla y confiable. Además, se trata de una medida temporal de protección que puede alargarse en el tiempo si ello es necesario, no tiene los terribles inconvenientes de la institucionalización y podría conducir a una adopción que cumpla las expectativas humanas y legales para las partes involucradas.
- c) La multiplicidad de regulaciones que paralelamente se aplican en materia de adopción, dificulta considerablemente que pueda aprovecharse la capacidad de aquellas instituciones que trabajan la adopción en las distintas entidades federativas y sólo pueden atender un limitado número de solicitudes en la materia. Todo ello conduce a reafirmar la urgente necesidad de disponer de una legislación unificada, sustantiva y adjetiva, en materia de adopción, para todo el territorio de este país.

La labor de armonización de la legislación en materia de adopción, debería estar acompañada por una investigación realizada en algunos tribunales de la República, especialmente los de aquellas entidades federativas que conocen y resuelven la mayor cantidad de solicitudes de adopción. Los datos que suministraría una investigación de esta naturaleza, permitiría saber con la mayor aproximación a la realidad, lo que realmente sucede en esta materia; por ejemplo, quiénes son las personas que adoptan en este país, de qué edades, cuál es su condición social, etc., a quiénes se adopta, cuáles son las condiciones del entorno familiar al que pertenecen unos y otros. Esa información permitiría, entre otras cosas, que las normas que regulan la materia respondan más al entorno social y a la realidad del país.

Finalmente, estimo necesario aclarar que el contenido de la presente ponencia no tiene como propósito criticar o desmerecer la encomiable y ardua labor que realizan quienes forman parte del Sistema DIF, Nacional, Estatal y Municipal, ya que, por el contrario, lo que se pretende es que se valore en toda su dimensión el enorme esfuerzo que realizan y se incremente la búsqueda de soluciones que permitan proporcionar, en el menor lapso posible, una familia para tantos niños que están urgidos en encontrarla.

5. Bibliohemerografía

- Brena Sesma, Ingrid, "Algunas reflexiones sobre los antecedentes de la adopción", *Revista de Derecho Privado*, año 9, núm. 27, México, septiembrediciembre de 1998.
- Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, 2017.
- Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2019.
- García González, Vicente, "Constituciones que ha tenido México", El Nacional, 27 de noviembre de 1949, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3436/7.pdf
- Gobierno de México, Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, Estadística de Adopción, https://datos.gob.mx/busca/dataset/estadistica-de-adopción
- González Martín, Nuria, Adopción internacional. La práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas), Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2006.
- Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que reforma la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, así como, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción, http://votoca tolico.mx/otros/Iniciativa_Codigo_Nacional_Procedimientos_Civiles_y_Familiares_Adopcion_Sen_Yolanda_de_la_Torre_31oct2017.pdf
- Ley sobre Relaciones Familiares, 1917.
- Magallón Ibarra, Jorge Mario, El Matrimonio, México, Editorial Mexicana, 1965.

Apuntes en torno a la regulación de la cooperación procesal internacional en el pretendido Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

CARLOS ENRIQUE ODRIOZOLA MARISCAL*

Sumario: 1. El foro denominado "Diálogos por la justicia cotidiana". 2. La reforma constitucional en materia de justicia cotidiana. 3. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. 4. Los retos del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. 5. Bibliohemerografía.

1. El foro denominado "Diálogos por la justicia cotidiana"

El 27 de noviembre de 2014 el Presidente de la República¹ encomendó al Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), la organización de foros de consulta para proponer acciones que garantizaran un mayor y mejor acceso a la justicia. En cumplimiento a ese mandato, en noviembre de 2015, el Gobierno de la República convocó, en conjunto con el CIDE y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), al foro denominado "Diálogos por la Justicia Cotidiana", en donde, durante cuatro meses, se reunieron más de 200 personas y 26 instituciones de todos los sectores, para diagnosticar problemas y proponer soluciones en torno al acceso a la justicia en México.²

El concepto "justicia cotidiana", según se definió en el Foro, se refiere a los aspectos civiles, mercantiles, administrativos, familiares y

^{*} Académico de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado y Catedrático de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

¹ Enrique Peña Nieto (2012-2018).

² Los diagnósticos y soluciones resultado del Foro, fueron realizados por grupos focales organizados en mesas de trabajo temáticas integradas por investigadores y expertos de organizaciones de la sociedad civil, académicos, abogados, representantes de organismos autónomos y diversas autoridades de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

laborales que deben observarse en el sistema legal para garantizar un efectivo acceso a la justicia, importantes para poder vivir en paz y convivir de manera armónica en sociedad.³ El 26 de abril de 2016, se dieron a conocer los resultados de las mesas de discusión de los "Diálogos por la justicia cotidiana", donde se concentran una serie de propuestas de reformas e iniciativas de ley para lograr el objetivo materia del Foro.⁴

La justicia civil y familiar en México es un sistema lento, incierto, discriminatorio, complicado y costoso, como se reconoció en el documento de conclusiones del Foro. Muestra de lo anterior, es que los procedimientos judiciales suelen durar años. Dicho problema tiene uno de sus orígenes en que, además de una legislación procesal civil federal, cada entidad federativa cuenta con su propia legislación procesal, generando multiplicidad de criterios aplicables en los procedimientos, lo cual conlleva a la inseguridad jurídica entre los justiciables. Tal pluralidad legislativa conlleva a que los tribunales federales no pueden unificar criterios fácilmente, obstaculizando el acceso a la justicia de los gobernados.

El Foro destacó, como otra de las causas del problema, que solo en pocos estados de la República se contempla el apoyo de grupos multidisciplinarios de profesionistas para auxiliar al juez y a otros funcionarios judiciales en materia de dictámenes en diversas índoles, especialmente en materia familiar. Si bien el Foro no abordó cuestiones de cooperación procesal internacional, cuando menos en lo que toca al litigio transfronterizo, es conocido que, salvo intervenciones aisladas o excepcionales de la Secretaría de Relaciones Exteriores, no existen en México órganos asesores formales en materia de Derecho internacional o cooperación jurídica internacional en general al alcance de los operadores de justicia.

Aunque el documento de conclusiones no lo refiere en forma alguna, debemos advertir que México es uno de los países que se han integrado o creado en forma exitosa, aunque perfectible, redes judiciales

³ Vid. Diálogos por la Justicia Cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones. Según el sitio web del Gobierno de la República, la Justicia Cotidiana "es la justicia que resuelve los conflictos que se generan en la convivencia diaria de las personas y que no tienen que ver con temas penales". Vid. https://www.gob.mx/gobmx/articulos/que-es-justicia-cotidiana

⁴ Vid. El documento de recomendaciones y conclusiones del foro Diálogos por la Justicia Cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones, visible en el sitio https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf

⁵ El Código Federal de Procedimientos Civiles.

tales como la Red Internacional de Jueces de La Haya⁶ y de la Red Mexicana Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez,⁷ aunque sus integrantes están limitados en su actuar a cuestiones relacionadas con sustracción internacional de menores y adopción internacional.

Entre los principales problemas de la justicia civil y familiar en México, encontramos la dificultad para lograr notificaciones personales rápidas y obstáculos para ejecutar las sentencias de los jueces.⁸ A nuestro parecer, el problema se agudiza en tratándose de litigio transnacional. Reiteramos que, según su memorial de recomendaciones, no se observa que dentro del Foro se hubiesen analizado o abordado cuestiones atinentes a la cooperación procesal internacional.

Como se refiere en las conclusiones del Foro, existe una mala preparación de los operadores jurídicos, especialmente a nivel local, así como falta de conocimiento en materias especializadas y falta de capacitación. Dicha conclusión se emitió respecto de lo que se refiere al conocimiento y puesta en práctica del Derecho nacional. Nos consta que en materia de Derecho internacional privado la situación es más grave.

Una de las soluciones propuestas en el documento de conclusiones fue crear un código nacional de procedimientos civiles, on el objeto de unificar criterios en un solo ordenamiento procesal y contar con procedimientos expeditos de manera uniforme en toda la República. La intención es que, conforme al Código Nacional de Procedimientos Civiles, se minimicen las formalidades en las actuaciones judiciales. Con la elaboración de un código nacional de procedimientos civiles, incluyendo la materia familiar, se unificarán los procedimientos en todo el país y se logrará una igualdad en todo el territorio nacional para que estos puedan realizarse de manera pronta y expedita.

Para lograr contra con una legislación procesal civil nacional, se propuso una reforma constitucional que permita la expedición de un código nacional de procedimientos civiles de aplicación en toda la

⁶ Puede conocerse la lista completa de jueces en la siguiente dirección electrónica: https://assets.hcch.net/docs/18eb8d6c-593b-4996-9c5c-19e4590ac66d.pdf"

⁷ Vid. Cervera Rivero, Oscar Gregorio, Funcionamiento de la Red Judicial Mexicana de Protección de la Niñez", Revista Perspectiva Jurídica, Número 2, Universidad Panamericana.

⁸ Diálogos por la Justicia Cotidiana. Diagnósticos conjuntos y soluciones, p. 13.

⁹ En el documento no se refiere todavía a un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, aunque de su texto se desprende que siempre existió la intención de incluir ambas disciplinas.

República Mexicana, con el objeto de eliminar la existencia de múltiples legislaciones y con ello la diversidad de criterios judiciales.

El código propuesto deberá optar por la oralidad. ¹⁰ Principalmente en materia de litigio familiar, se propuso incluir un enfoque multidisciplinario en auxilio de la judicatura, por lo que se propone trabajar con universidades, centros de investigación, despachos jurídicos, asociaciones de abogados y otras instituciones con el objeto de que brinden auxilio a los juzgadores en materias especializadas durante el desarrollo del procedimiento.

Como hemos venido señalando, el documento de conclusiones no aborda expresamente la problemática atinente a la cooperación procesal internacional, pero es enfático en recomendar mejorar el sistema nacional de notificaciones y ejecución de sentencias, lo que sin duda atañe a los litigios transfronterizos.

El Foro reconoce, como política en materia de justicia, la necesidad de lograr la armonización de la legislación nacional, estatal y municipal con los diversos instrumentos internacionales aplicables para nuestro país, así como atender las diversas recomendaciones de organismos internacionales que son obligatorias para México.

2. La reforma constitucional en materia de justicia cotidiana

Cristalizando una de las soluciones propuestas por las mesas de trabajo de los "Diálogos por la justicia cotidiana" para mejorar el acceso a la justicia en México, en fecha 28 de abril de 2016, el Presidente de la República emitió la iniciativa de ley para reformar el artículo 73, fracción XXX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, otorgando al Congreso de la Unión la facultad para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar.

Después de su proceso legislativo que incluyó su aprobación por todos los congresos locales del país, el 15 de septiembre de 2017, se publicaron en el *Diario Oficial de la Federación*, las reformas a los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que contiene cambios fundamentales en materia de justicia cotidiana.

Se reformó al artículo 16 constitucional, estableciendo que en los juicios y procedimientos seguidos en forma de juicio en los que se establezca como regla la oralidad, bastará con que quede constancia

¹⁰ Siguiendo el derrotero de la oralidad en materia mercantil.

de ellos en cualquier medio que dé certeza de su contenido y del cumplimiento al debido proceso. La reforma al artículo 17 constitucional se ordenó a las autoridades que, en los asuntos de su conocimiento, deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.

Conforme al artículo cuarto transitorio del decreto, se ordenó que el Congreso de la Unión expidiera la legislación procedimental a que hace referencia la fracción XXX del artículo 73 constitucional, en un plazo que no excedería de ciento ochenta días contados a partir de su entrada en vigor. El plazo otorgado por el propio Congreso de la Unión para emitir la legislación única en materia civil y familiar venció el día 16 de marzo de 2018.

No obstante el tiempo transcurrido, a la fecha no se ha expedido ninguna legislación en la materia ni existen antecedentes públicos de trabajos serios tendientes a lograrla.

3. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

La reforma constitucional fue de extrema importancia. No obstante, la esperanza de constar en breve con un sistema moderno que pugnara por mejorar la justicia cotidiana quedó en la retórica. El 19 de septiembre de 2017, a los pocos días de la promulgación del decreto, nuestro país sufrió los embates de un fuerte sismo que afectó gravemente a la Ciudad de México, Puebla, Morelos y Oaxaca, lo cual interrumpió los quehaceres en muchos ámbitos; pero, pasada la emergencia no se han retomado los esfuerzos para lograr la legislación nacional civil y familiar.

No omitimos mencionar que, aproximándose la fecha límite propuesta por el Congreso para expedir el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares (CNPCF), se organizó un foro en el Senado de la República sobre justicia cotidiana, para analizar el contenido del mismo. Lamentablemente, se trató únicamente de un evento político en donde se reunieron representantes del senado, de la judicatura de la Ciudad de México y algunos colegios de abogados para hacer declaraciones de mero lucimiento personal.¹¹

¹¹ En fecha 14 de febrero de 2018 se llevó a cabo el Foro "Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares: los nuevos desafíos para el efectivo acceso a la justicia". 14 de febrero de 2018. Senado de la República.

Debido a que con el nuevo código se derogará el Código Federal de Procedimientos Civiles, su importancia es patente, pues será el ordenamiento de supletoriedad para todas las leyes procesales del país, tanto federales como locales. La nueva legislación conlleva una gran transformación procesal, por lo que debe ser técnicamente impecable. 12

A la fecha de elaboración de este trabajo, existen solamente algunas iniciativas de expedición legislación única en materia civil y familiar, de los cuales damos cuenta a continuación.

3.1. Iniciativa del PRI para el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

En fecha 31 de octubre de 2017, un grupo de senadores del Partido Revolucionario Institucional (PRI),¹³ presentaron una iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que reforma la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción.¹⁴

La iniciativa no es de tomarse en cuenta, pues el pretendido Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares no es otra cosa sino la copia del Código Federal de Procedimientos Civiles. Se trata de un acto retórico e irresponsable que no está a la altura de las circunstancias.

Debido a la existencia de la reforma en materia de justicia cotidiana publicada el 15 de septiembre de 2017, los senadores decidieron presentar la iniciativa proponiendo un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares idéntico al Código Federal de Procedimientos Civiles, pero adicionando la adopción como un procedimiento especial con una legislación procesal uniforme en todo el país, con reglas específicas para su tramitación y desahogo ante la autoridad judicial competente.

¹² El Universal, "Un Código importante", José Ramón Cossío Díaz, 10 de octubre de 2017. https://www.eluniversal.com.mx/articulo/jose-ramon-cossio-diaz/nacion/un-codigo-importante

¹³ Los senadores Yolanda de la Torre Valdez, María Cristina Díaz Salazar, Hilda Esthela Flores Escalera, Enrique Burgos García, Ivonne Liliana Álvarez García, Miguel Romo Medina, Jesús Casillas Romero y José María Tapia Franco, Senadores de La LXIII Legislatura.

¹⁴ Publicada en la *Gaceta Parlamentaria* del 31 de octubre de 2017.

Lo que en realidad buscaban los senadores en comento, era legislar a nivel federal en materia de adopción, más que expedir el tan ansiado Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Los legisladores en cita deseaban adicionar a la ley un procedimiento especial de adopción a nivel nacional, y pensaron que la única forma de hacerlo era a través de la expedición del nuevo Código.

Como lo reconocen en la propia iniciativa, simplemente retomaron la estructura del Código Federal de Procedimientos Civiles, incluyendo un procedimiento especial en materia de adopción. Justificaron su actuar bajo el argumento de que, a partir de la expedición del decreto sobre justicia cotidiana, cualquier propuesta de reforma al Código Federal de Procedimientos Civiles debería ser desechada por el Congreso de la Unión, toda vez que ese ordenamiento perderá vigencia a partir de la expedición del nuevo Código Nacional en comento.

La iniciativa fue turnada en fecha 7 de noviembre de 2017 a las comisiones unidas de Justicia, Gobernación, Derechos de la Niñez y la Adolescencia y de Estudios Legislativos. El estatus actual de la iniciativa es "pendiente en comisiones de origen", es decir, se encuentra en el olvido.

Debido a que la iniciativa en comento no propone un verdadero Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, consideramos que la iniciativa referida no debe prosperar y será eventualmente retirada o desechada.

3.2. Iniciativa del PAN para el Código Nacional de Procedimientos Familiares

En fecha 23 de noviembre de 2017, un grupo de diputados del Partido Acción Nacional (PAN), ¹⁵ presentaron una iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Familiares. ¹⁶ Los legisladores consideraron necesario expedir por separado las leyes adjetivas familiares y las civiles, por lo que la iniciativa únicamente contiene disposiciones relativas a los procedimientos del orden familiar.

Diputados María Guadalupe Murguía Gutiérrez, María García Pérez y José Hernán Cortés Berumen, integrantes del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, de la LXIII Legislatura.

¹⁶ Publicada en la Gaceta Parlamentaria del 23 de noviembre de 2017.

Según la propia iniciativa, es el resultado de diversos foros de consulta organizados por el Tribunal de Justicia de Querétaro con instituciones educativas a nivel superior, colegios de abogados, organizaciones no gubernamentales, con el sistema estatal y municipales del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), así como magistrados, jueces, secretarios, proyectistas y personal de juzgados familiares, poder ejecutivo y legislativo.¹⁷

No es objeto de este estudio analizar en su totalidad la propuesta de código, sino solamente la parte relativa a la cooperación procesal internacional. Básicamente, el CNPF propuesto se fundamenta en los principios de oralidad con un procedimiento basado en los que siguen las entidades federativas que ya tienen juicios orales en materia familiar.¹⁸

En materia de cooperación procesal internacional, se hicieron las siguientes propuestas, mismas que no analizamos a profundidad, debido a que la iniciativa quedó sin efectos, aunque hacemos algunas observaciones a pie de página:

- *a)* En los asuntos a que se refiere el Código, se respetarán los tratados internacionales en vigor y, a falta de ellos, se aplicarán las disposiciones que el propio Código señala, las cuales son acordes a las reglas de derecho procesal internacional.¹⁹
- *b)* Los medios de prueba admisibles para demostrar la existencia o inexistencia de un acto o hecho jurídicos, se regirán en cuanto a la forma por la ley del lugar en que se produjeron, siempre que no contraríen los principios fundamentales del Derecho probatorio previstos en el propio código.²⁰
- *c*) Prevé la posibilidad de medios preparatorios a juicio, pidiendo examen de testigos u otras declaraciones que se refieran a un proceso extranjero.²¹
- d) El tribunal aplicará el Derecho extranjero tal y como lo harían los jueces del Estado cuyo Derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero invocado. Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero, el Tribunal podrá valerse de informes

¹⁷ En la iniciativa no se dieron mayores detalles sobre el particular.

¹⁸ Ciudad de México, Estado de México, Nuevo León, Guanajuato, Michoacán, entre otras.

¹⁹ Enunciado general del artículo 18.

²⁰ Artículo 18, fracción V.

²¹ Artículo 252, fracción VIII.

oficiales al respecto, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, o bien, ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes.²²

- *e)* Se optó por seguir el sistema existente en materia de cartas rogatorias al señalar que los exhortos dirigidos a los tribunales extranjeros se sujetarán en su forma y sustanciación a las disposiciones relativas del Código Nacional de Procedimientos Civiles y a los Tratados y Convenios Internacionales de los que nuestro país sea parte.²³
- f) Como se ha hecho en algunas legislaciones estatales, el proyecto incorpora al Código cuestiones atinentes a la aplicación de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.²⁴

Se estableció un capítulo especial sobre Restitución de la Niñez,²⁵ haciendo mención a que cuando sea aplicable la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores u otros convenios internacionales aplicables en la materia, será procedente lo previsto en ese capítulo, en lo que no contravenga las disposiciones internacionales de la materia.²⁶

Señala que cuando una persona, institución u organismo sostenga que un niño, niña o adolescente fue trasladado o es retenido ilícitamente en el extranjero, puede acudir ante el juzgado competente para que, por su conducto, se haga llegar su petición a la Autoridad Central Mexicana conforme a la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores u otro convenio internacional aplicable en la materia, para que con su asistencia se gestione la restitución del infante.²⁷

²² Artículo 351. Se siguieron las mismas reglas del Código Federal de Procedimientos Civiles, lo cual es lamentable, dado el desarrollo jurisprudencial, convencional y doctrinario que ha tenido la materia.

²³ Artículo 187. No existe el código Nacional de Procedimientos Civiles, entonces desconocemos a cuales reglas se remite.

²⁴ Deberá tenerse extremo cuidado en la redacción de este capítulo con el fin de no desnaturalizar el tratado. Especialmente es importante analizar el alcance de los medios de impugnación y medios extraordinarios de defensa, como puede ser el amparo, pues suelen entorpecer la ejecución del convenio.

²⁵ Capítulo I, dentro del título séptimo.

²⁶ Artículo 478.

²⁷ Artículo 488. Entendemos que la disposición busca facilitar la ejecución del Convenio de La Haya, pero conforme ésta no se requiere la intervención judicial para acudir a la autoridad central, lo cual hace innecesaria esta disposición.

Codifica cuestiones atinentes a la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores; para lo cual, prevé el procedimiento que deberá seguirse cuando se solicite la restitución de un niño, niña o adolescente.²⁸

- *g)* Prevé que en el caso de conflicto de leyes, cuando un menor se encontrare en el extranjero se le aplicará la ley más favorable, teniendo en cuenta el interés superior de la niñez, lo que regula dentro del capítulo de sustracción internacional de menores.²⁹
- *h*) Señala que los exhortos o cartas rogatorias que se tramiten oficialmente, a través de las autoridades competentes, no requerirán de legalizaciones; en los casos de requerir a autoridades extranjeras, estas se enviarán en el idioma del país correspondiente. Dicha regulación se contiene en el capítulo de sustracción internacional de menores.³⁰
- *i)* Respecto de adopción internacional, señala que esta se regirá por los tratados internacionales suscritos y ratificados por el Estado mexicano y en lo conducente por el Código Civil respectivo.³¹
- *j)* Se prevé un capítulo de ejecución de sentencias y demás resoluciones dictadas por los tribunales de la Ciudad de México, de los Estados y Tribunales Extranjeros.³²

Respecto de su trámite legislativo, en fecha 14 de diciembre de 2017 la iniciativa fue turnada a las comisiones de Justicia y Presupuesto y Cuenta Pública de la Cámara de diputados. Sin embargo, en sesión de fecha 6 de febrero de 2018, la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados, a petición de los autores de la iniciativa, instruyó su retiro.

El mismo día de la fecha de retiro de la iniciativa, 6 de febrero de 2018, los mismos diputados presentan de nueva cuenta otra iniciativa. La exposición de motivos no señala las causas por las cuales la primera iniciativa fue retirada ni cuáles son sus diferencias con la segunda. En materia de cooperación procesal internacional ambos documentos son idénticos.

²⁸ Artículo 492 a 494.

²⁹ Artículo 505.

³⁰ Artículo 486.

³¹ Artículo 754.

³² Capítulo IV, artículos 612 a 616. Dicho capitulo es somero y se limita a repetir algunas previsiones actuales del Código Federal de Procedimientos Civiles, obviando otras cuestiones importantes, por ejemplo, omite regular las excepciones el orden público o la cosa juzgada para la ejecución de sentencias extranjeras.

De cualquier forma, por acuerdo de la Mesa Directiva, aprobado en la sesión del 11 de octubre de 2018, la segunda iniciativa se declara como asunto totalmente concluido debido a que venció el plazo para ser dictaminada o resuelta, procediéndose a su archivo definitivo.

4. Los retos del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

El Congreso de la Unión tiene una gran responsabilidad, pues debe emitir la legislación que regirá nuestro sistema de justicia cotidiana en las décadas futuras. No es cuestión menor y deberá afrontarse con total responsabilidad. Se trata de una tarea que debemos compartir la academia, abogados, juzgadores y demás operadores del sistema de justicia. Solo en esa medida la nueva legislación se verá enriquecida y logrará su objetivo.

Resulta urgente, por respeto a nuestras propias leyes e instituciones, contar con la legislación única en materia civil y familiar a la brevedad posible. El plazo legal para hacerlo ha vencido y no existen señales de trabajos preparatorios serios para tal fin. Conforme a las conclusiones del Foro, el Código deberá contar con las siguientes características:³³

- *a)* Retomar el modelo de juicio oral mercantil en el juicio civil e incluso mejorarlo.³⁴
 - b) Contener normas que agilicen las notificaciones personales.
- c) Contener normas que garanticen la adecuada ejecución de las sentencias.
- *d*) Contener normas que reduzcan los tiempos y costos en la tramitación de los juicios.
 - e) Fomentar el juicio en línea.
 - f) Fomentar el uso de herramientas electrónicas.
- *g)* Contar con órganos externos de auxilio, especialmente en materia familiar.

³³ En nuestro concepto el documento de recomendaciones y conclusiones del Foro *Diálogos por la Justicia Cotidiana*. *Diagnósticos conjuntos y soluciones*, sirvió para diagnosticar un problema estructural grave y proponer la solución de la legislación única. El contenido del código fue someramente delineado, ahora nos toca a todos los interesados trabajar en su contenido.

³⁴ El Gobierno de México, siguiendo tendencias internacionales, ha pretendido generalizar la oralidad como principio procesal en los juicios, como muestran las reformas procesales en materia penal y mercantil.

h) Ser coherente con los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado mexicano.

El documento de conclusiones no lo menciona expresamente, pero es evidente que el nuevo Código deberá regular el sistema mexicano de cooperación procesal internacional. Para efectos de la cooperación procesal transfronteriza, nuestro sistema abreva de diversos tratados de los que México es parte y de otras fuentes de Derecho internacional. Ello demandada una gran especialización de los operadores jurídicos y de aquellos que redacten la nueva legislación.

En la actualidad, la cooperación procesal internacional mexicana se rige por los tratados internacionales de los que México es parte y el capítulo correspondiente del Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual está basado en los tratados internacionales vigentes en México hasta el año 1988.³⁵

Uno de los retos actuales para lograr un Código de avanzada será la técnica legislativa que se utilice para tal efecto. Para alcanzar una mejor coordinación, unificación y armonización del Derecho internacional privado (DIPr), la comunidad internacional puede emplear diversos mecanismos: convenciones y protocolos, leyes modelo, principios y guías legislativas.³⁶

Los redactores del nuevo Código tienen la oportunidad de hacer uso de todas las fuentes del DIPr antes señaladas, no solo de la incorporación de tratados, para lograr que México cuenta con una legislación de cooperación procesal de avanzada a nivel mundial.

En nuestro concepto no es suficiente remitir al gobernado a los tratados internacionales de los que México es parte, pues evidentemente estos resultarán aplicables al tener una mayor jerarquía normativa que las leyes federales. Se trata es de incorporar a nuestra legislación los

³⁵ Dicha regulación fue producto de la propuesta de reformas cuya autoría fue de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, misma que derivó en las reformas iusprivatistas del año 1988, vigentes a la fecha. Vid. Odriozola Mariscal, Carlos Enrique, "La influencia de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en el desarrollo, en México, del principio iura novit curia aplicable al derecho extranjero", Memorias del XXXV Seminario Anual de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario, Escuela Libre de Derecho, 2013, México, pp. 389-395.

³⁶ Véase Stewart, David P., "New directions in Private International Law", *Agenda Internacional*, año XVI, número 27, 2009, p 267.

principios que otorguen mayor beneficios a los justiciables, estén o no previstos en un tratado y que sea procedente adoptar sin necesidad de la existencia de un convenio internacional.

Lo anterior encuentra fundamento en el hecho de que existen diversos tratados internacionales suscritos por México, pero solo por unos pocos países más; lo cual, genera que no sean aplicables para cualquier persona sino solamente en los territorios de los países parte.³⁷ Desde luego, siempre se aplicará a las personas la disposición más favorable o conveniente, respetando sus derechos fundamentales.

Proponemos que el nuevo Código facilite el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, obtención de pruebas para surtir efectos en el extranjero, notificaciones y otros temas de cooperación procesal internacional, con independencia a que existan tratados en la materia, tomando en cuenta todas las fuentes del Derecho internacional existentes.

Siguiendo la tónica de los "Diálogos de justicia cotidiana", es decir, simplemente poniendo sobre la mesa lineamientos a seguir, nos permitimos hacer algunas recomendaciones de tópicos que deberían formar parte de nuestra nueva legislación en materia de cooperación procesal internacional:

- *a)* Deberá ser coherente con los instrumentos internacionales vinculantes para el Estado mexicano.³⁸
- *b*) Deberá contarse con un órgano asesor en materia de cooperación procesal internacional que auxilie a la judicatura.³⁹

³⁷ Ha sucedido en México que los jueces aplican un tratado internacional aún cuando no es aplicable conforme al Derecho internacional, lo cual es técnicamente incorrecto y puede resultar ilegal.

³⁸ El desarrollo de tratados internacionales guarda una interrelación incuestionable con los trabajos existentes a nivel regional para armonizar el DIPr. *Vid.* De Miguel Asensio, Pedro A., "International conventions and European instruments of private international law: interrelation and codification", en P.A. De Miguel Asensio y J.-S. Bergé, "The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private International Law", M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot Peruzzetto (eds.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?*, Frankfurt del Meno, Peter Lang, 2011, pp. 185-212.

³⁹ La creación de órganos auxiliares en Derecho internacional la hemos venido proponiendo, *mutatis mutandis*, desde hace varios años. Véase Odriozola Mariscal, Carlos Enrique, "El principio iura novit curia en México: hacia un Instituto Federal de Especialistas en Derecho Internacional Privado y Comparado", *Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, 2008, pp. 97-116.

- c) Además de respetar los principios contenidos en los tratados internacionales, debemos observar los principios contenidos en otras fuentes de Derecho internacional.⁴⁰
- d) Los problemas transnacionales de familia no deben tratarse de la misma forma de los que tienen un interés económico.⁴¹
- *e)* Deberá observarse la posibilidad de codificar figuras de *common law*, si en algo ayuda a mejorar nuestras instituciones procesales.⁴²
- *f)* Deberán incluirse cuestiones atinentes a la mediación familiar transfronteriza,⁴³ abordándose cuestiones tales como el nombramiento de mediadores, así como el reconocimiento y ejecución de acuerdos de mediación.⁴⁴
 - g) Insolvencia transfronteriza civil.45

⁴⁰ Existen diversas técnicas para lograr la armonización del DIPr, entre los que encontramos el método convencional y el del soft law, a través de Leyes Modelo. El uso de Leyes Modelo facilita la modernidad de los sistemas de DIPr. *Cfr*. González Martín, Nuria, "Private international law in Latin America: from hard to soft law" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen XI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 393-405.

⁴¹ Es decir, deberá ser un código con un contenido humanista y, en especial en la parte familiar, que pugne por la suplencia de la queja con el objeto de privilegiar la solución del caso sobre los formalismos procesales. Puede encontrarse un interesante estudio al respecto en: Neidhart, Alberto Horst, *The Transformation of European Private International Law, A Genealogy of the Family Anomaly*, European University Institute, Tesis doctoral, 23 de ocubre 2018, 587 pp.

⁴² Tal es el caso de Quebec, en donde su legislación en materia de DIPr, codificó el *forum non convinience* en el artículo 3135 del Código Civil de Quebec. Véase Fiorini, Aude, "The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions?", en *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, 2008, pp. 12-13.

⁴³ Diversos instrumentos internacionales regulan la mediación transfronteriza en materia familiar, como la Convención de La Haya de Protección de la Niñez de 1996, y la Convención de La Haya de Protección de adultos mayores de 2000, así como la convención de la haya de sustracción de menores. La mediación familiar transfronteriza es especialmente valiosa en casos de sustracción internacional de menores. *Vid.* Carrillo Lerma, Celia, "Mediación familiar internacional y sustracción de menores", en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Número 19, pp. 185-196.

⁴⁴ Para un análisis en la materia vid. Alexander, Nadja, Harmonisation and Diversity in the Private International Law of mediation: the rhythms of regulatory reform, pp. 2-72.

⁴⁵ Si bien tenemos incorporada a nuestra legislación mercantil disposiciones de avanzada sobre insolvencia mercantil internacional, bien vale la pena regularla cuando tenga carácter civil. Si los asuntos en la materia no abundan, es precisamente por su falta de regulación.

- h) Acciones colectivas de impacto transnacional.46
- i) Interés superior del menor.⁴⁷
- j) Comunicaciones judiciales transfronterizas.⁴⁸
- k) Recepción de pruebas en el extranjero.49
- 1) Recepción de pruebas vía electrónica.⁵⁰

En fin, es importante no solo la celebración de tratados en materia de cooperación procesal internacional, sino también codificar principios de diferentes sistemas legales y diversas fuentes de Derecho internacional privado, siempre que sea en beneficio de lograr un mejor sistema de justicia.

En la medida que existan iniciativas en DIPr creadoras de nuevos paradigmas procesales, se facilitará la resolución de disputas transnacionales. La codificación y armonización de principios de DIPr cada vez es más importante en un mundo cada vez más interconectado. Con ello se contribuye, no solo a lograr un mayor desarrollo económico, sino también sociedades más justas.

En nuestro concepto, es nuestra responsabilidad aprovechar la oportunidad de hacer del Código Nacional un verdadero modelo de legislación procesal internacional, no solamente respecto de su coherencia con los tratados de los que México es parte, sino incorporando todos aquellos principios y prácticas de Derecho internacional que sean convenientes para facilitar un verdadero acceso a la justicia de las personas.

⁴⁶ Por ejemplo en litigios internacionales por daños ambientales. *Vid.* García-Alvarez, Laura, "Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, p. 1-57.

⁴⁷ Deben incorporarse a nuestra legislación todas las fuentes de Derecho internacional que establezcan criterios de avanzada en su beneficio. *Vid.* Goicoechea, Ignacio y Castro, Florencia, *Construyendo un Sistema de Cooperación Internacional para la Protección de los Niños en materia civil*; visible en https://www.oas.org/es/cidh/activida-des/docs/2014/Goicoechea *Sp.pdf*

⁴⁸ Para lo cual pueden consultarse los lineamientos generales emitidos por el Buró permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado de julio de 2012, visible en https://assets.hcch.net/docs/634ffb35-e1ce-4baf-aac2-439853478d74.pdf

⁴⁹ Puede verse la experiencia australiana en Brereton, P., Proof of Foreign Law-Problems and initatives, ponencia en el simposio *The future of private international law*, 16 de mayo de 2011, visible en http://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Speeches/Pre-2015%20Speeches/Brereton/brereton160511.pdf

⁵⁰ Deberán utilizarse dentro del código, en general, todo tipo de medios electrónicos para facilitar la labor jurisdiccional.

Debido a que elaboramos este trabajo en el marco del XLII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado de nuestra Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP), sugiero que se forme un grupo de trabajo que, desde ya, redacte un proyecto de capítulo de cooperación procesal internacional para nuestra nueva legislación única en materia civil y familiar.

5. Bibliohemerografía

- Alexander, Nadja, Harmonisation and Diversity in the Private International Law of mediation: the rhythms of regulatory reform, pp. 2-72.
- Brereton, P., Proof of Foreign Law-Problems and initatives, ponencia en el simposio The future of private international law, 16 de mayo de 2011, visible en http://www.supremecourt.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Speeches/Pre-2015%20Speeches/Brereton/brereton160511.pdf.
- Carrillo Lerma, Celia, Mediación familiar internacional y sustracción de menores, en *Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, Número 19, pp. 185-196.
- Cervera Rivero, Oscar Gregorio, "Funcionamiento de la Red Judicial Mexicana de Protección de la Niñez", *Revista Perspectiva Jurídica*, número 2, Universidad Panamericana.
- García-Alvarez, Laura, "Las acciones colectivas en los litigios internacionales por daños ambientales" en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2015, p. 1-57.
- Goicoechea, Ignacio y Castro, Florencia, Construyendo un Sistema de Cooperación Internacional para la Protección de los Niños en materia civil; visible en https://www.oas.org/es/cidh/actividades/docs/2014/Goicoechea_Sp.pdf
- González Martín, Nuria, "De los tratados internacionales a las leyes modelo como paradigma de la cooperación internacional" en *Revista Regional de Derechos Humanos*, número 1, Universidad Regional de San Carlos, Guatemala, 2009, p. 125.
- —, "Private international law in Latin America: from hard to soft law" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen XI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, pp. 393-405.
- De Miguel Asensio, Pedro A., "International conventions and European instruments of private international law: interrelation and codification", en P.A. De Miguel Asensio y J.— S. Bergé, "The Place of International Agreements and European Law in a European Code of Private International Law", M. Fallon, P. Lagarde, S. Poillot Peruzzetto (eds.), Quelle architecture pour un code européen de droit international privé?, Frankfurt del Meno, Peter Lang, 2011, pp. 185-212.

- Dubinsky, Paul R., "Human rights law meets private lay harmonization: the coming conflict", *Yale Journal of International Law*, vol. 30, Issue 1, 2005, pp. 212-317.
- Fiorini, Aude, "The Codification of Private International Law in Europe: Could the Community Learn from the Experience of Mixed Jurisdictions?", en *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 12.1, 2008, pp. 1-16.
- Neidhart, Alberto Horst, *The Transformation of European Private International Law, A Genealogy of the Family Anomaly*, European University Institute, Tesis doctoral, 23 de ocubre 2018, 587 pp.
- Odriozola Mariscal, Carlos Enrique, "El principio iura novit curia en México: hacia un Instituto Federal de Especialistas en Derecho Internacional Privado y Comparado", Obra en homenaje a Rodolfo Cruz Miramontes, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I, 2008, pp. 97-116.
- ——, "La influencia de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en el desarrollo, en México, del principio iura novit curia aplicable al derecho extranjero", Memorias del XXXV Seminario Anual de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario, Escuela Libre de Derecho, 2013, México, pp. 389-395.
- Stewart, David P., "New directions in Private International Law", *Agenda Internacional*, año XVI, número 27, 2009, pp. 255-268.



Parte III

Arbitraje comercial internacional y mecanismos alternativos de solución de controversias



Alternate dispute resolution means

Use and effectiveness in Private International Law

JUAN ILICH PÉREZ GARCÍA*

Sumario: 1. Introduction. 2. ADR application in corporate topics on a global scale.
3. ADR enforceability at International treatises. 4. ADR and their application in Mexico: civil, commerce, criminal labor and family Law scopes. 5. Reform proposals at ADR: Law and Mexican Official Norms. 6. Contemporary ADR samples within conflict solving results. 7. Cargo transfers at international borders. 8. Opportunity areas: goods & services e-Commerce. 9. ADR role in the harmonization of Private International Law within the corporate world: trade, employment, services. 10. Final Comments. 11. Proposal. 12. References.

1. Introduction

The present article refers to an in-Depth analysis on the scope of the most relevant alternate dispute resolution means —Conciliation, Negotiation, and Mediation— which, apart from Arbitration, are being strongly considered in the engagement of modernizing Mexican Legal background.

On the abovementioned, it is noticeable whenever labor law, family law, civil law, trade or corporate law matters are referred; Private International Law is directly related whereas contemporary incidents are related into two or more parties from different national territories: e-Commerce is the most critical example of actors' variety in number, liability and nationalities.

Thus, the implementation of ADR will be analyzed from a perspective on Private International Law engagement into abovementioned areas

^{*} PhD. Has engaged in Law & Business Diplomas at The Hague Academy of International Law, Complutense University of Madrid, University of Santiago in Chile, National Mayor University of San Marcos in Perú, University of Buenos Aires and the USAID. Professor at the Trade & Law College and CETYS Universidad. LLM by the University of Salamanca in Spain and UABC, with a Master in Administration and Global Development PhD at the Faculty of Economics, UABC; currently Legal & Compliance Head for Samsung SDS North America II and Member of the Board of Directors of the Business Alliance for Secure Commerce, US Chapter.

of Mexican Law, as well as its advantage in eventually, maximize judicial efficiency not only by diminishing workload of such government entity —which it does, as current statistics show from 15 to 50% in regards to their implementation—, but also as to enforce the self-resolution culture and establishing a body of specialists which can effectively maximize judicial efficiency and enhance the scope and grade of the Rule of Law of Mexico within the global arena, a much-needed quality for our government, citizens, and foreign direct investment into their confidence and understanding of the law and its corresponding legal processes and transparency in the country.

2. ADR application in corporate topics on a global scale

There is a growing trend for ADR to be applied and replicated in private transactions worldwide: most Foreign Direct Investment in countries like Mexico since 1994 took the then-called NAFTA¹ clause —now USMCA² dispute resolution term, to be referred in detail in the following topic—, to bypass national legal structure. As more maquiladoras in the border³ expanded to current industrial zones as The Bajío and South-Central Mexico, foreign capitals preferred avoiding the local environment within their contracting methods, meaning:

- Origin language to be kept, both within negotiations, MoU's,⁴ formal agreement and even upon its execution, in some or all of the parties' notices through different means,
- Smooth investment landing, as they avoid legal hassle.
- Fears for corruption or process misunderstanding in case of conflict are avoided, as ADR use business argot in the language of choice.
- Corporate awareness on time/cost equation.

¹ Abbreviation for North America Free Trade Agreement.

² Abbreviation for United States Mexico Canada Free Trade Agreement.

³ There are evident examples in Tijuana, Mexicali, Nogales, Hermosillo, Torreón, Saltillo, Ciudad Juárez, Monterrey, Matamoros or Nuevo Laredo, to mention a few, where FDI exploded under 1994 treaty, first from the North and then from overseas countries interested to invest in the "natural" manufacturing ground of North America, where 80 to 90% of their goods are exported to.

⁴ Abbreviation for Memorandum of Understanding: legal document standard at business practices mostly within Common Law systems, where two or more parties engage from informal negotiation conversations into corporate commitments ranging from date of signature, investment opportunities, amounts, financing, deadlines, project execution, and so forth.

Under contemporary agenda, ADR relevance took force not only thanks to continuous FDR growth, but also because of Mexican corporate culture overseas⁵ in bringing different legal perspectives, most of which, while not able to be replicated as another law system, transform into much better practices. Some of their clearest samples are current ADR normalization in local legislation as well as the Constitution itself, another item which will be discussed at the end of this article but which must be enhanced by local attorneys' bars.

3. ADR enforceability at international treatises

International treatises have long had consensual dispute resolution processes, but they were until recently, an open door for amicable engagement. Nowadays, USMCA is the most common —but not the only— sample of encouraging private parties in conflict to enter negotiations. Moreover, virtually 100% of the businesses take this first step and its enforcement is fully recognized by local and foreign courts, so that even if later on discharged privately, there is the advantage of judicial remedies.

In that respect, even arbitration has a stronger path in judicial recognition and awards' enforcement, given the fact New York Convention and other global means are well integrated into Mexican and other nations' legislation. It is also noticeable recent reforms have indirectly supported other ADR recognition, as they also refer to less workload for human capital within traditional justice, and they must be referred as well within the current Private International Law legislation projects at the Mexican Republic.

4. ADR and their application in Mexico: civil, commerce, criminal labor and family Law scopes

Recent precedents in Mexico are on the legal basis in Constitutional, federal and local legislation reforms. In civil matters, minor family issues and civil disputes are settled through both mediation and conciliation, discharging considerable work from local justice. Regarding

⁵ ALSEA is a foremost example of a Mexican entity going global: based in this country, they currently look overseas on their revenue expansion, as well as mastering portfolio diversity in European and South American markets, controlling some of their famous franchise brands in those countries (Starbucks as flagship image).

criminal incidents, more than 50% of overall conflicts follow the same path nowadays.

Different case is that of the labor reform. It is in process of being implemented, as current conciliation and arbitration means applied on decades, were not following due procedure in ADR theory. Now, there is a huge challenge in this respect, in order to engage into the matter of labor disputes.

In Labor Law reference, while it would correspond to a "local" scope, it is also noticeable to be considered all transnational companies delocalize their production because of several factors including human resources, so that for their HQ is extremely relevant to understand legal relations in a foreign country and how to work with them, and engaging into negotiation methods which are well structured globally thanks to different International Trade Agreements signed and ratified from countries such as Mexico that give that support, which must be materialized by continuous presence of private attorneys along their public certification in ADR respect.

5. Reform proposals at ADR: Law and Mexican Official Norms

There has even been a recent movement regarding blockchain technology used in ADR. How can they both be linked? Considering Official Mexican Norms —NOM— are a path of harmonization from different topics, the particular technological needs respond to modernization of Alternate Dispute Resolution Means: it is mandatory to validate whether a judicial order, a mediation settlement agreement, an arbitration award or a joint parties' negotiated exit is duly sanctioned and moreover, valid under a particular legislation and territory. Thus, how to verify whether such resolution is enforceable?

One of the many proposed reforms is creating a NOM, under which ADR will be encrypted through blockchain technology, so that once a given resolution is registered in a homogeneous electronic data system, such information is transmitted through public authorities —it may even include financial institutions, eventually, whenever referring to financial accords— and effective that moment, so that whenever accomplishment of their terms and conditions, just as modern agreements, need o be fulfilled, they can automatically be performed: referring to banks that would create a new scope for modernization of legal enforcement and a stricter scope of the Rule of Law.

6. Contemporary ADR samples within conflict solving results

While the most common application regarding ADR can be seen in day-to-day joint parties' dispute settlement in exchange on more formal contractual remedies (thanks, in big part, to experienced attorneys in the business arena), concrete cases include:

- Ocean Carriers' incidents at foreign countries.
- Overseas purchases.
- Service Agreements.
- International Foreign Investment —KIA case⁶ and NAICM.⁷

7. Cargo transfers at international borders

In all of the above mentioned, a formal legal dispute would mean and endless time-consuming, hefty fee inclusive conflict where not only are the relevant parties absorbed on those sources, but also their confidential information is at stake. Nonetheless, ADR precisely involve

⁶ When KIA manufacturing facilities, which are in the automotive sector and being part of the Korean HYUNDAI Chaebol, entered into the State of Nuevo León in our country, its former local government negotiated an agreement in order for such investment to have several benefits to be kept in the area: everything appeared to be "just fine"; the legal documents were duly executed and huge construction began, fostering tens of thousands of employments and new industries not only because of such project, but also by related third parties such as vendors, consultants, services, and so forth. Nonetheless, a few months before kickoff, State elections gave way to different outcome than expected and new authorities threatened to cancel the whole idea. Worst-case scenario was taken with both parties arguing to each other privately at first and then in national media, referring a lose-lose situation for both where indemnification, damages and other remedies were to be referred on the years to come of conflict on behalf of both national and global judiciary power. Fortunately, the conflict was intervened by the option of negotiation, and a very positive result came out giving many benefits to each of the relevant actors, so that we now have this plant in the second economic capital of the Mexican Republic.

⁷ Different from what happened in Argentina with its so-called vulture funds when foreign debt was not paid and unable to be negotiated regarding their creditors, the case of Mexico City New International Airport had a pragmatic conclusion: immediately after the cancellation notice was publicly forwarded by the federal elected government, its economic and infrastructure advisors engaged negotiations along the relevant foreign investors, quickly concluding in an anticipated payment instead of a dispute which could have further damaged Mexican public finances, getting a satisfactory resolution to an open misunderstanding because of such agreement unilateral termination.

strictly confidential processes and, in the case of facilitation-derived⁸ procedures, this principle means at first, respect in the following:

- Once parties enter a negotiation process, a non-Disclosure agreement is signed by each of their members, as well as by the facilitaror(s) performing the job;
- A facilitation process is generally formed in a closed, neutral environment to avoid media or other externality from filtering information;
- If an agreement is reached, its terms and conditions remain confidential among the parties, unless they both arrange in disclosing all or part of its relevant clauses;
- Whether or not an agreement is reached, the facilitator cannot be referred to a judgement as witness to discuss in what happened during the process;
- Whether or not an agreement is reached, discussions along the facilitation process cannot be reproduced at court or a request on video, photo, paper notes, or any other.

Confidentiality is then, converted into a *sine qua non* principle during a mediation, facilitation or negotiation process, and rejecting it means an immediate transfer to a traditional dispute resolution process, apart from the legal consequences of breach of confidentiality it may arise.

8. Opportunity areas: goods & services e-Commerce

One of the fastest-growing sectors in Mexican industry with respect to Private International Law matters has been the so-called e-Commerce.⁹ But what is means and how it relates to the legal scope is

⁸ Facilitation is the engagement of the parties by themselves, different from a traditional judicial process or else, arbitration as an alternate dispute resolution means. Whereas in the later two cases, there is an external entity deciding for the dispute, facilitation refers to self-resolution. As such principle has evolved; it is adopted into the three principal functionalities: mediation, conciliation, and negotiation.

⁹ While not as relevant in Mexico as in the United States, in part because of GDP difference which supports consumerism and by different Economic culture of a preference for a "physical" experience in the case of the former, e-Commerce in this country grows at a current rate of about 30% every year, and relevant actors have chosen this territory as its landscape for Latin America base, such as Amazon, Costco, Wal Mart, to

an attention to be described as a completely new role model of commerce growth: in the recent decades, traditional, local arrangements where the consumer chain was given in a very specific territorial area until the big intermediate was the one used to be the sole import/export agent for global trade, has gradually been replaced by end-consumer trade, where individuals can shop at home on the other side of the world and have the good shipped at the same moment. Such new scope poses its challenges, as the individual does not have the same negotiating power as the huge entity selling the goods.

As the previously reference takes flight in developing economies such as Mexico, Private International Law engages into relevant activity to separate rights and duties of the end-consumer, the last-mile delivery agent, the booking service, the international carrier, the origin forwarder, the e-Portal marketing the goods and the relevant manufacturing facility, to take the "least complex" possible sample of such a long logistics chain, and in each, there is a global trade operation where that legal area enters for ease of commercial terms understanding, as well as conflict prevention and resolution.

Nowadays, while there are more virtual contracts than ever before involving international parties, both in transaction growth as well as minor consumers, there is a greater amount of misunderstandings within the related actors in global arrangements of \$1USD to billions, so that implementing a modern, verifiable, understandable, enforceable and efficient ADR system will be mandatory for an agile and continuous e-Commerce growth where the world can trade in a safer environment.

No distinct is the idea of services' e-Commerce, where they already account for a half of world's input. However, an ADR system will be more complex in as long as value-added services require more specialists in each relevant area: just as arbitration courts have developed professional human sources on each matter, so the other ADR means will have to implement just as eBay, Amazon or other e-Commerce juggernauts nowadays perform and which shall have a mandatory ADR preliminary step.

mention a few, empowering consumers for a direct B2C relationship and for an increasing participation in Private International Law in a displacement for traditional Civil and Commerce Law scopes.

ADR role in the harmonization of Private International Law within the corporate world: trade, employment, services

There was already a reference at the beginning of the present article, for eventual harmonization of Private International Law regarding global transactions. Even while current Mexican project on the matter is approved by congress to be published by the executive branch of government, there cannot be forgotten legal systems are diverse worldwide and even within one national entity, ¹⁰ different criteria prevails along them and it is difficult to end a dispute along a same transaction, let alone whenever involving actors in different languages, opposite sides of the world.

For a better understanding of possible solutions in trade, especially involving parties which may actually be forced to keep connected in an immediate future and even increase their commercial relationship, ADR merge as a common ground with a sole language for the facilitator to be inclusive among them, thus creating the much needed confidence to engage into conversations that promote eventual satisfaction and resolution of divergences, and ADR must be seen as the obligatory first step by Mexican legislation for them to be engaged within trade, employment and service conflicts in our territory.

10. Final Comments

ADR are nowadays, an important complement source for world-wide judicial force, which can enhance their work by stretching their workload, giving them sufficient capacities to really be input in what cannot really be solved by mutual negotiation and nonetheless, be inclusive at opening the gate during a judicial process, for parties to engage into self-solving of their problems with a satisfactory outcome.

Of course there are still challenges to overcome: judges must be aware of ADR specialists' credentials and the respect for the Rule of Law, both for them and for citizens which are the end-users of the system, and moreover, guarantee those ADR recipients are true professionals in their area.

¹⁰ The most relevant case is the United States: except for Louisiana where Civil Law prevails, he rest of its territories command a Common Law tradition for solving their disputes. Nonetheless, as a pure-federal system which has evolved on the grounds of "re-Centralizing" competences which are nurtured from a local level,

Regarding Private International Law proposal, while it is more than clear Mexican Legal Background will not be homogeneous to that of other countries, there is also evident Constitutional reforms and practical recognition have made global arrangements enforceable within the country, facilitating trade and law matters into conflict resolutions. More than a challenge then, it has to be seen as an opportunity to engage into a professional body of ADR in the field, to coordinate along the judicial entities in different States and at the Federal Level so they take sources by formalizing a private dispute resolution center for such grounds.

As usual, budgetary situations remain crucial: the case of civil and criminal reform gave way to investments in their respective ADR bodies which in most part, have been subsidized by the Mexican government at its different levels, as well as by international entities such as the USAID, makes imperative that our country finds —ironically— alternate ways to fund alternate justice via the collaboration of local attorney practitioners to establish ADR centers.

One of the main proposals has been a mixture of private funding, at the dismay of some traditional government officials which would rather increase levying taxes in implementing ADR reform in labor or commercial matters (which embrace international scopes as well). Nonetheless, there is the logical source cap where the government cannot keep spending in such, so that most likely, there will be the need for a forced reform based on commonplace standards.

Another idea is to enforce the private-public associations which nowadays are crucial regarding infrastructure projects, so as to be government-audited and privately-operated, with a mixed funding from both, more of course from the later than the former. On this respect, it would be good to engage into a long-term scenario where ADR could be implemented into Private International Law related fields, principally corporate, commercial and labor law, by creating such projects with well-recognized organizations that can form a strict, sound professional body with those qualities.

11. Proposal

To include in the Private International Law proposal for Mexico, Alternate Dispute Resolution as the first and foremost mechanisms of engaging into controversy dialogue, in order to encourage the culture of mediation, negotiation and conciliation for global conflicts to be settled within the following law areas:

- a) Labor Law. Sound basis of ADR professionals engaged into the new labor reform, with concrete guidelines which can be easily understood by global entities coming to Mexico via foreign direct investment in order for them to be guaranteed on how to solve an employee-related conflict.
- b) Commercial Law. Same as above, including a public-private association which can guarantee a sound ADR professional body to which the judicial organizations can trust on solving conflicts either in a preliminary way or else, during the judicial process as long as the applicable legislation permits so, and establish a list depending on the specific scope in to which to trust those professionals: trade in finished goods, raw materials, import, export, domestic transportation, ocean carriers, energy investments, credits, automotive sector, intermediate goods, e-Commerce, services, intangibles, and so forth.
- c) Family Law. To analyze the private international law concerns into family law, specifically in order to open a dispute resolution center where these private conflicts can result into a negotiated solution which is for the benefit of both parents and the minors, in due case.
- d) To open up a Rule of Law and Due Process analysis center, engaged into the Private International Law scope of specialists, where this topic can be traced on a periodic basis, in order for the Mexican Republic to engage into a permanent continuous effort to maximize ADR result analysis and follow up in the modernization of the legal system.

12. References

Castillo Freyre, Mario. *Arbitraje y Debido Proceso*. Lima, Perú. Palestra, 2007. De Villa Cortés, José Carlos y Marquez Algara, Ma. Guadalupe. "Medios Alternos de Solución de Conflictos". México. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 2013.

Estavillo Castro, Fernando. "Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias". México. *Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, 1996. "Estudios Económicos de la OCDE". París, Francia. *Organización para la Coo-*

peración y el Desarrollo Económico, 2017.

- Fernández de Castro, Rafael. "The Role of Institutions in the U.S.-Mexico Relationship". United States. *University of California*, 2017.
- "International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules)". *International Centre for Dispute Resolution*. United States, 2014.
- Merriman, Roger B. "The Cortes of the Spanish Kingdoms in the Later Middle Ages". United States, the American Historical Review, 1911. Vol. 16.
- Pistor, Katharina. "The Standarization of Law and Its Effect on Developing Economies". United States. *United Nations Conference on Trade and Development*, 2000. No. 2.
- Rodríguez López, Antonio. "NAFTA, Value-Added and Trade-In-Tasks". United States. *University of California*, 2017.
- Shaiken, Harley. "Developing a Workforce for the Global Economy". United States. *University of California*, 2017.
- Shearer, Matthew et al. "Nuevas Tendencias en los Tratados Comerciales Internacionales". United States. Banco Interamericano de Desarrollo, 2018.
- Thouvenin, Jean-Marc. Opening Ceremony of The Hague Academy of Private International Law. The Netherlands, 2017.



¿Ser o no ser?, ese es el dilema

La remisión al arbitraje cuando hay cuestionamientos sobre el acuerdo arbitral

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO*

Sumario: 1. El dilema de compétence. 2. Compétence en méxico. 3. Conclusión: ¿ser o no ser?: ese es el dilema.

La ejecución del acuerdo arbitral es posiblemente la forma más comunicativa de tomarle la 'temperatura arbitral' a una jurisdicción. Es decir, valorar el nivel de entendimiento y respeto de uno de los principios más caros del Derecho arbitral: *compétence-compétence*. A continuación explicaré por qué, haciendo una explicación del dilema que suscita y cómo lo resuelve el Derecho arbitral (§1), un recuento de la experiencia mexicana existente, comentándola (§2), para concluir con una lección (§3). Mi objetivo será proveer una evaluación objetiva y orientada a decantar lecciones.

1. El dilema de compétence

La relación entre *compétence*-compétence y la separabilidad del acuerdo arbitral es frecuentemente pasada por alto, incluso obviada por muchos. Se trata de dos principios que, de forma distinta, y por motivos distintos, procuran un mismo resultado: respeto de la voluntad de las partes.

Cuando las partes pactan un acuerdo arbitral la *intención común* inherente al pacto es su deseo de que sus controversias se resuelvan en

^{*} Licenciatura en Derecho por la Universidad Iberoamericana, Mención Honorífica. University of Chicago Law School: Maestría (Master in Laws, LL.M.). Beca Fulbright y beca de la Universidad de Chicago por mérito académico. University of Chicago Law School: Doctorado (Doctor in Jurisprudence, J.S.D.). Harvard Business School: Negocios (OPM). Especialización en finanzas. Academia de Derecho Internacional, La Haya: Curso en Derecho Internacional Público y en Derecho Internacional Privado.

arbitraje. Dicha verdad se desdobla en dos proposiciones: (1) de surgir *cualquier* disputa, esta debe canalizarse y resolverse en arbitraje. (2) de surgir *cualquier* disputa, esta debe canalizarse y resolverse *solo* en arbitraje. Aunque parecidos, cada postulado añade algo distinto— y complementario.

Lo anterior es una verdad que me atrevo a calificar de axioma. Después de todo, es la consecuencia natural, lógica, abductiva, del pacto— y los pactos deben cumplirse.

Donde el axioma deja de serlo, para algunos, es cuando se analizan ciertas implicaciones. Por ejemplo, ¿qué sucede si una de las partes alberga una duda sobre la validez del contrato? ¿Quid iuris si existe una duda sobre la validez del acuerdo arbitral? Ante estas preguntas, otrora convencidos se tornan en escépticos.

Comencemos con la primera interrogante. Si existe un cuestionamiento sobre el contrato in toto, ¿que no hay una petitio principi a resolver previo a seguir el proceso? Algunos dirán "claro: no puedes aplicar un contrato inválido. Su validez debe ser determinada previamente". El postulado puede ser cierto desde la perspectiva lógica y de la teoría de las nulidades, pero no exige concluir que no puede haber arbitraje, ni lógica, ni jurídicamente. Tal cuestión será un caso particular de "cualquier controversia" que exista entre las partes, y que alguien tiene que definir. Siendo que se pactó que cualquier disputa se resolvería en arbitraje, ello necesariamente implica que caerá dentro de la competencia del tribunal arbitral. Sostener lo contrario sería un non-sequitur.

La segunda interrogante es más sutil, sin embargo. Empieza igual, pero se complica de inmediato. *Ab initio*, la pregunta es la misma: si existe un cuestionamiento sobre el acuerdo arbitral, ¿qué no hay una *petitio principi* a resolver previo a seguir el proceso? Y de nuevo, otrora convencidos sobre los propósitos de *compétence*, se tornan en escépticos, reticentes inclusive. Razonan: "a diferencia del caso del contrato en su totalidad, ahora sí no puede ser el tribunal arbitral quien dirima la controversia sobre la validez del acuerdo arbitral. Hacerlo implicaría que quien cuestiona su validez vea frustrado su propósito *in limine*. Y temería que ello propicie un análisis sesgado. El motivo: la consecuencia de la invalidez del acuerdo arbitral es no tener que seguir un proceso arbitral. Si se tiene que seguir un proceso arbitral para definir tal cuestión, la batalla se ha perdido desde el inicio. Y la *petitio principi* nunca se resuelve cuando debería ser: al principio.

Lo que torna el cuestionamiento en interesante es que tiene lógica. ¿Cómo exigir arbitrar cuando el cuestionamiento versa sobre la obligación de arbitrar? En este caso sí, dicen algunos, hay que ceder. Uno puede estar a favor del arbitraje, y de pacta sunt servanda, y aun así concluir que no puede arrastrarse a una parte al arbitraje, a menos que se esté seguro que lo ha pactado. Y ello está por definirse. Ello justifica—exige, dicen algunos— que un juez haga una resolución de previo y especial pronunciamiento: ¿es o no es válido el acuerdo arbitral? De ser positiva la respuesta, habrá arbitraje. De ser negativa, se sigue judicialmente. Y ello—dicen algunos— es no solo justo, sino que procura economía procesal: se evita la necesidad de tener que seguir un proceso arbitral para luego correr el riesgo que todo dicho esfuerzo, tiempo y costo sea en vano: que el juez de nulidad o ejecución decida que no había acuerdo arbitral (al analizar la causal sobre existencia de acuerdo arbitral).¹

La argumentación descrita ha atraído a muchos.² Ello probablemente porque tiene un aura de lógica. El problema es que es jurídicamente incorrecta.

El razonamiento podría ser cierto en un mundo en el que no existe compétence. El valor que da compétence es justamente que recanaliza el análisis descrito al resultado preferible: cursar la disputa al arbitraje. El motivo por el que dicho resultado es preferible, deriva del sencillo hecho de que, de no hacerlo, se destazaría de contenido el pacto de las partes. Si se pactó arbitraje, debe acudirse al arbitraje. Y el postulado debe seguir siendo cierto inclusive cuando ante una petitio principi como un cuestionamiento sobre la validez del acuerdo arbitral. Esto es cierto en principio, pero se torna en especialmente cierto si se considera que, de no sostenerlo así, se convertiría en una forma sencilla de burlar el compromiso de arbitraje. Una chicana preciosa. Una parte que desee evitar acudir al arbitraje podría esgrimir cualquier cuestionamiento que, por más superficial que sea, tendría —acorde a dicha visión— que ser cursado al juez, no árbitro, previo al arbitraje. Ello haría que el acuerdo arbitral no sea más que poesía: la promesa de acudir al

¹ Artículo V(1)(a) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), el artículo 1457(I)
 (a) del Código de Comercio y 1462(I)(a) del Código de Comercio.

² Por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos en *Buckeye Check Cashing, Inc. v. Cardegna et al.* (546 U.S. 440 (2006)) y la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción 51-2005-PS (comentada, *infra*).

arbitraje se vería frustrada —y de forma muy sencilla: para acudir al arbitraje tendría que litigarse—, una contradicción en términos.

Es ante lo anterior que *compétence* es la respuesta de política legislativa al dilema explicado: toda disputa debe remitirse al arbitraje; inclusive aquella que verse sobre la jurisdicción del tribunal y/o la validez del acuerdo arbitral. De allí que la primera oración del primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio rece: "El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o *validez* del acuerdo de arbitraje" (énfasis añadido).

Aceptado lo anterior, hay quien hace un matiz: lo expuesto es cierto cuando lo que se cuestiona es la *validez* del acuerdo arbitral. Pero si lo que se cuestiona es su *existencia*, la respuesta tiene que ser diversa. En este caso, sí tiene que acudirse al juez a que realice la determinación como una cuestión de previo y especial pronunciamiento. No hacerlo implica que una parte que nunca ha consentido arbitraje sea arrastrada al arbitraje. Ello, pues no es lo mismo cuestionar la *validez* de un acto jurídico que su *existencia*.

Distinción aguda, pero irrelevante. Es aguda, pues es cierto que no es lo mismo cuestionar la validez de un acto que su existencia. Y ante la diferencia de la fuente del cuestionamiento debe existir una diferencia en el resultado de su aplicación.

Se trata, sin embargo, de una distinción donde no hay una diferencia. Compétence abarca —y debe abarcar— ambos cuestionamientos: validez y existencia. Y el Derecho escrito así lo hace. La primera oración del primer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio establece:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la *existencia* o validez del acuerdo de arbitraje. (énfasis añadido)

La inclusión de la cuestión de existencia no es un yerro. Es resultado de comprensión, de no caer en la trampa argumentativa expuesta párrafos arriba. La determinación de *existencia* de un acuerdo arbitral y la determinación de *validez* del acuerdo arbitral no es distinta para efectos de *compétence* por el sencillo hecho que ambas terminarían en el desafortunado resultado que busca evitar *compétence*: frustrar el pacto de las partes.

Quien quede preocupado con la solución expuesta al dilema descrito debe encontrar alivio en lo que el Derecho arbitral hace para contrapesar la predisposición a favor del arbitraje implítica en *compétence*. Se ha establecido, no solo *un* recurso para cuestionar—ahora sí—judicialmente la determinación del árbitro, ¡sino *tres*! Son tres las ocasiones en que una parte que alberga una duda sobre la existencia o validez de un acuerdo arbitral puede someter a escrutinio del Poder Judicial la determinación que sobre la cuestión haga un árbitro:

- a) Inmediata: a los treinta días de la decisión del árbitro (tercer párrafo del artículo 1432 del Código de Comercio);
- b) **Nulidad**: ante el juez que analice la validez del laudo arbitral (artículo 1457(I) (a) del Código de Comercio); y
- Ejecución: al desear resistir la ejecución del laudo arbitral (artículo 1462 (I)(a) del Código de Comercio).

El que sean tres instancias en que una parte pueda pedir que se examine la decisión sobre jurisdicción (que puede derivar del cuestionamiento sobre la validez o existencia del acuerdo arbitral) tiene por efecto descafeinar el rigor de *compétence*. Equilibra las cosas sin desvirtuar los propósitos del Derecho arbitral: que la promesa de arbitrar no se desdiga por un abogado ingenioso.

2. Compétence en México

Entendida la teoría de *compétence*, ¿qué ha sucedido en la experiencia mexicana? La respuesta es triple. Primero, en la praxis se observa que el Poder Judicial es respetuoso de los acuerdos arbitrales. Quienes nos dedicamos al arbitraje observamos y vivimos una enorme comprensión de la cuestión por el Poder Judicial: ante acuerdo arbitral, remiten. Y de inmediato. La apreciación no solo es empírica, sino jurisprudencial.³

Segundo, ha habido un tropiezo que ha sido legislativamente remediado, pero que algunos aún no se dan cuenta.

Tercero, recientemente concluyó un caso que algunos consideran la remisión al arbitraje más compleja que ha existido en la historia de México.

A continuación se fundamentan y desarrollan las observaciones segunda y tercera.

³ Por ejemplo, véanse los criterios vertidos en la tesis con registro 162932, registro 176471 y registro 176581.

2.1. Tropiezo remediado

La Tesis Jurisprudencial 25/2006 derivada de la Contradicción de tesis 51/2005-PS, cae en el sofisma sobre el cual alerta la sección I de esta monografía. Veámoslo:⁴

Arbitraje comercial. Competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el primer párrafo del artículo 1,424 del Código de Comercio, corresponde al juez y no al tribunal arbitral.—La posibilidad de apartar la intervención de la justicia estatal en un conflicto, a fin de someterlo al arbitraje comercial, es una manifestación de la potestad de los particulares para renunciar a sus derechos subjetivos y establecer los dispositivos legales a los cuales desean someterse; de ahí, que un acuerdo de arbitraje pueda estar incluido en un contrato como cláusula compromisoria, lo que por regla general y en términos del artículo 1,432 del Código de Comercio, otorga su competencia a los árbitros para intervenir, conocer y decidir aún sobre la existencia o validez del propio contrato, así como de dicha cláusula compromisoria, lo contrario violaría la voluntad de las partes. Sin embargo, existe una excepción a dicha regla, cuando en términos del artículo 1,424 del citado Código, ante un órgano jurisdiccional se somete el diferendo, sobre un contrato que contenga una cláusula compromisoria, y se ejerza al mismo tiempo la acción para que la misma se declare nula, ineficaz o de ejecución imposible, la que en dicho supuesto haría necesaria una decisión judicial previa, sobre la acción de nulidad. Lo anterior porque, por un lado, no debe soslayarse la existencia del debido control judicial sobre el arbitraje y, por el otro, la competencia de los árbitros proviene de la autonomía de la voluntad de las partes, de manera que si se alega, por ejemplo, la existencia de algún vicio de la voluntad en el acto que otorga competencia al árbitro, la acción de nulidad debe resolverse previamente por el órgano jurisdiccional, quedando a salvo los derechos de las partes para que en términos del segundo párrafo del referido artículo 1,424 puedan iniciarse las actuaciones arbitrales relativas a la disputa sobre el cumplimiento e inclusive la existencia o validez del propio contrato que contiene la cláusula compromisoria, ya que a ese respecto el tribunal arbitral conserva su competencia exclusiva.

Como puede observarse, el criterio vertido en la jurisprudencia anterior resuelve como si no existiera *compétence*. Si se lee el mismo (o la ejecutoria) se observará que hace una distinción entre (i) el cuestionamiento de validez del contrato y el acuerdo arbitral, y (ii) la jurisdicción

⁴ Contradicción 51/2005, Primera sala de la Corte, 11 de enero de 2006. (Tesis Jurisprudencial 25/2006, Contradicción de tesis 51/2005-PS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Sexto y Décimo, ambos en Materia Civil del Primer Circuito.)

del árbitro para decidir sobre su competencia⁵ de la jurisdicción del juez para no remitir cuando ante un acuerdo arbitral inválido.⁶ El yerro analítico que el criterio comente es doble.

Primero, como se explicó en la sección anterior, no existe diferencia para efectos del alcance de *compétence* entre el cuestionamiento sobre la validez del acuerdo arbitral y sobre su existencia. *Compétence* abarca ambos.

Segundo, el 'análisis de competencias' que hizo la Corte, es una aplicación incorrecta del Derecho arbitral. Utiliza una excepción de la obligación del juez de remitir al arbitraje cuando ante un acuerdo arbitral para exceptuar la facultad del árbitro de decidir sobre su propia competencia. Hacerlo utiliza una excepción a *una* regla para aplicarla a *otra*. Y al hacerlo, contradice el texto expreso de la segunda: el artículo 1432 del Código de Comercio comprende expresamente, tanto la validez como existencia del acuerdo arbitral.⁷

El yerro ha sido legislativamente corregido. Mediante modificación de 27 de enero de 2011 el Poder Legislativo corrigió el error judicial. Emitió los nuevos artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio, que establecen:

Artículo 1464.—Cuando una parte solicite la remisión al arbitraje en los términos del artículo 1424, se observará lo siguiente:

- I. La solicitud deberá hacerse en el primer escrito sobre la sustancia del asunto que presente el solicitante.
 - II. El juez, previa vista a las demás partes, resolverá de inmediato.
- III. Si el juez ordena remitir al arbitraje, ordenará también suspender el procedimiento.
- IV. Una vez que el asunto se haya resuelto finalmente en el arbitraje, a petición de cualquiera de las partes, el juez dará por terminado el juicio.
- V. Si se resuelve la nulidad del acuerdo de arbitraje, la incompetencia del Tribunal Arbitral o de cualquier modo el asunto no se termina, en todo o en parte, en el arbitraje, a petición de cualquiera de las partes, y previa audiencia de todos los interesados, se levantará la suspensión a que se refiere la fracción III de este artículo.
- VI. Contra la resolución que decida sobre la remisión al arbitraje no procederá recurso alguno.

⁵ Conforme al artículo 1432 del Código de Comercio.

⁶ Conforme al artículo 1424 del Código de Comercio.

 $^{^7}$ Para abundar, véase Arbitraje, Ed. Porrúa, México, 5a. ed., 2018, §V.C, capítulo X.

Artículo 1465.—En los casos a que se refiere el artículo anterior, la suspensión del procedimiento judicial y la remisión al arbitraje se harán de inmediato. Sólo se denegará la remisión al arbitraje:

- *a)* Si en el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje se demuestra por medio de resolución firme, sea en forma de sentencia o laudo arbitral, que se declaró la nulidad del acuerdo de arbitraje, o
- b) Si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son notorias desde el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje. Al tomar esta determinación el juez deberá observar un criterio riguroso.

El efecto jurídico de los artículos 1464 y 1465 es cambiar la regla que se adoptó en el criterio contenido en la Tesis 51/2005. Por virtud de lo dispuesto en el artículo 1465 del Código de Comercio queda claro que:

... la suspensión del procedimiento judicial y la remisión al arbitraje se harán de inmediato. Sólo se denegará la remisión al arbitraje:

- a) Si en el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje se demuestra por medio de resolución firme, sea en forma de sentencia o laudo arbitral, que se declaró la nulidad del acuerdo de arbitraje, o
- b) Si la nulidad, la ineficacia o la imposible ejecución del acuerdo de arbitraje son *notorias* desde el desahogo de la vista dada con la solicitud de remisión al arbitraje. Al tomar esta determinación el juez deberá observar un *criterio riguroso*". (énfasis añadido)

Ello corrige y restaura orden en las cosas, pues establece que la remisión al arbitraje debe ocurrir "de inmediato". § Y si se solicita que la remisión no ocurra, dado que existe nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral, o es de imposible ejecución, las nuevas normas ordenan al juez que, al considerar el punto, 'observe un criterio riguroso'. § Ello significa que la nulidad o ineficacia del acuerdo arbitral debe ser manifiesta. Indiscutible. Si existe cualquier ápice de duda, debe remitirse al arbitraje, ello acorde a compétence.

Las porciones resaltadas de la norma citada —aunado al principio incluido en el párrafo (a) del artículo 1465—, juegan un papel crucial en la correcta implementación del principio compétence y la remisión al arbitraje: modifican el sentido de la Contradicción 51/2005. Ello, como resultado de (i) "remisión inmediata"; (ii) que los casos de excepción deben ser "notorios" y deben seguir un "criterio riguroso"; y (iii) el

⁸ Artículo 1465 del Código de Comercio.

⁹ Artículo 1465(b) in fine del Código de Comercio.

hecho de que la remisión solo se puede negar por resolución firme tiene por efecto. 10

Se trata de una refinación legislativa de un criterio judicial.

2.2. Asimilación

La corrección legislativa del error judicial ha sido ignorada por muchos. Inclusive a veces ha sido citada por órganos como premisa de nuevas resoluciones. ¹¹ Y ha dado municiones a quien ha buscado accidentar procesos arbitrales. Ello obedece a que estamos ante una colisión de fuentes de Derecho cuya remediación no es clara.

En contraste a otros sistemas, nuestro sistema no contiene mecanismos para resolver conspicuamente este tipo de antinomias (después de todo, las jurisprudencias son 'normas'; si contradicen normas legales, se estará ante una antinomia en el sentido puro de la expresión). Y en este caso, la antinomia debe resolverse en el sentido de que los artículos 1464 y 1465 del Código de Comercio prevalecen sobre la Tesis Tesis 1a./J. 25/2006 (9a.), Registro 174303. El motivo no solo es *lex posteriori*, sino *lex specialis*: el Congreso realizó la modificación *ex profeso* para cambiar el sentido del criterio arrojado por la contradicción 51/2005. Luego entonces, hay espacio para argumentar que, más que una antinomia, se trata de una falta de claridad sobre lo que constituye la regla correcta en vigor.

Para resolver la situación anterior, he propuesto que se tomen pasos para sustituir dicha jurisprudencia. 12 Que alguno de los órganos

Así lo explica el libro Legislación Mexicana de Arbitraje Comercial Comentada, Instituto Mexicano del Arbitraje, Ed. Porrúa, Ciudad de México, 2015, p. 111 et seq.

¹¹ Por ejemplo, en el amparo directo 33/2014 se dijo: "... esta Primera Sala ha sostenido al resolver la Contradicción de Tesis 51/2005 que la voluntad de los contratantes no es absoluta en razón del debido control judicial del arbitraje y el derecho de las partes de plantear en vía de acción la nulidad, la ineficacia e imposible ejecución de la cláusula compromisoria y cuyo conocimiento, decisión y resolución compete a los jueces federales y locales". Al hacerlo, citó la Tesis 1a./J. 25/2006 (9a.), Registro 174303, con rubro: Arbitraje comercial. Competencia para conocer de la acción de nulidad del acuerdo de arbitraje prevista en el primer párrafo del artículo 1424 del Código de Comercio, corresponde al juez y no al tribunal arbitral. (Amparo Directo 33/2014, Primera Sala, SCJN, Sentencia de 24 de septiembre de 2014, ¶85.)

¹² Compétence-Compétence A La Mexicana: Propuesta de Sustitución de Jurisprudencia, Boletín del Centro de Arbitraje de la Industria de la Construcción (CAIC), enero 2017.

calificados por la Ley de Amparo —algún magistrado o ministro—¹³ solicite la sustitución de la Jurisprudencia en cuestión. Siendo que la jurisprudencia fue por contradicción, deberá ser un ministro de la Suprema Corte de Justicia quien tome la iniciativa. ¹⁴ De aceptarse la iniciativa, se pondrían en línea ambas fuentes del derecho. Dirían lo mismo. Ello daría congruencia al Derecho escrito y Derecho judicial, procurando una aplicación más pura de Derecho arbitral.

2.3. Compétence a prueba

Un caso reciente puso a prueba el correcto entendimiento de *compétence*. Una parte aguerrida hizo todo lo posible para frustrar un acuerdo arbitral y derrocar un proceso arbitral. Los hechos esenciales son los siguientes.

A y B celebraron un contrato con un acuerdo arbitral. B incumplió el contrato, por lo que A comenzó un arbitraje. Acto seguido, A recibió una demanda de C que versaba sobre lo mismo que el arbitraje entre A y B. Era literalmente una copia al carbón de la acción enderezada por A vis-a-vis B. Lo extraño es que A no tenía relación alguna con C. No solo no tenía contrato alguno celebrado con C, sino que ni siquiera la conocía.

Al tener acceso al expediente, se aprendió que *B* realizó una (supuesta) trasmisión del inmueble propiedad de *B* y que era la cosa sobre la cual versaba la litis en el arbitraje *A-B*. Al investigar a *C*, se encontró que sus accionistas eran los mismos que *B*, sus funcionarios también, los apoderados eran los mismos, el domicilio idéntico, y en la página de internet de *B* se explicaba que tanto *B* como *C* eran parte del mismo grupo corporativo.

Si se considera que el acto de supuesta trasmisión del inmueble no trasmitía la propiedad del inmueble (era sólo una asamblea de accionistas de *B* que unilateralmente reconocía un supuesto adeudo entre *B* y *C* que se satisfacía mediante una dación en pago del inmueble), el resultado fue concluir que *B* había simulado un acto jurídico con miras a

 $^{^{13}}$ De conformidad con el artículo 230 de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ("Ley de Amparo").

¹⁴ Atento a lo dispuesto en la fracción III del artículo 230 de la Ley de Amparo.

¹⁵ Radicada en el Juzgado Primero Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Expediente Número 385/2018.

cambiar la ubicación jurídica del inmueble a un tercero que no había celebrado el acuerdo arbitral.

A solicitó la remisión de *C* al arbitraje. Argumentó que (*i*) la litis era la misma, (*ii*) la simulación era absoluta, por lo que no arroja efectos jurídicos, y (*iii*) suponiendo que la trasmisión fuera verdadera, *C* estaría vinculado por el acuerdo arbitral como causahabiente de la relación jurídica que contiene el acuerdo arbitral (los detalles de por qué esto es cierto no se abordan).

B y C pelearon acerbamente la remisión. Perdieron. El juez de primera instancia tuvo el tino, no solo de percatarse de lo que estaba ocurriendo, sino de centrar su análisis en la cuestión relevante: el quid del asunto es si existe jurisdiccción del árbitro sobre C. Ello compete decidir al tribunal arbitral. Ello es compétence. Y ello sigue siendo cierto aunque C no haya firmado un acuerdo arbitral típico, pues había un argumento verosímil sobre su aplicabilidad. Ante ello, ante la presencia de cualquier discusión sobre la jurisdicción del árbitro, corresponde al árbitro resolverlo.

3. Conclusión: ¿ser o no ser?: ese es el dilema

En un soliloquio, Hamlet se pregunta: "¿Ser o no ser?, ese es el dilema".

Algo semejante ocurre con *compétence*: sea o no que exista el acuerdo arbitral, ello compete al tribunal arbitral decidir de conformidad con *compétence*. Y el juez juega un papel clave al respecto: en caso de que una de las partes traiga a su atención una cuestión cobijada por un acuerdo arbitral argumentando que cuestiona la validez o existencia sea del contrato o el acuerdo arbitral, la respuesta es la misma: *que lo resuelva el árbitro primero*, y el *juez después*. Esta es la esencia de *compétence*: se trata de una regla de tiempos. El árbitro debe decidir primero, el juez en definitiva. El que el árbitro decida primero no implica nada distinto a que no hacerlo así frustraría el pacto de las partes: arbitrar, no litigar. Ello no solo explica la existencia del principio de separabilidad del acuerdo arbitral, sino también el de *compétence*. Correctamente ambos principios logran el mismo propósito, aunque desde ángulos distintos: cerciorar la eficacia del pacto arbitral.

¹⁶ Exp. 385/2018, resolución de 24 de octubre de 2018.



Medios alternos de solución de conflictos en el Derecho mercantil

ARMIDA RAMÍREZ DUEÑAS*

Sumario: 1. Introducción. 2. Una mirada a la teoría general del conflicto. 3. Problemas actuales del acceso a la justicia. 4. Ventajas de la conciliación y la mediación en la administración de justicia. 5. Procedimientos orales mercantiles. 6. Conclusiones. 7. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Los medios alternos de solución de conflictos (MASC) se encuentran reconocidos en la reforma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 2008, en su artículo 17, párrafo cuarto, al disponer que "las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias". En atención al mandato constitucional, en el Código de Comercio (CCOM) se incorporó la conciliación y la mediación en el Título Especial "Del Juicio Oral Mercantil" (arts. 1390 Bis a 1390 Bis 49), mediante Decreto de 27 de enero de 2011; así, en el artículo 1390 Bis 32, fracc. II, se establece que la audiencia preliminar del procedimiento oral mercantil, tiene por objeto, entre otros, "la conciliación y/o mediación de las partes por conducto del juez". 2

Se consagran así los MASC, característicos de las sociedades con mayor grado de desarrollo, para impregnar de mayor celeridad y prontitud la solución de los conflictos objeto de los procedimientos orales

^{*} Doctora en Derecho. Académica de Número de la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación, A.C. Actualmente Magistrada del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México, integrante del Consejo General Académico de la Escuela Judicial del Estado de México y del Comité de Mejora de los Juicios Mercantiles.

¹ Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 18/06/2008.

² Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Código de Comercio, publicado en el *DOF* el 27/01/2011.

mercantiles, lo que constituye un gran avance en la confianza de los inversionistas a nivel nacional e internacional.

Por regla general, los MASC son un conjunto de instituciones legales que han sido utilizadas para la solución de controversias fuera de la jurisdicción de los tribunales; su implementación en los procedimientos orales mercantiles (juicio oral mercantil y juicio ejecutivo mercantil oral) persigue contribuir a descongestionar los sistemas de impartición de justicia en materia mercantil. Las personas que intervienen en este tipo de procedimientos requieren de procesos ágiles y, en la medida de lo posible, consensuados entre las partes.

En este artículo se analiza la incorporación de los medios alternos de solución de conflictos en el Derecho mercantil; para ello, se abordan los aspectos más relevantes de la teoría general del conflicto, los problemas actuales del acceso a la justicia, los propósitos de los medios alternativos de justicia con énfasis en la conciliación y la mediación, para, finalmente, analizar esos medios alternos en los procedimientos orales mercantiles. En este contexto, realizamos un balance de la implementación de estos medios alternos en los procedimientos orales mercantiles desde su entrada en vigencia en enero de 2012 (transitorio primero).

2. Una mirada a la teoría general del conflicto

Los conflictos son formas de interacción, en cuanto a que implican la presencia de por lo menos dos partes. Tienen su origen en una diferencia de intereses o deseos, en aspiraciones incompatibles que inducen a las partes a enfrentarse en el intento de lograr su objetivo. Marc Howard Ross define al conflicto como las acciones de dos o más partes que contienden por el control de los materiales escasos o recursos simbólicos.³

Se reconoce al conflicto como inherente a las relaciones humanas, por cuanto es una manifestación natural y necesaria de las relaciones entre las personas y entre los grupos sociales, entre organismos políticos y Estados; y la interacción entre los individuos u organismos políticos supone conflicto, porque la rivalidad, la competencia y la diferencia de opiniones, deseos e intereses son inevitables en el orden humano.⁴

³ Howard Ross, Marc, La Cultura del Conflicto, Barcelona, Paidos Ibérica, 1995.

⁴ Vid., García Ortega, Alfonso, Pérez Santana, María Eugenia, Pérez Santana, Marco Antonio, Mediación como método de solución de conflictos, México, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 15-20.

Si consideramos que el conflicto "surge cuando personas o grupos desean realizar acciones que son mutuamente incompatibles, por lo cual la posición de uno es vista por el otro como un obstáculo para la realización de su deseo";⁵ el manejo adecuado de la diferencia que motiva el conflicto permitirá la evolución y la transformación de las relaciones entre las partes. El conflicto, así visto, ayuda a regular las relaciones sociales, mediante el reconocimiento de las diferencias, para que estas no sean percibidas como amenaza, sino como el resultado natural de una situación en la que hay recursos escasos.

El conflicto, en sus manifestaciones regulares, contribuye a definir identidades y a racionalizar las estrategias de cooperación y competencia. Se trata de concebir el conflicto como "una oportunidad de aprendizaje", que permite la "construcción y reconstrucción del tejido social, cuando se replantean las relaciones colectivas que permiten el entendimiento y la convivencia".6

Los conflictos que se expresan en una sociedad son manifestaciones de orden del sistema de relaciones en el que se ha constituido y desarrolla dicha sociedad. La regulación de los conflictos permite que se genere orden. El orden en toda sociedad humana no es otra cosa sino un arreglo normalizado del conflicto. Por cuanto, en todo conflicto existe un orden definido por las estrategias de las partes, su posición relativa, la valoración social de los objetos en disputa y los procedimientos para seguirla. Como señala Silva García:

...el orden social, que constituye por excelencia la forma de control del conflicto social, puede también contribuir al desarrollo del conflicto, directa o indirectamente. Así, sucesivamente el orden social coadyuva, muchas veces, a darle estabilidad a los grupos sociales envueltos en conflicto (por ejemplo, los sindicatos o las Fuerzas Armadas). Así mismo, el orden social, por conducto del derecho no representa una negación del conflicto, colabora en su desarrollo, aun cuando dentro de determinados parámetros, cuando no es un mecanismo que exacerba la conflictividad. Estas condiciones expresan, así mismo, la relación dialéctica de intercambios entre el control social y la divergencia social.⁷

⁵ Fuquen Alvarado, María, "Los conflictos y las formas alternativas de resolución, Mediación como método de solución de conflictos", *Tabula Rasa*, núm. 1, enerodiciembre 2003, p. 266.

⁶ *Ibidem*, p. 268.

⁷ Silva García, Germán, "La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario", Prolegómenos, Derechos y Valores, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2008, p. 42.

Los *ingredientes* involucrados en el conflicto se deben conocer para resolverlo y son los siguientes: diversidad y diferencias, necesidades, percepciones, poder, sentimientos y emociones, conflictos internos, piedras angulares.⁸

En cuanto a la *diversidad y diferencias*, implica el hecho de reconocer y apreciar la diversidad; lo cual, es favorable, puesto que ayuda a descubrir posibilidades y alternativas. Se debe tener presente que entre las partes pueden existir diferentes percepciones, necesidades, valores, metas, deseos, etc. Las diferencias deben usarse para clarificar la comprensión y la relación, considerar nuevas ideas y posibilidades y detectar aspectos de la relación que puedan ser efectivos para mejorarla.

Las necesidades son condiciones imprescindibles; por lo cual, es mutuamente beneficioso que las necesidades de ambas partes sean aceptadas. Se debe considerar que los conflictos surgen cuando se ignoran las necesidades del otro, la satisfacción de necesidades es obstruida, se confunden necesidades y deseos o las necesidades parecen incompatibles.

En cuanto a las *percepciones*, es importante asumir que todos percibimos la realidad de diferente manera, aunque podamos reconocer una realidad verdadera. Estas percepciones pueden generar conflictos de la percepción propia, conflictos que involucran la percepción de la otra parte, conflictos por las percepciones de situaciones y conflictos que surgen de las percepciones de amenaza.

La forma en que se concibe el *poder* y cómo se usa influye en la naturaleza de los conflictos en nuestras relaciones y cómo los abordamos. El poder es la capacidad para actuar eficientemente e influir sobre algo; cuando se utiliza para que los demás se sometan, sobrevienen los conflictos. Los conflictos de poder pueden involucrar creencias éticas o morales (valores). Cuando los valores son más que una referencia, son incompatibles o no se tienen claros, surgen conflictos entre las partes.

Una gran cantidad de conflictos involucran *emociones*, las cuales condicionan u orientan de manera directa las decisiones y el actuar de los seres humanos;⁹ por ello, la necesidad de entender el papel que juegan las emociones y su importancia en la solución de los conflictos.

⁸ Corsón Pereira, Francisco y Gutiérrez Hernanz, Eva, *Mediación y Teoría*, México, Editorial Dykinson, 2014, pp. 14-17.

⁹ Arboleda López, Adriana Patricia, "Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia", *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, vol. 17, núm. 33, 2017, p. 89.

Las *piedras angulares* son ideas fundamentales para comprender y resolver un conflicto; puesto que, como se entienda, será el enfoque para resolverlo. En ese sentido, el conflicto no siempre es negativo, depende de la diversidad y diferencias; puede ser usado para clarificar relaciones y tratar de descubrir posibilidades y oportunidades de mutuo crecimiento; no es únicamente diferencias entre intereses y deseos.

Pero, una vez que reconocemos que estamos ante un conflicto, ¿cómo debemos proceder para solucionarlo? Dudley Weeks, en su libro *Ocho pasos para resolver conflictos*, sugiere la siguiente ruta para su resolución:¹⁰

- a) Crear una atmosfera efectiva; lo que implica preparación personal, la oportunidad, el lugar, comentarios iniciales, comienzos generales, comienzos específicos;
- b) Clarificar percepciones del conflicto; lo que implica tener claras las percepciones de uno mismo, las de la otra parte, limpiar los espejos y lentes de nuestras mentes;
- c) Apuntar necesidades individuales y compartidas; esto es, abordar las necesidades personales y las de la otra parte del conflicto, abordar las necesidades de la relación y las necesidades compartidas;
- d) Construir un poder positivo compartido; es común concebir al poder como algo negativo, y, en efecto, es algo que en el conflicto solemos utilizar con el objetivo de demostrar que la razón es nuestra, que es nuestra postura la que debe ganar. Dudley propone una definición diferente del poder, en la que este "está compuesto por las actitudes, percepciones, creencias y conductas que dan a las personas y grupo la habilidad de actuar o desenvolverse eficientemente". Nos recuerda que el poder positivo compartido es el que realmente construye el proceso y lo hace avanzar hacia una resolución efectiva del conflicto;
- e) Mirar al futuro, luego aprender del pasado; lo cual significa preguntarse cómo el pasado puede impedir la resolución del conflicto, aprender del pasado y concentrarse en el presente-futuro;
- f) Generar opciones; para lo cual, deben tenerse en cuenta las fases de preparación, estar alerta a las respuestas preconcebidas, imaginar opciones, aprender de las opciones de la otra parte en conflicto; propiciar el libre fluir de opciones, identificar opciones clave, opciones viables y experiencia pasada;

Weeks, Dudley, Ocho pasos para resolver conflictos, Traducción de Liliana Metrikis, Editor Javier Vergara, 1997.

- g) Desarrollar factibles, los escalones para la acción; cuestionarse sobre qué es un factible y tener cuidado al elegir el factible. Esto es, los factibles son actos específicos que presentan una buena posibilidad de éxito, satisfacen algunas necesidades individuales y compartidas, también ayudan a construir confianza entre las partes;
- h) Hacer acuerdos mutuamente beneficiosos; debemos buscar acuerdos que presenten una alta posibilidad de mantenerse en el futuro. Para ello, los acuerdos deben ser realistas y sostenibles, aclarar las responsabilidades específicas, precisar un principio y un fin. Para que los acuerdos sean eficientes y duraderos, necesitan basarse en poder positivo individual y compartido.

Estas breves consideraciones sobre la teoría general del conflicto sirven de sustento al rol del juez en la puesta en funcionamiento de los mecanismos alternos de solución de controversias en sede jurisdiccional; procurando, en todo momento, garantizar el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, cuyo párrafo 40. reconoce "los mecanismos alternativos de solución de controversias" para facilitar dicho acceso. 11

3. Problemas actuales del acceso a la justicia

El acceso a justicia consiste en la posibilidad de que cualquier persona, independientemente de su condición, pueda acudir a los sistemas de justicia, si así lo desea, con la garantía de que el sistema le dé resultados individual y socialmente justos. Lamentablemente, muchas son las dificultades u obstáculos que enfrentan los justiciables para hacer efectivo este derecho en cuanto a sus atributos; esto es, acceso a una justicia razonablemente pronta, efectiva y eficiente. Estos problemas, en términos muy generales, son tres:

a) Insatisfacción indudable y generalizada con el desempeño de los sistemas de administración de justicia (prevención, procuración e impartición);

¹¹ *Vid.*, Díaz, Luis Miguel, "Artículo 17 de la constitución como opción al orden jurídico", en Uribarri Carpintero, Gonzalo, *Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, México, Porrúa, 2010, pp. 35-65.*

¹² Para un análisis detallado de los obstáculos o barreras al acceso a la justicia, los cuales constituyen graves problemas del Estado de Derecho, vid., Castilla Juárez, Karlos Artemio, Acceso efectivo a la justicia. Elementos y caracterización, México, Porrúa, 2012, pp. 35-113.

- b) Ineficiencia y lentitud de los procesos por la saturación de los tribunales; y
 - c) Altísimo costo de los litigios. 13

El propósito de la incorporación de los medios alternativos de resolución de conflictos es que, al aplicarse de manera sistemática, las personas comprendan las posibilidades que pueden ofrecerles los diferentes medios (conciliación, mediación, arbitraje), con las ventajas que los caracterizan, en la solución de sus conflictos.

En la aplicación de los medios alternativos se contempla una visión transformadora que asegura que su aplicación enseña a las personas a resolver sus conflictos mediante el diálogo y no mediante la confrontación; se trata de una visión pragmática, que es más realista, pero igualmente comprometida con los objetivos de aplicación de estos medios, sin que se trate de propiciar un entusiasmo exagerado en la sociedad sobre sus bondades y las perspectivas de cambios estructurales en el futuro inmediato.

Los medios alternativos de justicia se caracterizan por su técnica no adversarial, confidencial, voluntaria, flexible, creativa, cooperativa; lo que facilita la comunicación con una visión importante para la relación futura de las partes. Pueden utilizarse, tanto para conflictos judiciales como extrajudiciales; reducen costos; y procuran que las partes, por si mismas, lleguen a un acuerdo.

Se rigen por los siguientes principios: 14 (i) voluntariedad: la participación de los mediados en el procedimiento de la mediación debe ser por su propia decisión y no por obligación; (ii) confidencialidad: la información revelada durante la mediación se mantendrá en secreto y no podrá compartirse por el mediador, a excepción de que verse sobre un ilícito penal; (iii) flexibilidad: el procedimiento de la mediación no tiene que ajustarse a formalidades procesales; más bien, está diseñado para poder adaptarse a las necesidades de los involucrados e incluso son ellos quienes, de estar de acuerdo, pueden diseñar el procedimiento a seguir; (iv) imparcialidad: el mediador no debe dejarse influir por prejuicios e intereses que lo lleven a favorecer a alguno de los mediados,

¹³ Gorjón Gómez, Francisco J. y Steele Garza, José G., Métodos alternativos de solución de conflictos, 2a. ed., México, Oxford, 2012, pp. 6-7.

¹⁴ Fierro Ferráez, Ana Elena, Manejo de conflictos y mediación, México, Oxford, 2010, pp. 28-30; Peña Yañez, Ma Ángeles, El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador, México, Editorial Dykinson, 2013, pp. 27-34.

es su obligación mantenerse en la objetividad; los participantes deben tener la prerrogativa de recusar a un mediador cuya imparcialidad este en duda; (v) neutralidad: el mediador debe evitar ceder a sus propias inclinaciones o preferencias durante el proceso de la mediación; (vi) equidad: el mediador debe procurar crear un ambiente de igualdad para que los mediados logren acuerdos benéficos para ambos, de manera que lo perciban justo y duradero; cuando en el ambiente de la mediación se perciba deseguilibrio de poder, por razón de miedo, edad o condición socioeconómica, el mediador debe evaluar la situación para determinar si existe posibilidad de compensarla, o si es preferible optar por un medio distinto para solucionar el conflicto; (vi) legalidad: pueden ser objeto de mediación los conflictos susceptibles de transacción; es decir, los que deriven de la libre disposición de los mediados; (vii) honestidad: cuando el mediador identifique que determinado proceso de mediación beneficiaría los intereses de uno de los mediados, debe excusarse de participar o dar por terminada la que está en curso.

Estos principios también son aplicables a la conciliación.

4. Ventajas de la conciliación y la mediación en la administración de justicia

En la actualidad, los poderes judiciales presentan altas cifras de litigiosidad que implican largos y costosos procedimientos; en la mayoría de los casos estos procedimientos no ofrecen flexibilidad ni cercanía a las partes con la autoridad llamada a resolver el conflicto. Ante esta situación, las partes se ven obligadas a buscar otras alternativas como la conciliación y la mediación; las cuales, propician mayores y mejores oportunidades para resolver de forma amistosa y más eficazmente las controversias. Esto es, la primera ventaja que podemos atribuirle a estos medios alternos es que constituyen una vía de amigable composición del conflicto.

Otras ventajas de los medios alternos es la reducción de costos y tiempo, en comparación con un litigio judicial, de manera que las partes pueden evaluar la relación costo/beneficio que implica proseguir el litigio o llegar a un acuerdo con la ayuda de un conciliador o mediador; asimismo, los medios alternos permiten mayor discreción en el manejo de los asuntos, de acuerdo al principio de confidencialidad que los rige; también posibilitan que las partes tengan mayor intervención y sean dueñas del resultado.

Cuando nos referimos a los medios alternos de solución de conflictos en vía judicial, su incorporación pretende mejorar la credibilidad en la impartición de justicia, disminuir la carga de trabajo en los tribunales; todo lo cual, facilita y coadyuva con una impartición de justicia más pronta y expedita.

La experiencia demuestra que los resultados obtenidos a través de la conciliación y mediación generan una mayor cultura jurídica, donde la capacitación y las sesiones de mediación vierten en los receptores un conocimiento sobre el tema del conflicto en estudio, que dan para su experiencia la noción de derechos disponibles; se producen cambios de paradigmas sociales ante el conflicto; se ejerce la noción de pensamiento sistemático y programación neurolingüística, que lleva al individuo a la adquisición de mayor consciencia y conocimiento de sí mismo como parte del entorno social; y se reduce el número de conflictos ante los juzgados.

En definitiva, los medios alternos conducen a la obtención de una solución más expedita de los conflictos judiciales iniciados y, como consecuencia de todo ello, un mayor grado de sensibilización en los juzgadores.

Se debe apuntar que existe una distinción doctrinal entre conciliación y mediación. Por una parte, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado denominado conciliador, que les asiste en la búsqueda de la solución a través del diálogo y la formulación de propuestas conciliatorias, con base en concesiones recíprocas. Por otra parte, la mediación es el procedimiento por virtud del cual un tercero, que conoce de la controversia y la postura de las partes, respeto de la misma, colabora con estas, las guía en las negociaciones con la finalidad que logren un acuerdo que solucione las controversias. 16

Si bien, la conciliación es una negociación asistida, a través de un tercero experto, que debe mantenerse neutral e imparcial, propone soluciones a las partes para que lleguen a una solución; en la mediación, el tercero únicamente se constituye como un puente, que facilita la

¹⁵ Bravo Peralta, Martín Virgilio, Manual de negociación, mediación y conciliación, México, Porrúa-Universidad de Anáhuac, Colección Jurídica IBI IUS 10, 2016, p. 153.

¹⁶ Idem.

comunicación entre las partes en conflicto de manera pacífica y equitativa, para que alcancen un acuerdo satisfactorio, pero no propone soluciones. En ambos casos, se trata de personas extrañas e independientes de las partes que facilitan la solución a un conflicto.

Entre las consideraciones expresadas en la exposición de motivos de la reforma constitucional del artículo 17, del 18 de junio de 2008, se estableció que los mecanismos alternativos de solución de controversias "son una garantía de la población para el acceso a una justicia pronta y expedita ... permitirán, en primer lugar, cambiar al paradigma de la justicia restaurativa, propiciarán una participación más activa de la población para encontrar otras formas de relacionarse entre sí, donde se privilegie la responsabilidad personal, el respeto al otro y la utilización de la negociación y la comunicación para el desarrollo colectivo". Lo anterior, permite concluir que "tanto la tutela judicial como los mecanismos alternos de solución de controversias, se establecen en un mismo plano constitucional y con la misma dignidad y tienen como objeto, idéntica finalidad, que es, resolver los diferendos entre los sujetos que se encuentren bajo el imperio de la ley en el Estado Mexicano". 18

5. Procedimientos orales mercantiles

En los procedimientos orales mercantiles regulados por el Código de Comercio, cuando se declaran improcedentes las excepciones procesales, o de no oponerse alguna, el juez pasa a la segunda etapa de la audiencia preliminar, en la cual invitará a las partes a llegar a algún acuerdo (artículo 1390 Bis 32); en consecuencia, es conveniente mencionar que la conciliación y la mediación son reconocidas en esta etapa del juicio oral, pero no contienen una regulación procesal específica, en la que el juez procura avenir a las partes, les hace saber los beneficios de concluir sus controversias por algunos de estos medios alternos para llegar a un convenio, el cual será aprobado por el juez de plano y dicho pacto tendrá fuerza de cosa juzgada (1390 Bis 35).

¹⁷ Exposición de motivos de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.

¹⁸ Tesis: III.2o.C.6 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 3, p. 1723. Tesis Aislada (Constitucional, Común).

En estos aspectos, el legislador adoptó las soluciones presentadas para la elaboración del Código Procesal Modelo para Iberoamérica, en las que se expone la conveniencia de que la conciliación de las partes se lleve a cabo con la intervención del juez en los siguientes términos:

a) el juez, como técnico en Derecho y mejor conocedor que nadie del alcance de las pretensiones, con ese tan importante papel en la audiencia, será para nosotros el mejor conciliador.

Naturalmente que podrá [allegarse] de alguna de las técnicas a que se refiere el proceso, pero eso se arregla con colocarle asesores técnicos y no un conciliador que tampoco podrá ser un especialista en cada uno de los planteamientos que hagan las partes.

b) no parecen válidos los argumentos de que el juez debe quedar al margen de las soluciones transaccionales colocado por encima de las partes para mantener su imparcialidad. Este argumento sólo lo escuchamos en nuestro procedimiento latino americano, donde acostumbrados al papel pasivo del juez —que es el que lee toda la novela sin intervenir en ella, salvo para ponerle el epilogo, como alguien ha dicho con razón— nos parece extraño verlo proponer soluciones y argumentar a las partes sobre los inconvenientes de la sentencia judicial. En todos los países donde el proceso es oral, el tribunal interviene activamente, rechaza peticiones, recrimina las partes y los abogados que no actúan con lealtad y probidad, inclusive los sanciona, hasta con arrestos... y luego continúa su tarea terminando con la sentencia, sin que nadie piense que ha perdido su imparcialidad.

En definitiva, si admitimos un conciliador no profesional para actuar en la etapa preprocesal, no lo podemos aceptar dentro del proceso, especialmente si éste, conforme a lo que proponemos, se realiza ante un juez activo que, en un acto triangular junto a las partes y sus abogados, en franca y leal colaboración, procura una solución al conflicto.

Nos parece contradictorio con el espíritu de la audiencia preliminar, la introducción de este otro "personaje" en lo que por es un actum tri personae.

Por ello, repetimos, en el Código "Modelo" se propone la conciliación en la audiencia presidida por el juez, como primera etapa, procurando evitar el conflicto o reducirlo (en cuanto el acuerdo sea parcial) lo que está indisolublemente ligado con todo el resto de esta audiencia preliminar. No obstante se deja a la ley especial la posibilidad de establecer otros sistemas, inclusive el profesional que se propone (laico, técnico en conciliar)...¹⁹

Las ideas del Código Modelo son coherentes, sistemáticas y sistémicas con el desarrollo de la audiencia preliminar. El espíritu de la implementación de los medios alternos en esta etapa está encaminado a que el juez, como director del proceso, intervenga activamente para evitar o reducir el conflicto y procurar que las partes lleguen a un acuerdo total o parcial, con lo que se privilegia la actitud activa del juzgador.

En esta fase conciliatoria, el juez habrá de ser cuidadoso de no emitir alguna opinión que implique un juicio adelantado de su parte. Las propuestas que el juez realice a las partes tenderán a que cada uno asuma una postura diferente a las contenidas en su demanda o contestación, respectivamente, denotando que cada una puede recibir-dar una prestación diferente, mayor o menor, pero siempre haciéndoles saber que finalmente será su voluntad la solución del litigio.

Las partes no podrán invocar, en ninguna etapa procesal, antecedente alguno relacionado con la proposición, discusión, aceptación, ni rechazo de las propuestas de conciliación y/o mediación.

En estos procedimientos mercantiles se participa de las ventajas de los mecanismos alternos de solución de controversias: la reducción de costos por la simplificación en su tramitación, y las partes controlan el resultado y tienen la oportunidad de expresar su opinión sin tomar en cuenta su relevancia legal.

El proceso se estructura de una manera más adecuada a los objetivos de las partes. La confidencialidad y obligación de secreto permite una comunicación más auténtica y la conciliación crea las bases para una resolución posterior. Esto significa, con base en el artículo 1390 Bis 35, segundo párrafo, del Código de Comercio, que en caso de no lograr un convenio, aun cuando las partes lo hubieren intentado, sus manifestaciones en dicha audiencia respecto a sus propuestas no constituyen una confesión expresa o espontánea, ni generan presunciones; por lo que, no podrán considerarse en el juicio a favor o en perjuicio de las partes en ninguna etapa procesal.²⁰

 $^{^{19}}$ Código Procesal Modelo para Iberoamérica, pp. 45-46, http://www.cejamericas.org/portal/index.php/en/virtual-library/virtual-library/doc_details/2152-elcodigo-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica

²⁰ Tesis I.11o.C.52 C (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 6, Mayo de 2014, p. 2068.

Como señalamos, el Código de Comercio establece el deber procesal de las partes en los juicios orales de asistir a la audiencia preliminar de conciliación y mediación, en la que el juez procurará que lleguen a un acuerdo. En el caso de que exista una inasistencia injustificada a la audiencia conciliatoria del juicio oral, el artículo 1390 Bis 33 prevé una multa de 2,233.26 pesos a 7,232.50 pesos, monto que se actualizará por la Secretaría de Economía cada año, por inflación, y se publicará en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de diciembre de cada año, el cual se basará en la variación observada en el valor del Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía entre la última actualización de dicho monto y el mes de noviembre del año en cuestión (artículo 1253, fracc. VI, CCOM).

Lo anterior, no debe interpretarse en el sentido que el precepto obliga a la conciliación; pues, no hay identidad entre el derecho a conciliar y el deber de asistir a la audiencia preliminar. En otras palabras, la presencia de las partes no conlleva necesariamente a la conciliación; porque, si no se tiene disposición para conciliar o no son satisfactorias las propuestas de la contraparte, se estará en el derecho de negarse a cualquier acuerdo o avenencia.

La asistencia de las partes a la audiencia preliminar para efectos de la conciliación no corresponde a un interés exclusivo o propio de ellas en el conflicto, sino a la actividad conciliadora encomendada al juez; de ahí que se justifique la imposición a las partes como un deber u obligación procesal, cuyo incumplimiento ocasiona una sanción.

Resulta fundamental para el desarrollo exitoso de la audiencia preliminar, en la etapa conciliatoria que previamente el juez tenga un conocimiento completo de las actuaciones respectivas, debe informar a las partes de los alcances y fines de la etapa de conciliación, debe procurar evitar ciertos diálogos o manifestaciones perjudiciales de los participantes en esa audiencia; su tarea consiste en colaborar activamente en la búsqueda de las propuestas de conciliación a fin de agotar la etapa conciliatoria.²¹

Ante la postura de las partes en la etapa de conciliación y mediación, cuando estime que existen elementos para una transacción, y estas hayan formulado ese proyecto y se lo presenten para su aprobación, el juzgador deberá analizar que:

a) El acuerdo resuelva el conflicto de inmediato, total o parcialmente;

²¹ Peña González, Oscar, Mediación y conciliación extrajudicial. Medios alternos de solución de conflictos. Teoría y práctica, México, Flores Editor, 2017, pp. 60-61.

- b) Atienda todos los temas que se hayan suscitado;
- c) Se comprenda a todos los involucrados, tanto presentes como ausentes;
 - d) Se eviten conflictos similares en el futuro;
- *e*) Sea materialmente posible de ejecutar y satisfaga a todos los participantes;
- *f*) Sea claro y preciso, de manera que no haya dudas respecto a lo que se compromete cada participante.

Como hemos observado se han incorporado los medios alternos de solución de conflictos (conciliación y mediación), en los procedimientos orales mercantiles regulados en el Código de Comercio (artículo 1390 Bis 32, fracc. II y Bis 35), pero en su implementación no se prevé cómo debe llevarse a cabo el desarrollo y conducción de la mediación y la conciliación, por parte del juzgador, en forma clara y ordenada, que evite la extensión innecesaria de dichos medios alternos para su eficaz funcionamiento.

En consecuencia, los Poderes Judiciales deben continuar sumando esfuerzos en la capacitación y actualización permanente de los juzgadores, en la teoría y las técnicas de conciliación y mediación, para la salvaguarda de los términos y condiciones de los convenios de los mediados o conciliados, y evitar que se vulneren o trasgredan los principios generales del derecho, mediante la redacción de los convenios en términos claros y precisos, de manera que no quede duda en su interpretación y no afecten el interés público ni intereses de terceros; que se cercioren que los mediados o conciliados comprendan las propuestas de solución precisándoles los derechos y obligaciones que de ellas se deriven.

6. Conclusiones

En la aplicación de los medios alternativos de justicia debe prevalecer una visión transformadora, que asegure la aplicación de estos mecanismos en los procedimientos, para que, a través de la difusión de la cultura jurídica, los justiciables comprendan que resolver sus conflictos mediante el diálogo es la mejor alternativa para favorecer una cultura de paz en todos los ámbitos, inclusive en las controversias comerciales tan trascendentales para el desarrollo económico de los países.

El artículo 17, párrafo 40. de la CPEUM, reconoce los mecanismos alternativos con la finalidad de solucionar los conflictos en el ámbito jurisdiccional y así facilitar el acceso a la justicia. La conciliación y la

mediación de las partes por conducto del juez se privilegian en los procedimientos orales mercantiles para dotarlos de mayor celeridad y prontitud.

La incorporación de la conciliación y la mediación en los procedimientos orales mercantiles se debe a la insatisfacción en el desempeño de los sistemas de impartición de justicia y a la lentitud de los procesos por la saturación en los tribunales, así como el altísimo costo de los litigios.

Se debe continuar con la capacitación y actualización permanente de los juzgadores en el procedimiento de conciliación y mediación, para que el juez como director del proceso evite o reduzca el conflicto y procures que las partes lleguen a un acuerdo total o parcial con lo que se privilegia el principio de dirección del juzgador en los procedimientos orales mercantil.

7. Bibliohemerografía

- Arboleda López, Adriana Patricia, "Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia", Civilizar Ciencias Sociales y Humanas, vol. 17, núm. 33, 2017.
- Bravo Peralta, Martín Virgilio, Manual de negociación, mediación y conciliación, México, Porrúa-Universidad de Anáhuac, Colección Jurídica IBI IUS 10, 2016.
- Castilla Juárez, Karlos Artemio, Acceso efectivo a la justicia. Elementos y caracterización, México, Porrúa, 2012.
- Código de Comercio, publicado en el DOF el 27/01/2011.
- Código Procesal Modelo para Iberoamérica, http://www.cejamericas.org/portal/index.php/en/virtual-library/virtual-library/doc_details/2152-elcodigo-procesal-civil-modelo-para-iberoamerica
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Exposición de motivos de la reforma constitucional del 18 de junio de 2008.
- Corsón Pereira, Francisco y Gutiérrez Hernanz, Eva, Mediación y Teoría, México, Editorial Dykinson, 2014.
- Díaz, Luis Miguel, "Artículo 17 de la constitución como opción al orden jurídico", en Uribarri Carpintero, Gonzalo, Acceso a la justicia alternativa. La reforma al artículo 17 constitucional. Una visión de conjunto a los mecanismos alternativos de solución de controversias, México, Porrúa, 2010.
- Fierro Ferráez, Ana Elena, *Manejo de conflictos y mediación*, México, Oxford, 2010.
- Fuquen Alvarado, María, "Los conflictos y las formas alternativas de resolución, Mediación como método de solución de conflictos", *Tabula Rasa*, núm. 1, enero-diciembre 2003.

- García Ortega, Alfonso, Pérez Santana, María Eugenia, Pérez Santana, Marco Antonio, *Mediación como método de solución de conflictos*, México, Tirant lo Blanch, 2019.
- Gorjón Gómez, Francisco J. y Steele Garza, José G., Métodos alternativos de solución de conflictos, 2a. ed., México, Oxford, 2012.
- Howard Ross, Marc, La Cultura del Conflicto, Barcelona, Paidos Iberica, 1995. Peña González, Oscar, Mediación y conciliación extrajudicial. Medios alternos de solución de conflictos. Teoría y práctica, México, Flores Editor, 2017.
- Peña Yañez, Ma. Ángeles, El proceso de mediación, capacidad y habilidades del mediador, México, Editorial Dykinson, 2013.
- Silva García, Germán, "La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario", *Prolegómenos, Derechos y Valores*, vol. XI, núm. 22, julio-diciembre, Universidad Militar Nueva Granada, Bogotá, 2008.
- Tesis I.11o.C.52 C (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 6, Mayo de 2014, p. 2068.
- Tesis: III.2o.C.6 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XXV, octubre de 2013, Tomo 3, p. 1723. Tesis Aislada (Constitucional, Común).
- Weeks, Dudley, *Ocho pasos para resolver conflictos*, Traducción de Liliana Metrikis, Editor Javier Vergara, 1997.

La mediación en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

MARÍA ELENA MANSILLA Y MEJÍA*

El dialogo y el respeto son la base de la paz.

Anónimo

Sumario: 1. Consideraciones previas. 2. Aspectos generales de la mediación.

- 3. Mediación familiar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- 4. Convención de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980. 5. Conclusiones. 6. Bibliohemerografía.

1. Consideraciones previas

En el momento histórico actual, se pretende encontrar las suficientes razones para ratificar los convenios de 1996 relativos a la Competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños y la Convención de La Haya de 2007 Sobre el Cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia.

Junto a estas Convenciones, está el Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores ya vigente. ¿Qué tienen de común estos tres documentos?

El común denominador de estas tres Convenciones es el interés superior del menor que debe ser salvaguardado mediante el cumplimiento de las obligaciones de toda persona, que tiene bajo su cuidado a un menor.

¿Cómo obligar al cumplimiento de las obligaciones contenidas en las convenciones mencionadas?

^{*} Académica de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Catedrática de la Facultad de Derecho Definitiva por oposición. Directora del Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Investigadora nivel II del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

Dado de que se trata de un conflicto, la primera solución a la que suele recurrirse es al litigio, al ejercicio de la acción como vía de solicitar la intervención del juez y obtener el cumplimiento de la obligación.

Debido al inicial problema, de la resistencia del obligado a cumplir y lo tardado de un juicio, surgió la figura jurídica de mediación, como la vía para dar solución pronta a un conflicto vital que afecta a la niñez, es así que la Conferencia de La Haya se avocó a su estudio.

En este orden de ideas, será necesario determinar.

- ¿Qué es la mediación?
- ¿Qué antecedentes tiene?
- ¿Cuál es su naturaleza jurídica?
- Principios que la rigen
- Las clases de mediación
- Las áreas en las que es aplicable
- Las partes de la mediación
- El estudio sobre mediación, realizado por la Conferencia de La Haya, y;
- El proceso de Malta

En tal sentido, esta participación tendrá dos partes:

- La mediación bajo un aspecto general, como vía alternativa de solución de controversias, en la que se toman las bases fundamentales que aporta la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, enriquecidas con otros aspectos generales propuestos por estudiosos del tema y;
- La mediación concretamente aplicada en el Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y el Proceso de Malta.

2. Aspectos generales de la mediación

2.1. Antecedentes

Un estudioso de la mediación,¹ sostiene que hace más de 4000 años ya se aplicaba la mediación como la primera vía para resolver un conflicto; por lo tanto, no era un medio alternativo. La mediación fue utilizada por los escandinavos, españoles israelíes y algunas tribus africanas.

¹ Cfr. Sánchez García Arnolfo, Mediación y arbitraje S.N.E., Tirant lo Blanche. México, 2015, pp. 46 y s.

Concretamente, el autor en el estudio de la mediación se refiere al Tribunal de Aguas de Valencia de 1238 y al Consejo de Hombres Buenos de Murcia de las Ordenanzas de Alfonso el Sabio en 1262. La Iglesia católica no fue ajena a esta vía, cuyos sacerdotes solían mediar en los conflictos familiares.

La mediación resurgió con el fin de simplificar los problemas originados por la multiplicación de juicios, el mayor tiempo para resolverlos, el aumento de los gastos y la incertidumbre del resultado; tales inconvenientes condujeron a retomar la antigua forma heterocompositiva de resolver los conflictos.

2.2. ¿Qué es la mediación?

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, con el fin de obtener pacíficamente la devolución pronta de un menor sustraído de su residencia habitual, acudió a la figura de la mediación; tal vía le permitiría hacer efectiva la Convención de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Al efecto, formula la definición siguiente.

"La mediación es un proceso voluntario y estructurado, mediante el cual un mediador facilita la comunicación entre las partes de un conflicto, permitiendo que ellas se hagan cargo de encontrar una solución para ese conflicto".²

La Haya, además, aplica la mediación a los convenios de 1996 y 2007, y de la misma definición desprende la posibilidad de aplicar esta vía en materia civil y mercantil; por lo que, si bien, La Haya hasta el momento solo se ha ocupado del área familiar y concretamente en relación con los menores, esto no es óbice para la aplicación de este medio de solución de conflictos a otras áreas del Derecho.

2.3. Naturaleza jurídica de la mediación

La mediación es un proceso informal, privado, en el que si bien una tercera parte neutral ayuda a las partes en conflicto a resolverlo, carece por completo de la capacidad jurídica para imponer una solución.³

² Mediación: Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, Conferencia de La Haya 2012, p. 7.

³ Cfr. Bravo Peralta Martín Virgilio, Manual de negociaciones, mediación y conciliación, 1a. reimpresión, Editorial Porrúa-Universidad Anáhuac, Colección Jurídica IBI-IUS, México, 2016, p. 89.

La mediación tiene la naturaleza jurídica de ser un medio alternativo de solución de controversias por estar basado en la confianza que se tiene en un tercero, quien mediante el dialogo crea un ambiente de tranquilidad y da confianza para llevar adelante el intercambio de ideas y búsqueda de solución entre las partes del conflicto. Es un medio de impartir justicia extrajudicialmente, una alternativa de obtener justicia sin la interacción del juez.

En sus inicios, no hubo expertos pero si personas de buena fe y gran prestigio a quienes los implicados en un conflicto acudían en reconocimiento a su tranquilidad para escuchar y la madurez para dirigir las pláticas que las partes debían sostener, a fin de, por sí solas, llegar a un acuerdo satisfactorio.

La mediación es el ejemplo perfecto de la aplicación del principio de autonomía de voluntad, ya que los oponentes en ejercicio de tal principio acuden a esta vía. Es necesario aclarar, que aun basándose en la libertad de las partes, tal libertad no es absoluta, ya que siempre estará limitada por el derecho.

Actualmente, la mediación no debe ser realizada por cualquier persona, ya que al tratarse de derechos y obligaciones en conflicto, quien oriente a los mediados debe ser abogado, con la debida preparación para mediar.

2.4. Principios de la mediación

Como todo trabajo que realiza La Haya, cuya tendencia es tutelar un bien, presentó una serie de principios tendientes a desarrollar la mediación en un ambiente de entendimiento en el que privará la buena fe, con el fin de que cualquiera que fuese el proceso, ya de recuperación de un niño o de obtención de alimentos, con fundamento en cualquiera de las tres convenciones, la de 1980, 1996, o 2007, se desarrollará en un ambiente de armonía.

En este orden de ideas, los principios postulados por La Haya son los 13 siguientes:⁴

a) Naturaleza voluntaria de la mediación: un principio jurídico fundamental es que la voluntad de las partes para realizar la mediación esté totalmente libre de vicios, de influencias o de presiones. En el supuesto de que alguna de las partes aceptara la mediación sin tener pleno convencimiento, el resultado podría ser totalmente negativo.

⁴ Mediación: Guía de Buenas Prácticas, op. cit., pp. 61 y 65.

b) Consentimiento informado: esto significa que las partes deben conocer con exactitud el procedimiento de mediación, y el fin que se pretende; por lo tanto, previo a iniciar el proceso, se les debe instruir sobre el significado, objeto y fines que se persiguen, ya que de llevarse a efecto traerá consecuencias que deben ser conocidas por las partes, tales como que la mediación implica prácticamente la celebración de un contrato, por lo que deben conocer los efectos del incumplimiento y los gastos que será necesario erogar.

Es necesario, dar a conocer a las partes la existencia de las dos vías: la mediación sin carácter coactivo y la judicial, de ambos procedimientos deben destacarse tanto los beneficios como los posibles inconvenientes.

- c) Evaluación de la aptitud para la mediación: este principio está dirigido al mediador. Debido a que las relaciones familiares internacionales son especialmente complejas por tener aspectos emotivos, el mediador debe ser una persona debidamente preparada para dirigir situaciones delicadas. En el caso de la sustracción de menores, el problema se agudiza, por un lado está la situación que implica el trasladar doblemente a un niño y por otro la aceptación de quien debe retornarlo.
- *d)* Neutralidad: la neutralidad es una característica indispensable en el mediador, lo que significa que en su actividad debe ser totalmente objetivo, carente de todo sentimiento y siempre con miras a proteger al menor.
- *e)* Independencia: el medidor, debe estar desligado de cualquier situación que implique coartar su libertad en la dirección del conflicto, a fin de que las partes se sientan tranquilas, seguras y satisfechas de la decisión que tomen.
- f) Imparcialidad: la actitud imparcial del mediador implica sopesar debidamente el conflicto y tener siempre presente el deseo de las partes, en cuanto al lugar y la lengua en la que deba llevarse el proceso de mediación.
- *g)* Justicia: este principio exige que el mediador atienda las especificidades de cada una de las partes y les destaque la forma en que pueden conciliar sus intereses. El éxito de la mediación se centra en que el mediador haya aplicado correctamente los principios de neutralidad, independencia e imparcialidad, cuyo resultado se verá realizado al obtener un acuerdo equitativo.
- h) Confidencialidad: la Conferencia de La Haya considera, que el principio de confidencialidad debe ser tutelado por el Estado; sin embargo, se aclara que, la confidencialidad en el proceso de mediación

atañe a todas las partes, y en forma alguna se debe ponerlas en situaciones en las que se vean obligadas a dar detalles sobre aspectos muy personales.

La confidencialidad para el mediador, tiene la naturaleza jurídica de secreto profesional, por lo que nunca deberá citársele al tribunal en calidad de testigo.

- i) Interés y bienestar del niño: toda vez que, en cualquiera de las circunstancias, el niño será siempre el directamente dañado o beneficiado, el mediador deberá destacar las necesidades y bienestar del menor y la responsabilidad que tienen las partes de darles satisfacción, y olvidar las rencillas personales.
- *j)* Toma de decisiones fundadas: la decisión que tomen las partes, como resultado de la mediación, debe estar basada en el pleno conocimiento de las obligaciones y derechos que asumen.
- *k*) Acceso al asesoramiento jurídico: el mediador o un abogado pueden ayudar a las partes en la formulación del acuerdo y en la vinculación obligatoria que adquiere al ser sometido a la aprobación jurisdiccional.
- l) Competencia intercultural: todo proceso internacional de mediación, conlleva la diferencia de culturas de las partes en conflicto, lo que exige una mediación que armonice los distintos aspectos culturales.
 - m) Estándares mínimos de formación de los mediadores.
- *n*) Estos principios van dirigidos unos a las partes en conflicto y otros al mediador.

2.5. Clases de mediación

La mediación, en la sustracción de menores o en cualquier otra área, puede ser directa o indirecta; la elección de cualquiera de ellas depende de cado caso concreto, en atención a la especial situación de las partes, aunque definitivamente siempre será preferible que sea directa, ya que la mediación en línea elimina por completo el principio de inmediatez, y aun cuando el mediador no es juez ni árbitro, debe tener la percepción directa de la actitud de las partes que le permita ajustar sus tácticas.

La comediación se realiza por dos mediadores, lo que implica un beneficio debido a que dos personas aportan su experiencia y conocimiento; esto agiliza el proceso y divide los esfuerzos y el trabajo de los mediadores. En cuanto a las partes, les crea un ambiente tranquilo que permite llegar con mayor facilidad a un acuerdo.

Estos beneficios se ven obstaculizados por el gasto que obviamente será doble, a lo que se suma la posible dificultad de que los mediadores tengan problemas al ejercer su función si antes no lo han practicado, o si sus métodos o técnicas son diferentes; situaciones que lejos de ayudar, pondrán en riesgo el éxito de la mediación.

2.6. Estándares mínimos de formación de los mediadores

El éxito de la mediación radica en el cumplimiento de los principios que lo animan; en tal sentido, los requisitos que deben satisfacer los mediadores son fundamentales para un resultado positivo. El mediador debe estar preparado en la materia en la que actúe; así, un mediador, además, de conocer las clases de mediación, debe ser especialista en la materia familiar. No reunir estos conocimientos y actuar como mediador es ir en contra de un principio ético de honestidad.

2.7. Las partes

Las partes en un procedimiento de mediación son tres:

- Las personas que están en conflicto y
- El mediador

Aquí surge la pregunta: ¿un juez puede ser mediador?

La respuesta es sí. Un juez sí puede ser mediador, pero su intervención no será como autoridad, sino como particular; por lo tanto, carecerá de la facultad coactiva.

Cuando un juez interviene en el procedimiento de mediación, adquiere la naturaleza de un tercero y desaparece como autoridad judicial.

Las partes: estas deben aceptar la mediación con el debido conocimiento de la forma en que ha de llevarse a efecto y lo que se pretende de ella; por lo que, deben estar conscientes de que son los actores de la mediación y de que el mediador solo será el vehículo para llegar a un final satisfactorio para todos.

El mediador: la Conferencia de La Haya,⁵ al referirse al mediador, expone que hay Estados que exigen requisitos legales para el desempeño de la mediación; sin embargo, en la guía de Buenas Practicas aclara

⁵ Mediación: Guía de Buenas Practicas, op. cit., p. 38.

que se refiere al mediador como el tercero imparcial que conduce el proceso de mediación, y en los Principios sostiene que todo mediador en materia de familia, además de la preparación y los requisitos generales, debe conocer esta rama jurídica, lo cual es perfectamente lógico.

Debido a que la mediación es un medio alternativo de diferencias en cualquier área, resulta absolutamente indispensable que el mediador conozca específicamente la materia en la que fungirá como mediador.

La Conferencia de La Haya se refiere concretamente a la mediación familiar; sin embargo, es necesario conocer cuáles son las características generales que debe tener todo mediador, independientemente del área especializada en la que ejerza.

En este orden de ideas, el mediador en contratos mercantiles deberá conocer esta materia, y el mediador en finanzas deberá haber adquirido tal conocimiento; esto hace del mediador un especialista, no sólo en mediación, sino también en el área en la que actué

2.8. Características del mediador⁶

La actuación del mediador tiene como objeto facilitar la comunicación entre las partes, a fin de que estas lleguen por si mismas a un acuerdo satisfactorio para todos. Lograrlo exige:

- Saber escuchar, preguntar, observar y analizar
- Manejar estados emocionales extremos
- Crear confianza
- Evaluar intereses y necesidades
- Poner a prueba la realidad
- Extraer y compartir información
- Romper patrones y estereotipos
- Planear estrategias
- Crear empatía entre las partes

2.9. Principios del mediador

Como toda profesión, el ejercicio de la mediación está sujeta a los principios fundamentales que debe cumplir quien ejerza esta función, en tal sentido:

El mediador debe ser abogado y estar especializado en el ejercicio de la mediación

⁶ Cfr. Bravo Peralta Martín Virgilio, Manual de negociación, mediación y conciliación, op. cit., pp. 100 y s.

- La mediación y el acuerdo resultante deben estar limitados por los
- Los principios generales del Derecho
- Las normas prohibitivas y
- El respeto a los derechos de terceros

2.10. Mecanismos de la mediación

La mediación es un procedimiento voluntario, de naturaleza particular, en el que las partes deben actuar de buena fe, por lo que debe tenerse presente que:

Es un procedimiento de comunicación ética que recae sobre la responsabilidad y la autonomía de las partes, en la cual un tercero imparcial independiente y neutro sin poder decisorio o consultivo, con la sola autoridad que le reconozcan los mediables, favorecidos por las entrevistas confidenciales, establece o restablece el vínculo social, la prevención o la solución de una situación en conflicto.⁷

El mediador debe dar las reglas y la forma en que se realizará el procedimiento a fin de que las partes tengan una idea completa del conflicto; de lo contrario, el problema no se resolverá.

Las técnicas de los mediadores consisten en:

- Propiciar con dialogo entre las partes
- Ayudar a que entiendan la naturaleza y objetivos de la mediación
- Ayudar a formular una agenda o bien establecerla el mediador
- Crear un ambiente propicio para mediar
- Ayudar a que las partes formulen sus propuestas de solución.

Estos cinco puntos fundamentales, que permiten llegar a un acuerdo satisfactorio entre las partes, son inaplicables en un juicio, en atención a que este tiene reglas inviolables, y particularmente para el juzgador, quien dará la razón solo a una de las partes.

2.11. El acuerdo: resultado de una correcta mediación

La Conferencia de La Haya⁸ sostiene que, sin duda alguna, el éxito de la mediación se obtiene cuando las partes en conflicto llegan al

⁷ Bravo Peralta Martín Virgilio, Manual de negociaciones, Mediación y conciliación, op. cit., pp. 92-94.

⁸ Cfr. Mediación: Guía de Buenas Prácticas, op. cit., p. 85.

punto en que concuerdan. Esto significa que, limadas todas las asperezas, la mediación surtió efecto al lograrse un acuerdo con el que se soluciona el conflicto. Tan exitoso fin debe asegurarse; para ello, este acuerdo debe adquirir la calidad de vinculante, ya que de lo contrario podría resultar inútil.

¿Cuál es la naturaleza jurídica de este resultado? ¿Es un acuerdo, o es un contrato? Se considera que, tanto el acuerdo como el contrato, se presentan en una mediación que tuvo éxito.

Es evidente que hay un acuerdo cuando las partes a través de la mediación llegan a coincidir y desaparece la controversia y hay un contrato, en el momento en que las partes lo plasman en un documento que, para seguridad jurídica de ambas, lo someten a la autoridad, la que después de revisarlo lo acepta y le da la naturaleza de cosa juzgada; situación que le permitirá a las partes exigir su cumplimiento con la intervención coactiva del Estado.

Pese a lo anterior, el léxico consuetudinario jurídico nunca se referirá a un contrato cuando las partes acudan al juez y soliciten su autoridad para darle fuerza vinculante al acto jurídico en el que plasmaron la voluntad, y ellas mismas solucionan el conflicto con el auxilio del mediador. El juez y cualquier otro juez, a este acto voluntario lo denominaran acuerdo, aunque evidentemente contenga todos los elementos de un contrato. Por lo tanto, se continuará con la tradición de denominar-lo acuerdo.

2.12. ¿Cómo debe ser el acuerdo?

Fundamentalmente, será por escrito, también puede ser digital; en tal caso, como el principio de seguridad jurídica lo exige, es requisito sine qua non que el acuerdo sea fácilmente consultable cuando se requiera, para hacerlo efectivo, modificarlo o darlo por concluido.

El contenido del acuerdo debe tener una doble naturaleza, sustantiva y adjetiva.

Se ha planteado que una vez concretado el acuerdo, se debe dar a las partes un periodo de reflexión sobre lo acordado, a fin de que recapaciten sobre las obligaciones adquiridas, antes de llevarlo ante la autoridad para que lo formalice.

El aspecto sustantivo consistirá en regular lo más pormenorizadamente posible todos los elementos conflictuales, lo que dependerá de la

⁹ Sánchez García Arnulfo, Mediación y Arbitraje, op. cit., p. 131.

materia en conflicto; por lo que, tratándose de menores, debe tenerse mucho cuidado en preservar su seguridad.

Dado que se trata de una mediación internacional, el acuerdo tendrá la misma naturaleza; lo que exige señalar el Derecho aplicable. Ya que, sin duda, dada la naturaleza del objeto del acuerdo, posiblemente pudieran aplicarse varios derechos. Por lo tanto, es necesario preveer y evitar el problema de derechos que podrían ser contradictorios.

En materia adjetiva, está la cooperación procesal internacional y el problema del incumplimiento del acuerdo; en consecuencia, surgirá la ejecución coactiva. En este punto, existe la posibilidad de la elección del foro, situación que requiere conocer el derecho del tribunal a elegir, a fin de evitar el problema de orden público, norma de policía o prohibitiva, fraude a la ley, institución desconocida o institución análoga, ya que en la última, la ejecución solo sería parcial y en los demás se negaría la ejecución del acuerdo.

En este orden de ideas, es necesario destacar la actividad y los conocimientos del mediador sobre el Derecho internacional privado, tanto sustantivo como adjetivo.

2.13. Áreas de aplicación de la mediación

La Conferencia de La Haya sostiene que la mediación, como medio alternativo de solución de controversias, no se limita al Derecho de familia; es aplicable también en otras áreas jurídicas, tales como el Derecho civil, mercantil, laboral, y en el Derecho de los consumidores. Sin embargo, Bravo Peralta¹⁰ sostiene que la mediación es aplicable en las áreas jurídicas siguientes:

- Civil: arrendamiento, bienes raíces condominales
- Familiar: divorcios, pensión alimenticia, custodia de menores
- Mercantiles: franquicias, sociedades, comercio
- Laboral: conflictos individuales y colectivos
- Penal: ofensas menores, delitos de querrella
- Propiedad industrial: patentes, marcas, derechos de autor
- Social: comunidades indígenas, grupos sociales vulnerables
- Político: partidos, asociaciones
- Servicios públicos: policía, recolección de basura
- Sindicales: trabajadores y empresarios

¹⁰ Cfr. Bravo Peralta Martín Virgilio, Manual de negociación, mediación y conciliación, op. cit., p. 106.

Sobre cada una de estas materias hay subdivisiones que no se abordaran por exceder el objeto de este trabajo, que se limitará a mediación en materia de sustracción internacional de menores, como lo ha estudiado la Conferencia de La Haya.

En materia familiar, como parte muy especial del Derecho civil, en la que procede la mediación, la Conferencia de La Haya se ha abocado a la sustracción de menores y violencia intrafamiliar.

2.14. Principios generales internos e internacionales del procedimiento de mediación

Pacheco Pulido,¹¹ estudioso de la medición, determina como principios fundamentales que deben respetarse en todo procedimiento y acuerdo de mediación los siguientes.

- Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso costumbre o practica en contrario.
- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de las leyes, ni alterar o modificar estas.
- No tiene eficacia alguna la renuncia de leyes generales, especiales de las prohibitivas o de interés público.
- Los efectos de las leyes de interés público no podrán alterarse por convenio celebrado entre particulares.
- Solo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten el interés publico.
- Salvo disposición legal en contrario los actos ejecutados en contra del tenor de las leyes prohibitivas serán nulas de pleno Derecho.
- Nadie puede sustraerse a la observancia en las leyes, alegando que las ignora, pero el juez podrá, oyendo al Ministerio Público, eximir a las personas físicas de las sanciones en que hubiese incurrido por esa causa, cuando no se trate de leyes de interés público, y quien los ignore sea de notorio atraso intelectual, de manifiesta pobreza o resida alejado de los medios de comunicación.

Estos principios se invocan en el Derecho interno, a nivel internacional se limitan a las situaciones siguientes:

 No será posible mediar en conflictos que vayan contra el orden público

¹¹ Cfr. Pacheco Pulido Guillermo, Mediación Cultura de la Paz, Medios alternativos de administración de justicia, 3a. ed., México, 2015, p. 36.

- Que constituyan un fraude a la ley
- En contra de normas prohibitivas.

3. Mediación familiar en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

México no ha sido ajeno a la protección de los menores; en tal sentido, reconoce sus derechos, y la aplicación de medios alternativos de solución de conflictos en los artículos 40. párrafo decimo y 17 párrafo quinto de la Constitución.

Artículo 40. párrafo decimo:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de forma plena sus derechos

Y el artículo 17 párrafo quinto: "Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias".

4. Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980

La Convención tiene como objetivos fundamentales proteger al menor internacionalmente de una sustracción o retención ilícitos por parte de quien tiene su guarda o custodia. En aras de esta protección y en aplicación del principio del interés superior del menor, la Convención se compone de 45 artículos divididos en los capítulos siguientes:

Capítulo I. Ámbito de aplicación del convenio, artículos 1 a 5

Capitulo II. Autoridades Centrales, artículos 6 y 7

Capitulo III. Restitución del menor, artículos 8 a 20

Capítulo IV. Derecho de visita, artículo 21

Capítulo V. Disposiciones generales, artículos 22 a 36

Capítulo VI. Clausulas finales, artículos 37 a 45

La Conferencia de La Haya, con el espíritu perfeccionista que muestra en todos sus trabajos, decidió implementar diversos medios, con el fin de que la convención se interprete y aplique correcta y homogéneamente; al efecto, concluido el documento continuó con su estudio y la celebración de una serie de reuniones, en total doce, que fueron de 1989 a 2012, de donde surgió la Guía de Buenas Prácticas

4.1. Guía de Buenas Prácticas, en virtud del Convenio de La Haya, de 25 de Octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores

Esta fue la quinta guía elaborada con el fin de utilizar la mediación para recuperar a un menor que es retenido o sustraído de su residencia habitual; conducta que si bien daña a quien tiene la guarda y custodia, daña más al pequeño.

4.2. Mediación internacional, naturaleza jurídica de la mediación del Convenio de 1980¹²

Dada la naturaleza del Convenio sobre sustracción de menores, la mediación tiene también naturaleza internacional; lo que conlleva múltiples problemas, por requerir la profesionalización de los mediadores en diversos aspectos, tales como:

- El diferente sistema jurídico de los Estados involucrados
- La distinta lengua y costumbres
- El Derecho aplicable y el tribunal competente
- La actitud de temor, del progenitor perjudicado con la sustracción de perder a su hijo
- El miedo del sustractor de ser sancionado permanentemente por violación a un derecho y la angustia de perder por tal razón los derechos que ya tenía de custodia o visita
- El desconcierto tristeza y miedo del menor, que posiblemente no entiende lo que ocurre

Con el objeto de resolver estos problemas, la Conferencia de La Haya se abocó a su estudio a través del Proceso de Malta.

4.3. Proceso de Malta

El proceso¹³ se originó con motivo del Convenio de 1980 sobre sustracción internacional de menores; se llevó a efecto mediante un dialogo entre jueces y funcionarios de Estados parte y no parte en los que debía tomarse en cuenta la diferencia de costumbres y sistemas legislativos, con el fin de estudiar el problema de custodia o contacto con los niños.

¹² *Cfr. Mediación: Guía de buenas prácticas*, pp. 28, 38, 58, 76 y 79.

¹³ Proceso de Malta, Mediación: Guía de buenas prácticas, op. cit., pp. 17 y s.

El proceso de Malta se inició en 2009 con la formación de un grupo muy reducido de expertos en mediación y de los representantes de los siguientes doce Estados: Alemania, Australia, Canadá, Egipto, Estados Unidos, Francia, India, Jordania, Malaria, Marruecos, Pakistán y Reino Unido.

El grupo trabajó vía telefónica, el 30 de julio y 29 de octubre de 2009; además, utilizo su tradicional método de cuestionarios. Uno fue sobre estructuras de mediación, y otro sobre ejecutoriedad de los acuerdos obtenidos; celebró sesiones directas el 11 y 13 de mayo y en la segunda reunión se inició el estudio de un proyecto de principios en 2010.

Los beneficios de los principios dieron lugar, en 2011, a su implementación por algunos Estados y a la designación de la Autoridad Central, con el fin de establecer la mediación internacional en materia de familia.

A. Modelos y métodos de mediación

Los modelos y métodos¹⁴ a seguir en la mediación dependen del sistema jurídico de cada país, la naturaleza del conflicto y de las partes involucradas.

En términos generales están la:

- Mediación directa o indirecta
- Comediación o mediación simple

Como principio rector, la mediación debe ser directa; sin embargo, ante el costo del traslado y el riesgo de aumentar la tensión de las partes al encontrarse personalmente, será preferible la mediación indirecta, pese a la pérdida del valioso y útil principio de inmediatez.

B. Procedimiento de mediación en el proceso de Malta

Esta vía alternativa puede promoverse:

- Como única vía o
- Iniciarse paralelamente al procedimiento judicial de restitución

En este último supuesto, debe evitarse que la mediación se convierta en un elemento en contra de la restitución pronta del menor, debido a que si pasa más de un año para su retorno, se presenta el problema de dañar al menor al sustraerlo del lugar al que posiblemente ya se adaptó.

¹⁴ Cfr. Mediación: Guía de Buenas Prácticas, op. cit., p. 61.

La Haya sugiere que una vez localizado el menor es conveniente iniciar la mediación, a fin de obtener la entrega voluntaria y evitar el juicio, cuya sentencia podría no ser favorable

En tal sentido, el procedimiento presenta dos aspectos:

- En relación con el tribunal
- En relación con las partes

En relación con el tribunal, si ya se inició el proceso de restitución, el juez deberá ser notificado a fin de que suspenda el procedimiento; de forma preventiva se debe asegurar al menor para evitar otra sustracción.

Debido a que la mediación se lleva a efecto en varias sesiones, se deben señalar plazos cortos para su realización. Cuando es el juez quien remite a la mediación, él debe continuar con el control de los plazos establecidos.

En relación con las partes, se deben disponer sesiones, y el menor a quien se sustrajo puede intervenir y dar sus razones, para regresar si fue sustraído o para permanecer con quien lo sustrajo.

En el procedimiento de mediación pueden estar presentes los abogados de las partes o ser ellos mismos los mediadores; sin embargo, deben estar conscientes de que el objetivo de su participación es totalmente distinto al del juez, el mediador busca un acuerdo amistoso, y el juez juzga la situación y emite una sentencia.

La mediación también puede promoverla la Autoridad Central.

Lugar: La determinación del lugar para celebrar la mediación es importante; por lo que, debe llevarse a efecto en un espacio neutral, el mediador debe ser objetivo y la lengua puede ser el inglés o el francés como idiomas oficiales de La Haya, o bien la lengua que acuerden las partes.

Contrato de mediación: la Conferencia de La Haya ha calificado como contrato de mediación el acto por el cual las partes acceden y aceptan los términos de la mediación; obviamente, la celebración del tal acto jurídico, implica que las partes estén debidamente enteradas del procedimiento, de la función del mediador y de los gastos que deberán erogar.

El procedimiento debe realizarse con la presencia de las partes, ante su imposibilidad, puede llevarse a efecto en línea; lo que, indudablemente tiene aspectos pocos favorables, como la perdida de confidencialidad y del principio de inmediatez.

Comediación: la comediación consiste en que el procedimiento se lleve a cabo por dos mediadores, esta vía es aconsejable cuando la situación entre los progenitores es muy conflictiva; ante tal panorama, dos mediadores pueden hacer más sencilla y rápida la solución.

Los inconvenientes de la comediación radican en la dificultad para tener dos mediadores que puedan trabajar juntos y la elevación de los gastos.

En la sustracción internacional de menores, se puede aplicar la mediación bicultural bilingüe, procedimiento que es útil cuando las partes tienen nacionalidad, lengua y costumbres diferentes y, por lo mismo, tal vez su sistema jurídico sin duda será también distinto.

En el supuesto anterior, la intervención de dos mediadores, de acuerdo con las diferencias de las partes, hará necesario que conozca cada mediador la situación cultural de los mediados; a esta forma de mediación se le ha denominado, bicultural, bilingüe, bigénero o biprofesional.¹⁵

Las ventajas de la comediación radican en la confianza que las partes adquieren al verse asistidas por personas con las que se identifican culturalmente.

La mediación bicultural ya fue implementada por Estados Unidos, Alemania, Francia y Holanda.

Intervención del menor: la intervención del menor, en el procedimiento de restitución se acepta sin que ninguna norma concretamente establezca que el niño tendrá derecho a dar su opinión; sin embargo, en forma negativa se acepta su intervención al determinarse textualmente:

La autoridad judicial o administrativa podrá así mismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a la restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez que resulte apropiado tomar en cuenta sus opiniones. ¹⁶

De acuerdo con lo anterior y el artículo 4o. de la Convención que limita la protección del menor a los 16 años, se concluye que el niño podrá intervenir en el procedimiento judicial o de mediación hasta antes de tal edad, sin que se especifique cuál sería el límite mínimo de años para su intervención. Es de suponer que para ello sería necesario conocer el grado de madurez del niño.

Se considera que lógicamente la edad del niño para intervenir en el proceso de restitución puede causarle un daño; sin embargo, es

¹⁵ Cfr. Mediación: Guía de Buenas Prácticas, op. cit., p. 75.

¹⁶ Artículo 13 párrafo cuarto de la Convención de 1980.

recomendable que manifieste su voluntad cuando se le considere apto para intervenir en una decisión que le afecta directamente.

En México se determina que un menor puede intervenir a partir de los 14 años.

Intervención de terceros: hay dos formas de intervención de terceros ante la sustracción de un menor. La primera se encuentra en el artículo 29 del Convenio, que dispone:

El presente Convenio no excluirá que cualquier persona institución u organismo que pretenda que ha habido una violación del derecho de custodia o del derecho de visita en el sentido previsto en los artículos 3, o 21 reclame directamente ante las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, conforme o no a las disposiciones de este Convenio.

Es evidente que esto implica la intervención de un extraño que tuvo conocimiento de una conducta ilícita que podría devenir en delictiva. La intervención de un tercero tiene, sin duda, como fin proteger al menor.

La segunda forma de intervención de un tercero, se presenta en la mediación cuando resultaría útil porque cooperaría a lograr un acuerdo por la calidad moral que le reconozcan las partes, quienes deberán aceptar previamente su inclusión, sin que ello signifique que adquiere la calidad de parte; su participación se restringirá a colaborar para el éxito de la mediación.

4.4. Acuerdo de mediación y sentencia de restitución¹⁷

La Conferencia de La Haya en la Guía de las Buenas Practicas, le atribuye al acuerdo de mediación la naturaleza jurídica de un contrato; lo cual, es totalmente lógico, en atención a que son las partes las que determinan libre y voluntariamente los términos de la restitución. Este acuerdo o acto contractual para ser vinculatorio debe ser homologado por la autoridad judicial.

Contrariamente al acuerdo, que es totalmente realizado por las partes, la sentencia que dicte el juez, ante el supuesto de haber recurrido al tribunal, será el resultado del juicio que la autoridad se formará de toda la situación y las partes solo habrán aportado los elementos para emitir la sentencia.

¹⁷ Mediación: Guía de Buenas Prácticas, op. cit., pp. 85 y s.

La diferencia sustancial entre ambas resoluciones, es que las partes en su acuerdo, además de pactar la restitución, podrán modificar los términos de la visita y la custodia; situación que el juez de restitución no puede abordar, ya que su competencia se limita a resolver únicamente sobre la restitución, por lo que está totalmente incapacitado para resolver sobre custodia y visita.

5. Conclusiones

La mediación, históricamente fue el primer medio de solución de conflictos. Actualmente, la mediación es un medio alternativo de solución de controversias que desplaza al juicio.

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado aplica la mediación en el Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y es posible aplicarla también en la Convención de 1996 y 2007.

El Proceso de Malta hace un estudio muy completo sobre la mediación.

6. Bibliohemerografía

- Bravo Peralta Martín Virgilio, *Negociación, Mediación y Conciliación*, 1a. reimpresión, S.N.E., Editorial Porrúa, Universidad Anáhuac, México, 2016.
- Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Mediación: Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores, La Haya Países Bajos 2012.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Porrúa, México, 2019.
- Convenio de La Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción de Menores de 1980. Recopilación de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado 1951-1993.
- Pacheco Pulido Guillermo, Mediación cultura de la Paz, Medio alternativo de administración de justicia, 3a. ed., México, 2015.
- Sánchez García Arnulfo, *Mediación y Arbitraje*, S.N.E., Tirant lo Blanch, México, 2015.
- Tirado Hernández Héctor. Los límites éticos de la mediación, La Creación de la mediación. Investigación del CONACYT Coordinadores Gorjan Francisco, *et al.*, Pesqueira Jorge, México, 2015.



Procedimiento derivado de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional

ARTURO GONZÁLEZ CORTÉS*

Sumario: 1. Introducción. 2. Ámbito de aplicación. 3. Interpretación. 4. Inicio del procedimiento de conciliación. 5. Designación de conciliadores. 6. Sustanciación de la conciliación. 7. Terminación del procedimiento de conciliación. 8. Conclusiones. 9. Bibliohemerografía.

1. Introducción

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en Asamblea General de 11 de diciembre de 1985, reconociendo el valor de la conciliación como método de solucionar controversias nacidas de las relaciones comerciales internacionales, determinó establecer una Ley Modelo sobre Conciliación aceptable para Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos, que contribuyera al desarrollo de relaciones económicas internacionales armoniosas; de ahí el surgimiento de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional; aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

2. Ámbito de aplicación

Se define como Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional, el instrumento ejemplificativo desarrollado por la *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)*, aplicable a todo procedimiento de conciliación, mediación o equivalente,

^{*} Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Maestro en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Profesor en la Universidad Autónoma de México. Miembro Supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C.

en el que las partes soliciten de un tercero, asistencia para llegar a un arreglo amistoso de una controversia derivada de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica que las vincule.

Se entenderá que la conciliación es internacional cuando las partes tengan en el momento de la celebración, su establecimiento en Estados diversos, bien, cuando el Estado en que las partes tengas su establecimiento no sea el lugar en que deba cumplirse una parte sustancial de las obligaciones derivadas de la relación contractual o que el Estado que esté mayormente vinculado al objeto de la controversia.

Para tal efecto, cuando una de las partes tenga más de un establecimiento, este será el que tenga mayor relación con el acuerdo de conciliación. Por otra parte, cuando alguna de las partes no tenga ningún establecimiento, se tendrá en cuenta como residencia habitual.

Es importante precisar que la Ley será aplicable a las conciliaciones comerciales cuando las partes convengan en que la conciliación tiene carácter internacional o que manifiesten que este ordenamiento es aplicable. La Ley no tendrá aplicación cuando un juez o árbitro, durante un procedimiento judicial o arbitral, intente llegar a una amigable composición entre las partes.

3. Interpretación

Es menester considerar la naturaleza internacional de la Ley aunado a la necesidad de promover la uniformidad de su aplicación, por lo que premiará la buena fe. Las cuestiones relativas a las materias que se rijan, que no estén expresamente resueltas en la ley, se dirimirán de conformidad con los principios generales de la controversia. Sin perjuicio de lo anterior, las partes podrán convenir en excluir o modificar cualquiera de las disposiciones que contiene la Ley.

4. Inicio del procedimiento de conciliación

El procedimiento conciliatorio comenzará el día en que las partes acuerden resolver una controversia mediante un proceso de tal naturaleza. La parte que haya invitado a otra a iniciar la conciliación y no reciba respuesta afirmativa en treinta días a partir de la fecha en que envió la invitación, podrá considerar que la otra parte ha rechazado esa oferta.

5. Designación de conciliadores

Salvo pacto contrario entre las partes, se designará un solo conciliador. Las partes tratarán de ponerse de acuerdo para la designación del o los conciliadores. Las partes también podrán solicitar la asistencia de una institución o persona para la designación del o los conciliadores, quien les recomendará personas idóneas para el desempeño de la función conciliatoria, o bien, a efecto de que la citada persona o institución designe directamente al conciliador.

Al momento de formular las recomendaciones o bien, nombrar al conciliador, la institución o persona que coadyuva con las partes sobre el particular, deberá considerar garantizar el nombramiento de un conciliador con carácter independiente e imparcial, valorando la conveniencia de que se trate de una persona de nacionalidad diversa a la de las partes. De tal forma que, el posible conciliador a quien se le haga saber su probable nombramiento, deberá comunicar a las partes todos los detalles que puedan generar suspicacia justificada sobre su imparcialidad.

6. Sustanciación de la conciliación

Las partes determinarán la forma en que se sustanciará la conciliación, remitiéndose a algún reglamento u otra vía. Si no hay acuerdo al respecto, el conciliador lo sustanciará del modo que estime adecuado, procurando un tratamiento equitativo para las partes; además de que podrá presentar propuestas en cualquier etapa del procedimiento para la solución de la controversia. La comunicación entre las partes y el conciliador será fundamental, pero regirá la confidencialidad de la información proporcionada.

Las partes en el procedimiento conciliatorio no harán valer, ni presentar pruebas o rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de otra índole relacionadas con:

- La invitación de alguna de las partes a entablar un procedimiento conciliatorio.
- Las opiniones expresadas por una de las partes en la conciliación relacionadas con un probable arreglo.
- Sobre las declaraciones rendidas o hechos reconocidos por alguna de las partes en un proceso de conciliación.

- Las propuestas presentadas por el conciliador o la disposición de alguna de las partes de aceptar un arreglo propuesto por el mediador.
- Cualquier documento preparado para fines del procedimiento conciliatorio.

7. Terminación del procedimiento de conciliación

De acuerdo con la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, el procedimiento de conciliación concluirá cuando concurran cualquiera de las siguientes circunstancias:

- Al concretar las partes un arreglo conciliatorio.
- Cuando el conciliador efectúe, previa consulta con las partes, una declaración de que ya no hay razones para seguir intentando llegar a la conciliación.
- Cuando las partes declaren al conciliador que dan por terminado el procedimiento conciliatorio.
- Cuando una de las partes haga saber a la otra, y al conciliador, una declaración de dar por terminado el procedimiento.

8. Conclusiones

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional (2002) tiene la finalidad de ofrecer una guía a los legisladores de los Estados miembros con la finalidad de que puedan incorporar la ley modelo a su Derecho interno. En virtud de que la legislación basada en una ley modelo puede permitir a las partes flexibilidad y apartarse del texto de la misma, pero sin abandonar el objetivo primordial de unificar criterios en relación a la conciliación en materia internacional.

9. Bibliohemerografía

Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional con la Guía para su incorporación al derecho interno y utilización (2002). Publicación de las Naciones Unidas Número de venta: S.05.V.4 ISBN No. 92-1-333360-9

Panorama del arbitraje de inversión

Caso de Argentina, Ecuador y México

FRANCISCO JESÚS GOYTORTÚA CHAMBON*

Sumario: 1. El arbitraje de inversión como garantía al desarrollo económico. 2. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. 3. El arbitraje de inversiones en América Latina. 4. México en el CIADI. 5. Hacia una Corte Multilateral de Inversiones. 6. Consideraciones generales. 7. Propuesta. 8. Bibliohemerografía.

1. El arbitraje de inversión como garantía al desarrollo económico

Es bien conocido el panorama de los países menos desarrollos económicamente en el mundo, en el que la pobreza, la falta de oportunidades, el desempleo, la falta de crecimiento y desarrollo económico y social, convierten a las sociedades en rehenes de su propia desfortuna, al establecerse una especie de círculo vicioso que impide el avance de las economías nacionales y los habitantes de un país.¹

La carencia de recursos económicos en un Estado, se ve reflejada por la falta de inversión y reinversión en los diferentes sectores productivos que tendrían que estar generando empleos, pagando impuestos, y con ello, elevando el presupuesto del Estado, infraestructura, salud, educación, y un largo etcétera de elementos indispensables para el desarrollo económico, social y hasta cultural de una nación.²

^{*} Académico supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; profesor titular por oposición de Derecho Internacional Público y Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor de Derecho Internacional Público y Privado en la Universidad Iberoamericana.

¹ Cfr. Oliva de la Cotera, Roberto, "Sistema de protección de inversiones extranjeras y el arbitraje del CIADI en la República del Salvador", en Rodríguez Jiménez, Sonia (coord.), Arbitraje en materia de inversiones, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 1-20.

² *Cfr.* Samuelson, Paul y Nordhaus William, *Economía*, 15a edición, trad. de Esther Rabasco, España, McGraw-Hill, 1996, pp. 716-721.

Por ello, una forma que facilita y fomenta el crecimiento económico en los países en los que no se cuenta con potencial o recursos financieros, es la inversión que proviene del extranjero; particularmente de países en los que la economía nacional tiene un grado de avance y desarrollo importante.

Sin embargo, para que tales inversiones tengan garantías en los países receptores, se hace indispensable contar con mecanismos jurídicos de corte internacional, a fin de evitar la arbitrariedad de unos y el abuso de otros, para que dichas inversiones cumplan con los propósitos para las que han sido destinadas. Mismos que, por una parte, son la obtención de réditos, ganancias y expansión en otros mercados por parte de las empresas privadas; pero, por la otra, la generación de empleos, crecimiento económico, la transferencia de tecnología y, en una frase, el desarrollo económico de una sociedad.

2. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), es un organismo internacional que forma parte del Banco Mundial, creado mediante el Convenio de Washington de 1965, del cual forman parte, a la fecha, 154 países del mundo, constituyéndose como uno de los organismos más aceptados a nivel internacional, y cuyo objetivo es el fomento de la inversión proveniente de países desarrollados a favor de los menos desarrollados.³

De acuerdo al artículo 2 de dicho Convenio de 1965, la sede del Centro es la oficina principal del Banco Mundial, misma que podrá trasladarse a otro sitio por acuerdo del Consejo Administrativo.

El Consejo Administrativo se compone por cada uno de los representantes de los Estados contratantes, siendo que el Presidente del Banco Mundial, lo será a la vez del Consejo Administrativo del Centro.

³ González Martín, Nuria, "Un acercamiento al CIADI: el caso de Ecuador", en Rodríguez Jiménez, Sonia y González Martín, Nuria (coords.), Arbitraje Comercial Internacional, México, Porrúa, 2007, pp. 169-170. Silva Silva, Jorge Alberto, Arbitraje comercial Internacional en México, 2a. ed., Serie estudios sobre arbitraje comercial, México, Oxford, 2001, pp. 107. Álvarez Ávila, Gabriela, "Las características del arbitraje del CIADI", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol. II, 2002, pp. 205-229. Página web del CIADI: https://icsid.worldbank.org/sp, última visita el 05/07/2019.

Ahora bien, si bien es cierto que el Centro se creó por iniciativa del Banco Mundial para fomentar la inversión y el desarrollo económico de los países menos desarrollados, también lo es que al día de hoy, las inversiones extranjeras se encuentran diversificadas y que los países menos desarrollados también invierten en otros menos desarrollados o incluso en países desarrollados.

Más aun, el grueso de la captación de inversión extranjera en el mundo, lo detentan los países desarrollados en Europa y Norteamérica (E.U.A.), siendo que los menos desarrollados, ubicados en América Latina, Asia y África, reciben la mitad o menos de los flujos de inversión que se registran en el mundo.⁴

Pese a ello, los conflictos más acentuados en torno al respeto del Estado de Derecho, la legalidad y el respeto a los acuerdos como principio de Derecho internacional, *pacta sunt servanda*, se registran principalmente en los países menos desarrollados; de forma tal que, la adopción de medidas internacionales para prever mecanismos de protección a las inversiones, se hace más indispensable respecto a dichos países.⁵

En sustento a lo anterior, según estadísticas publicadas por el Centro para casos registrados en el 2018, el 40% de estos se presentaron en contra de países de Europa Central y Asia Central; 19% para África Sub-Sahariana; 14% para Oriente Medio y África del Norte; y 12% para países de América del Sur.

Por su parte, demandas contra países de Europa Occidental y Estados Unidos, representan únicamente el 4% de los registrados en dicho periodo.⁶

Esto ha concitado algunas dudas en torno al mecanismo y la imparcialidad del CIADI, debido a que ha habido resoluciones arbitrales extremadamente altas en contra de Estados como Ecuador o Venezuela, sin que haya existido una sola condena respecto a incumplimiento de empresas extranjeras radicadas en dichos países.

Asimismo, ha habido voces de algunos especialistas, que incluso han cuestionado la falta de transparencia en el proceso, la forma de

⁴ Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, Informe sobre las inversiones en el mundo, *La inversión y la economía digital*, Nueva York-Ginebra, 2017.

⁵ Oliva de la Cotera, Roberto, *Arbitraje en materia de inversiones. op. cit.*, p. 2.

⁶ Olivet Cecilia. et al., Impacts of investment arbitration against Latin America and The Caribbean, Transnational Institute Amsterdam, Diciembre, 2017.

elección de árbitros y la facilidad con la que las empresas pueden reclamar contra un Estado; por lo que, abogan por medios realmente imparciales y sin conflictos de interés, ya que incluso han existido nombramientos de árbitros, cuyos intereses se han encontrado en empresas litigantes o con fuerte vinculación hacia ellas.⁷

Algunos países, incluso como Ecuador y Venezuela, han denunciado el Convenio de Washington de 1965 del CIADI, así como los Tratados bilaterales de inversión que mantenían con diversos países, a fin de lograr otros, en los que se garanticen y protejan mejor los derechos soberanos nacionales.

Al mismo tiempo, dichas naciones latinoamericanas, se han inclinado mucho más a favor de que los conflictos que surjan a partir de las inversiones extranjeras en sus respectivos países, se resuelvan ante los tribunales nacionales de cada Estado.

Esto mismo, lo ha comenzado a reclamar Estados Unidos en la administración de su actual Presidente; de forma que, incluso un grupo de 200 académicos de Derecho y Economía de aquel país, entre los que se encuentra el permio nobel de economía Joseph Stiglitz, emitieron una carta exhortando a su gobierno para que en las negociaciones del TLCAN, se rechazara el arbitraje inversor-Estado y que en los futuros acuerdos comerciales se evite el sometimiento al arbitraje internacional en materia de inversiones.

Entre las ideas centrales de dicha carta, se expresa que cualquier tribunal arbitral internacional y sus respectivos árbitros, pueden sentar en el banquillo de los acusados y juzgar los actos soberanos, que en ejercicio de plena jurisdicción de un Estado soberano, se emitan respecto a cualquier tema relacionado con una inversión extranjera.

Además de lo anterior, se alega que en los arbitrajes internacionales, se suele carecer de las garantías procesales y procedimientos que sí existen a nivel de las cortes locales, con lo que se diluyen las garantías constitucionales y se hace de la impartición de justicia un sistema sometido al ámbito privado de resolución de controversias, mismo que carece de los más elementales pesos y contrapesos.

Por ello, a la fecha se mantiene una reserva muy importante respecto a la efectividad del arbitraje internacional en materia de inversiones, al grado que se afirma incluso que países que han denunciado el Convenio

⁷ Mortimore Michael y Stanley Leonardo, "La Argentina y los tratados bilaterales de inversión: El costo de los compromisos internacionales", *Desarrollo Económico*, Instituto de Desarrollo Económico y Social, vol. 46, No. 182 (Jul-Sept., 2006, p. 200.

de 1965, no han decaído en la captación de inversión extranjera, como hubiera sido lo lógico, dentro de la lógica de certidumbre jurídica y garantías que buscan normalmente los inversionistas extranjeros.⁸

Sin embargo, veremos cuáles son los principales problemas que se han presentado en algunos países de América Latina y cuáles son los caminos que algunos han emprendido para solventar mejor sus derechos soberanos, la protección de sus recursos naturales e, incluso, combatir de forma más afectiva la corrupción que se suele dar entre empresas extranjeras y gobiernos locales.

Asimismo, veremos el panorama desde la región norteamericana, especialmente en relación a la posición mexicana ante el antiguo TLCAN, los Estados Unidos y las visiones de arbitraje internacional inversor-Estado, que comienza a descollar en el seno de la Comisión Europea, para la formación de una Corte multilateral de solución de diferencias en materia de inversiones.

3. El arbitraje de inversiones en América Latina

3.1. El caso de Argentina

Según la información proporcionada por el mismo CIADI, hay países de América Latina que acaparan la mayor parte de demandas ante dicho Centro, y algunos otros cuyas resoluciones han rebasado los mil millones de dólares en su contra como pago por indemnizaciones de daños causados, mediante la figura de expropiación o medidas equivalentes.

Así, Argentina resulta ser el país más demandado en el mundo del arbitraje de inversiones, tomando en cuenta los casos presentados desde 1985 a la fecha, de forma que reúne 60 demandas en su contra, seguido de Venezuela con 44, México con 27, Ecuador con 23, Bolivia 14 y Perú 13.9

En Argentina, a partir de la crisis del 2001, comenzaron a verse los efectos del declive en el gasto público y la ruptura del régimen de

⁸ Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe, (LC/PUB.2017/18-P), Santiago, 2017; UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990 (1998); Mortimore Michael y Stanley Leonardo, "La Argentina y los tratados bilaterales de inversión..." op. cit., p. 193.

⁹ Olivet, Cecilia et al., Impacts of investment arbitration... op. cit., p. 3.

convertibilidad, de forma que para el año 2003 fueron llevados ante el Centro 20 casos, únicamente en contra de este país, de los 24 en total que fueron presentados ante dicho organismo arbitral internacional.¹⁰

De acuerdo a las mismas cifras proporcionadas por el CIADI, en el 58% de los casos resueltos, se han visto favorecidas las empresas privadas y en el 42% restante, han sido emitidos a favor de los Estados. Es decir, que la mayoría de los casos presentados ante el CIADI en contra de Estados receptores de inversión, se han resuelto a favor de las empresas demandantes.

El caso de Argentina y la cantidad tan grande de demandas presentadas en su contra, se explica en parte gracias a la política pública establecida por el gobierno del entonces Presidente Carlos Menen; en la que, con el propósito de atraer mayores inversiones extranjeras, se hace parte de más de 50 tratados bilaterales de inversión, que preveían la competencia a favor del CIADI, a la vez que se adhiere al CIADI mismo para la resolución de dichas controversias.¹¹

Asimismo, de un análisis de los casos presentados contra este país sudamericano, se destaca la facilidad con la que se acciona ante este tipo de arbitraje internacional, con fundamento en la "expropiación indirecta" o las medidas equivalentes a la expropiación; mismas que pueden abarcar desde cambios en la política monetaria o económica, hasta la imposibilidad de cumplimiento contractual por un cambio radical en las condiciones económicas.

De hecho, esto ocurrió en el país en trato, en tanto que la crisis originada por la ruptura del régimen de convertibilidad de enero de 2002, propició un incumplimiento contractual con muchas de las empresas extranjeras con inversión en el país, lo que a su vez permitió la presentación de demandas en cascada contra Argentina ante el CIADI.

Esto se considera muy obsequioso para las empresas y poco garantista para los Estados, ya que da pie a que cualquier tipo de desavenencia propiciada por agentes externos o internos pueda ser presentada ante el arbitraje internacional de inversión y lograr grandes sumas de dinero con ello, en tanto que incluyen indemnizaciones e intereses conforme al propio Convenio de 1965.

¹⁰ Rodríguez Jiménez, Sonia, "El arbitraje en inversiones: los casos de Argentina y México", en González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia (coord.), Arbitraje Comercial Internacional, México, Porrúa, 2007, pp. 237 y ss.

¹¹ Mortimore Michael y Stanley Leonardo, "La Argentina y los tratados bilaterales de inversión..." *op. cit.*, p. 200.

Sin embargo, no puede considerarse que lo anterior sea propiamente una expropiación o una diferencia que deba someterse al arbitraje del CIADI, ya que, en buena parte de los casos, se trató de un incumplimiento contractual, o más aun, la actualización de un principio de Derecho en general y del internacional en particular, que se define como *rebuc sic stantibus*.

Así, bajo dicho principio, los Estados tendrían la imposibilidad material y legal para dar cumplimiento a los contratos suscritos, en condiciones completamente distintas a las que prevalecen luego de un cambio radical en las circunstancias originales en que se pactó, por lo que tal controversia tendría que ser resuelta ante tribunales del orden común del Estado de que se trate, o en cualquier caso, sujetos a las normas y principios del Derecho competencia internacional.

Es así que, las demandas presentadas ante el CIADI por parte de inversionistas extranjeros contra un Estado, podrían tener como efecto, la paralización de las políticas públicas que dicho Estado tendría que imponer, para hacer frente a la situación emergente de crisis o cualquier otra que se presentare en materia económica, ya que cualquier tipo de cambio en tales políticas que afecte directa o indirectamente los intereses de las inversiones extranjeras, podrían ser materia de una revisión arbitral ante el CIADI.

3.2. El caso de Ecuador

De acuerdo al mismo informe publicado por el CIADI respecto a los casos y demandas en la región latinoamericana hasta el 2018, Ecuador es el cuarto país más demandado de la región; pero, al mismo tiempo, es el que tuvo la resolución más elevada en contra, determinada en más de dos mil millones de dólares en el caso Occidental vs. Ecuador.

Si bien dicha cantidad fue reducida a menos de la mitad, a saber, mil millones de dólares, no deja de causar escozor en los medios políticos, públicos y medios dentro del país sudamericano, debido al impacto tan importante en las finanzas públicas del Estado y a que, desde un principio, se alegó que la competencia pertenecía a los tribunales administrativos del Estado ecuatoriano.

De acuerdo con lo anterior, Ecuador habría emitido una resolución de caducidad en contra del contrato de concesión otorgado a la empresa estadounidense *Occidental*, por haber violado la ley de hidrocarburos del país, por lo que ante dicha resolución, alegaban los ecuatorianos, la empresa tendría que haber accionado ante la justicia local, por ser un

tema de derecho administrativo propiamente y de la competencia de sus cortes.

Sin embargo, el asunto ante el CIADI tuvo también sus implicaciones políticas, debido a que uno de los candidatos más fuertes a la presidencia de la República, Rafael Correa, sostenía tajantemente que el Estado no tenía que negociar con la empresa, so pena de considerar como traidores a la patria a quiénes se atrevieran a tan execrable acto.

Es así que, en el año 2010, la Corte Constitucional de Ecuador declaró inconstitucionales algunos de los tratados bilaterales de inversión, como por ejemplo, el celebrado con China, en tanto que contradecían lo dispuesto por la Constitución Nacional.

El argumento central consistía en que el artículo 422 de la Constitución ecuatoriana, prohíbe la celebración de tratados internacionales en los que se conceda soberanía al aceptar el sometimiento a instancias arbitrales internacionales, siendo que los tratados bilaterales de inversión establecían la competencia a favor del CIADI en materia de inversión.

En mayo de 2017, la Asamblea Nacional de Ecuador resolvió que los tratados bilaterales de inversión que tenía celebrado el país con el resto de Estados, eran inconstitucionales; por lo que, tiempo después se determinó hacer la respectiva denuncia de por lo menos 16 acuerdos de inversión, para más tarde reiniciar negociaciones de nuevos acuerdos.

Pero esta medida no puede ser solo criticable desde el punto de vista del Derecho internacional, sino también en cuanto a la inequidad y trato discriminatorio que pudiera estarse aplicando en relación a los demás países.

Criticable desde el Derecho internacional, en tanto que Ecuador hizo patente el uso de su soberanía externa, para comprometerse en los términos y condiciones que le convinieron al suscribir esos tratados bilaterales; sin embargo, con el cambio de gobierno, no puede después alegar impedimentos de tipo nacional, aunque sean de corte constitucional, para dejar de cumplir sus obligaciones internacionales, soberanamente aceptadas al ser parte de tales tratados.¹²

De la misma forma, tampoco puede denunciar un número determinado de tratados respecto a ciertos países, pero dejar intocados otros tantos en relación con otros países distintos, ya que ello redunda en otorgar un trato inequitativo y discriminatorio, que en condiciones similares de materia y condiciones, solamente se actualiza un tratamiento diferenciado que resulta evidentemente ilegal.

¹² Artículo 27 de la Convención de Viena Sobre el derecho de los Tratados de 1969.

Pese a lo anterior, Ecuador comenzó la renegociación de los nuevos acuerdos de inversión a celebrar con los Estados, por lo que a través de la Comisión para la auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones (CAITISA), se acordó crear un nuevo modelo de convenios que redefiniera los términos del mismo conforme a los intereses del país.

Así, se estableció redefinir el concepto de inversión, atendiendo al desarrollo sostenible y objetivos de Ecuador; establecer obligaciones a cargo de los inversionistas, como por ejemplo la transferencia de tecnología, buenas prácticas laborales, ambientales y tributarias; transparencia y anticorrupción, así como mayor control sobre los procesos del arbitraje.

En cuanto a la definición de inversión, los nuevos modelos de acuerdo bilateral de inversión establecen que deben cumplirse ciertos requisitos adicionales a los ya previstos anteriormente para ser considerada como tal: *a*) respeto a los derechos humanos, *b*) respeto al medio ambiente, *c*) sometimiento a la legislación nacional, *d*) la no existencia de actos de corrupción.

En relación a estos requisitos adicionales, sobresalen los que consisten en el respeto a derechos humanos, medio ambiente e incluso corrupción, en tanto que también conceden garantías al Estado para que la inversión no represente solo un ganar-perder, donde los trabajadores y los recursos de un país salgan siempre perdiendo.

Sin embargo, también llama la atención el sometimiento a la legislación nacional, en tanto que la naturaleza de los mecanismos de protección internacional de inversiones están previstos expresamente para que no exista un sesgo desde el ámbito local, en la desprotección legal, la arbitrariedad o la nula administración de justicia, respecto a la solución de controversias en relación con dichos bienes.

En cuanto al concepto de nacionalidad para efectos de estos acuerdos nuevos, se aceptan las teorías de la nacionalidad real y efectiva para personas físicas y la del control efectivo para personas morales.

En cuanto a la primera, tenemos los antecedentes jurisprudenciales que van, del caso Canevaro ante la Corte Permanente de Arbitraje Internacional, al caso Nottebon, este último ante la Corte Internacional de Justicia; y por lo que hace a las personas morales, los acuerdos modelo se separan de la jurisprudencia internacional del caso Barcelona Traction ante la misma Corte Internacional, en tanto que este prevé la nacionalidad en torno al establecimiento de una sociedad en un territorio y creada bajo las mismas leyes de dicho territorio.

En relación con el trato justo y equitativo que debe permear en estos acuerdos, los nuevos modelos de Ecuador establecen que no podrá existir discriminación por motivos de nacionalidad, sexo, raza o religión; sin embargo, quedan fuera cualesquiera otro tipo de actos particularizados, que aun siendo ilícitos, no queden dentro del alcance de protección de los nuevos acuerdos.

En este sentido, un trato inequitativo o singularizado en torno a cualquier otro motivo de los no establecidos en tales acuerdos y que resultara discriminatorio, no podría ser materia de un mecanismo de solución de controversias, por lo que las partes se verían obligadas a someterlo a la jurisdicción nacional ecuatoriana.

Este punto en particular, es uno de los motivos que propiciaron la creación de estos mecanismos internacionales, a fin de evitar que fueran las instituciones del propio país receptor de la inversión las que intervinieran o resolvieran controversias de esta naturaleza. La idea siempre fue evitar cualquier suspicacia o sospecha de parcialidad en torno a la resolución por parte de cortes nacionales de un Estado, sobre inversiones cuyos montos resultan ser casi siempre relevantes para ambas partes.

Un tema muy importante que se especifica en dichos acuerdos modelo es el relativo a la expropiación. En general, se prevén los mismos medios para llevar a cabo la expropiación directa, mediante causa de utilidad pública, debido proceso, trato justo y equitativo e indemnización pronta y adecuada. Sin embargo, una vez que tenga que realizarse la indemnización por expropiación, se prevé que dicha compensación tiene que cuantificarse teniendo en cuenta el uso de la inversión, las obligaciones pendientes del inversionista, la culpa del inversionista en un daño y cualquier daño ambiental ocasionado, así como cualquier otra relevante para la adecuada cuantificación.

Lo anterior, si bien parece más equitativo en términos de justicia para los pueblos que reciben muchas veces una inversión, pero donde las empresas inversoras acaban con los recursos naturales de una región o incumplen con obligaciones laborales de los trabajadores nacionales contratados, también es cierto que queda un breve espacio de discrecionalidad a favor del Estado, que consiste en tomar en cuenta "cualquier otra" consideración que pueda ser relevante para la cuantificación de la indemnización. Es en este breve rango de discreción, dentro del cual el Estado podría estar afectando los derechos de los inversionistas de

forma arbitraria, incluso en muchas ocasiones, para evitar pagar lo que en derecho y en mercado corresponde por dichas expropiaciones. Asimismo, los nuevos acuerdos eliminan una figura tan debatida y que ha traído tantos conflictos en su aplicación, como lo es la expropiación indirecta.¹³

La expropiación indirecta se ha convertido en una de las formas de reclamo más comunes ante el arbitraje internacional de inversión, al grado que se ha criticado por representar una manera muy sencilla de reclamar a un Estado, por prácticamente cualquier cambio en la legislación nacional, que indirectamente afecte la inversión extranjera y se sienta afectada por ello.¹⁴

Uno de los sustentos de este concepto se encuentra de alguna forma en el caso Chorzów Factory, en el que la Corte Permanente de Justicia Internacional resolvía en 1926 que, aunque un Estado no tuviere la intención de intervenir directamente en los derechos de propiedad de una empresa, podría, sin embargo, a través de sus actos, hacerlos tan inservibles que podría entenderse como un tipo de expropiación.¹⁵

Pese a ello, al día de hoy hay otros tantos casos ante el CIADI, como los que se han resuelto en contra de Ecuador y Argentina, en los que, a través de actos que no son propiamente de expropiación, pero constituyen afectaciones indirectas a las inversiones, se resuelve en contra de dichos Estados y se obliga a pagar fuertes indemnizaciones por poder tener un efecto real de impacto en la inversión extranjera.

Es por esta razón que los nuevos modelos de acuerdo bilateral de inversión intentan delimitar con mayor precisión la denominada expropiación indirecta, a fin de que las causas de una posible demanda ante el arbitraje internacional de inversiones, sean específicas y bien conocidas por las partes, a fin de evitar los abusos que en su caso cometan los inversionistas en contra de las finanzas públicas del Estado.

Por último, se prevé la posibilidad de que los nuevos acuerdos sometan cualquier tipo de controversia de inversiones, ante un centro de

¹³ CIAR GLOBAL, "Ecuador presenta el nuevo modelo de TBI: el Convenio bilateral de inversión", 12 de marzo de 2018, http://ciarglobal.com/inicio/ última vista 17/09/2018.

¹⁴ González de Cossío, Francisco, "Medidas equivalentes a expropiación en arbitraje de inversión", en Rodríguez Jiménez, Sonia y González Martín, Nuria (coords.), Arbitraje Comercial Internacional, México, Porrúa, 2007, pp. 21 y ss.

¹⁵ Caso Fábrica Chorzów, Alemania vs Polonia, sentencia del 15 de mayo de 1926.

arbitraje regional, es decir, regional latinoamericano o sudamericano, ante la salida de Ecuador de la competencia del CIADI y la posibilidad de un arbitraje en este centro, únicamente bajo la forma del mecanismo complementario del Convenio de 1979.

4. México en el CIADI

México es uno de los países más demandados en América Latina por conflictos de inversión extranjera ante el CIADI.

Pese a ello, el país no había ratificado el Convenio de Washington de 1965 que da vida, estructura y competencia al CIADI; de manera que, los procedimientos llevados ante este Centro en contra de México habían sido a través del mecanismo complementario establecido en un acuerdo posterior de 1979, por el que el Centro admite la competencia de casos, respecto a situaciones concretas presentadas por las partes, independientemente de que fuera parte o no del convenio de Washington 1965.

De hecho, las únicas excepciones en la región para la aceptación del Convenio de 1965 antes citado, habían sido México y Brasil, siendo estos dos los países que más inversión extranjera directa han recibido en toda Latinoamérica.

Sin embargo, el 27 de julio de 2018, México deposita el instrumento de ratificación para formar parte del CIADI formalmente, a efecto de que entrara en vigor el 26 de agosto de este mismo año. Este es un paso definitivo en la dirección que durante tiempo se ha solicitado del Gobierno mexicano, a fin de dar congruencia a su política de atracción y protección de inversión extranjera, con las garantías que a favor de los inversionistas extranjeros prevé el Centro del CIADI.

Ahora bien, la Unión Europea renegoció con México su acuerdo comercial internacional desde el 12 de abril de 2018, en el que se deja de lado el sistema tradicional de solución de controversias inversor-Estado, para dar paso a un Tribunal de Inversión, de corte multilateral, en el que se presenten las diferencias sobre el tema, con la permanencia que exige toda corte internacional, con características de imparcialidad, efectividad, seguridad y estabilidad ante el tipo de controversias de que podría conocer.

De hecho, en las renegociaciones de México con Estados Unidos y Canadá, trascendió la noticia de que México propuso a sus socios norteamericanos un tribunal regional basado en el modelo europeo de reciente planeación. Este tribunal de inversiones funcionaría bajo la idea

de un tribunal regional, creado específicamente para controversias entre socios norteamericanos del antiguo TLCAN, sustituyendo al mecanismo tradicional previsto en el capítulo XI del mismo tratado.

Lo anterior, en tanto que el referido capítulo XI del TLCAN era un sistema de inversor-Estado, en el marco de solución de controversias sujeto al CIADI principalmente, y cuya permanencia ha sido criticada por la actual administración del gobierno de Estados Unidos, así como por prestigiosos profesores de economía y derechos de diversas universidades de aquel país.

En la realidad, el panorama entre empresas de uno y otro país no se asimila al discurso académico ni político, ya que ha habido algunos casos en los que empresas estadounidenses intentan someter sus diferencias ante instancias arbitrales internacionales al amparo del aún vigente TLCAN para el 2018, mientras que entidades mexicanas tratan de evitar el arbitraje internacional para someter la controversia a instancias judiciales nacionales.¹⁶

5. Hacia una Corte Multilateral de Inversiones

A partir de un informe de la UNCITRAL de 2016, en el que se analiza la posibilidad de que la Convención de Mauricio (Convención de las Naciones Unidas sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y estados en el Marco de un Tratado) diera paso a la discusión de un Tribunal Multilateral de Inversiones, se iniciaron sendas iniciativas para un tribunal de la materia que fuera permanente y con la posibilidad de apelación de los laudos.

Y es que, dicha Convención de Mauricio establece su aplicación respecto a los arbitrajes entre inversores y Estados, mediante la aplicación del Reglamento de la CNUDMI (Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Mercantil Internacional o UNCITRAL) sobre transparencia, ya sea que dicho arbitraje se inicie conforme al Reglamento de Arbitraje de la propia CNUDMI o cualquier otro.

Pero los desafíos para que esta iniciativa prospere son muchos y variados. Por una parte, tiene que determinarse la forma en la que se compondrá dicho tribunal, así como la ley que será aplicable al procedimiento y el fondo y la forma en la que habrán de ser emitidas las resoluciones y sus respectivos controles a través de una posible apelación.

¹⁶ CIAR GLOBAL, "Apoyándose en Doctrina Calvo, jueza mexicana rechaza arbitraje Interceramic-DalTile", 12 de febrero de 2018, http://ciarglobal.com/inicio/

Así, la comisión europea emitió una recomendación el 13 de septiembre de 2017, en la que se autoriza la apertura de negociaciones para el establecimiento de una corte multilateral de solución de diferencias en materia de inversión.

De acuerdo a esta recomendación, se justifica la propuesta, en tanto que los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado ya conocidos, han sido públicamente cuestionados; particularmente en lo relacionado con legitimidad, consistencia, transparencia y la imposibilidad de revisión o apelación.¹⁷

Se considera también que la creación de este sistema multilateral podría ser incluso menos gravoso que el sistema actual de solución de controversias inversor-Estado, mismo de cuyos costos también ha existido crítica pública por lo oneroso que resulta a los Estados, con lo que, después de analizar cálculos y estudios, se concluye que sería un medio más económico y efectivo.¹⁸

Asimismo, la falta de congruencia de las resoluciones tradicionales a través del sistema inversor-Estado, es otro de los puntos que concitan a formular la iniciativa de un tribunal permanente en la materia, de forma tal que se establezca una sala para los juicios de inversión y otra para la apelación que permita la regularización de las resoluciones que sean cuestionadas.

En el tribunal permanente la propuesta es que la permanencia en el cargo les permita también obtener un sueldo previamente establecido y a cargo de los Estados parte durante todo el tiempo que dure su encargo, lo cual da mayores garantías sobre la independencia e imparcialidad en la toma de sus resoluciones.

6. Propuesta

La creación de un tribunal multilateral se hace indispensable para que en esta materia exista un mejor equilibrio entre el Estado soberano y los intereses particulares de las empresas y personas, al tiempo que se evolucione en la solución de diferendos en materia de inversión, con organismos que garanticen todos los principios y derechos fundamentales y procesales reconocidos a nivel internacional, mediante una corte permanente de arbitraje, regional o multilateral.

EUROPEAN COMMISSION, "Recomendation for a council Decision authorising the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes", COM (2017) 493 final, Bruselas, 13.09.2017.
18 Idem.

7. Bibliohemerografía

- Adame Goddard, Jorge, Contratos internacionales en América del Norte, México, McGraw-Hill, 1999.
- Álvarez Ávila, Gabriela, "Las características del arbitraje del CIADI", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol. II, 2002, pp. 205-229.
- Bravo Peralta, Virgilio, *El arbitraje económico en México*, México, Porrúa, Universidad Anáhuac, 2002.
- Calvo Caravaca, Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier. Curso de contratación internacional. 2a. ed., Madrid, COLEX, 2006.
- Contreras Vaca, Francisco, *Derecho Internacional Privado*, Parte especial, 2a. ed., México, Oxford, 2006.
- González de Cossío, Francisco, "Medidas equivalentes a expropiación en arbitraje de inversión", en Rodríguez Jiménez, Sonia y González Martín, Nuria (coords.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Porrúa, 2007.
- Marín Fuentes, José Luis. *Contratos internacionales*, Medellín, Universidad de Medellín, 2014.
- Mortimore Michael y Stanley Leonardo, "La Argentina y los tratados bilaterales de inversión: El costo de los compromisos internacionales", *Desarrollo Económico*, Instituto de Desarrollo Económico y Social, vol. 46, No. 182, Jul-Sept., 2006.
- Oliva de la Cotera, Roberto, "Sistema de protección de inversiones extranjeras y el arbitraje del CIADI en la República del Salvador", en Rodríguez Jiménez, Sonia (coord.), *Arbitraje en materia de inversiones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.
- Olivet, Cecilia et al., Impacts of investment arbitration against Latin America and The Caribbean, Transnational Institute Amsterdam, Diciembre, 2017.
- Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto. *Derecho internacional privado, partes especial*, 2a. ed., México, Oxford, 2007.
- Rodríguez Jiménez, Sonia y González Martín, Nuria (coord.), *Arbitraje Comercial Internacional*, México, Porrúa, 2007.
- Samuelson, Paul y Nordhaus William, *Economía*, 15a edición, trad. de Esther Rabasco, España, McGraw-Hill, 1996
- Silva Silva, Jorge Alberto, *Arbitraje comercial Internacional en México*, 2a. ed., Serie estudios sobre arbitraje comercial, México, Oxford, 2001.

Otras fuentes y documentos

- Página web del CIADI: https://icsid.worldbank.org/sp, última visita el 17/09/2018.
- Conferencia de las Naciones Unidas Sobre Comercio y Desarrollo, UNCTAD, Informe sobre las inversiones en el mundo, La inversión y la economía digital, Nueva York-Ginebra, 2017.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe*, (LC/PUB.2017/18-P), Santiago, 2017.

UNCTAD, Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990 (1998).

EUROPEAN COMMISSION, "Recommendation for a council Decision authorizing the opening of negotiations for a Convention establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes", COM (2017) 493 final, Brussels, 13.09.2017.

Parte IV Cooperación procesal internacional en materia de protección de menores



Cooperación procesal internacional en materia de protección de menores

RAÚL HORACIO ARENAS VALDÉS*

Sumario: 1. Introducción. 2. Sistemas jurídicos. 3. Principios básicos en materia de cooperación procesal internacional. 4. Cooperación procesal internacional en materia de protección de menores. 5. Las limitaciones de los sistemas de protección nacionales. 6. Conclusión. 7. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Se encuentra que es de suma importancia el estudiar los conceptos de la cooperación internacional en el ámbito jurídico separado de otras manifestaciones de la misma rama, las cuales se desenvuelven en esferas distintas.

La cooperación procesal internacional o cooperación judicial internacional es una parte del Derecho procesal internacional que se lleva a cabo entre autoridades judiciales y radica en la diversidad de sistemas jurídicos adjetivos.¹ Los conjuntos de normas vigentes que regula el proceso, son los que se buscan tener una colaboración cosmopolita, con el objetivo de alcanzar metas de desarrollo.

En su época, Manuel Aguilar Benítez de Lugo afirmaba que "sirven a la cooperación internacional las normas materiales especiales que persiguen un objetivo internacional, con independencia de su origen interno". El objetivo de la cooperación procesal internacional de protección a menores se basa en el reconocimiento y proyección para el desarrollo armónico de la personalidad del menor, implementando medidas que

^{*} Doctor en C.P, PTC investigador adscrito al Centro de Investigación en Ciencias Jurídicas, Justicia Penal y Seguridad Pública de la Facultad de Derecho de la UAEMex. Correo electrónico: rhav59@hotmail.com

¹ Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Internacional Privado Parte General*, 5a. ed., México, Oxford, 2013, p. 210.

garanticen el interés superior del niño y el respeto a sus derechos fundamentales.²

Aunado a ello, encontramos el Derecho procesal internacional que, a su vez, es una rama importante y complementaria del Derecho internacional privado, cuyo contenido comprende las reglas de jurisdicción y de competencia, así como la solidaridad y el auxilio que recíprocamente prestan los tribunales de diferentes países para la administración de la justicia.³ Por lo anterior, es evidente que hay diversidad de aspectos, en los cuales la cooperación internacional puede intervenir para el desarrollo de sistemas.

Como ejemplo, existen cuestiones relativas al proceso incoado ante los tribunales internos, la cooperación en los exhortos, obtención de pruebas, ejecución y reconocimiento de sentencias, entre otros.

A pesar de la disposición de los países para tener participación en la cooperación internacional en cuestiones como la orientación, los principios que los rigen y sistema que adoptan para desarrollar sus sistemas jurídicos, constituyen una barrera para una plena cooperación

2. Sistemas jurídicos

A la fecha, podemos distinguir dos importantes sistemas jurídicos: el Common Law y el Sistema Continental Europeo.⁴

2.1. Sistema continental europeo

Concede una mayor participación del tribunal en el proceso, un marcado ámbito de competencia territorial y una mayor colaboración con otros funcionarios jurisdiccionales. Este sistema considera que, debido a la soberanía de los Estados, las autoridades por el principio de inmunidad de jurisdicción, carecen del poder de coacción más allá

² González Martín, Nuria, "Convención Sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional", México, núm. 92, enero de 1998, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3553/4256

³ López, Daniela, "Cooperación Procesal Internacional", [en línea] México, 2010, [fecha de consulta: 19 de junio de 2019] Disponible en: http://trabajofinaldere-chointernacional.blogspot.com/2010/05/cooperacion-procesal-internacional.html

⁴ Idem.

de su territorio, por lo que es necesario el auxilio internacional para actos procesales.

2.2. Sistema anglosajón o common law

En este, los particulares, representados por sus abogados, llevan una serie de diligencias de las que en el sistema continental europeo son responsables los funcionarios judiciales; los órganos judiciales pueden nombrar válidamente comisionados (commisioners) para actuar en representación del tribunal fuera de su jurisdicción, lo cual desalienta la cooperación judicial. Debido al límite jurisdiccional de orden territorial que tienen jueces y tribunales, además del reconocimiento de sus sentencias fuera de su ámbito de competencia, existe la ayuda judicial, que se centra principalmente en las notificaciones y emplazamientos y recepción de pruebas en el extranjero.⁵

La identidad del Derecho, es decir la norma vigente, permite reconocer que los ordenamientos jurídicos nacionales son distintos; es cómo se toman las decisiones que llevan a proponer una determinada reglamentación o solución. Es decir, análisis de cómo se toman las decisiones que constituyen el contenido de las normas de cada país.

3. Principios básicos en materia de cooperación procesal internacional

- a) Cláusula de orden público internacional: no será admitida la cooperación que se refiera a actos contrarios a los principios fundamentales del Estado requerido o que sea susceptible de conducir a un resultado incompatible con esos principios;
- b) Respeto a las garantías del debido proceso legal en el Estado requirente;
- c) Igualdad de tratamiento entre nacionales y extranjeros, residentes o no, tanto en el acceso a los tribunales cuanto en la tramitación de los procesos en los Estados requirente y requerido, asegurándose la gratuidad de la justicia a los necesitados;
 - d) No dependencia de la reciprocidad de tratamiento;

⁵ Contreras Vaca, Francisco José, "Derecho Internacional Privado Parte General", 5a. ed., México, Oxford, 2013, p. 300.

- *e*) Publicidad procesal, excepto en los casos de secreto previstos en la ley del Estado requirente o del Estado requerido;
- *f*) Traducción y forma libres para los actos y documentos necesarios para la prestación jurisdiccional transnacional, incluyéndose los medios electrónicos y la videoconferencia;
- *g)* Existencia de una autoridad central para la recepción y transmisión de los pedidos de cooperación, sujetos los mismos a la convalidación de la recepción o transmisión cuando no hayan sido transmitidos mediante dicha autoridad:
- *h*) Espontaneidad en la transmisión de informaciones a las autoridades del Estado requirente.
 - i) Desarrollo de las comunicaciones judiciales directas.6

4. Cooperación procesal internacional en materia de protección de menores

Los niños no solamente tienen derecho a la salud, la nutrición y la educación, sino que también tienen derecho a la protección, a no ser objeto de violencia y explotación y a un "entorno seguro y protector".⁷

Hace 11 años, la Cumbre Mundial en favor de la Infancia tuvo como principal objeto que se brindara un mejor futuro a todos los niños. Entendemos que un mundo apropiado para niños es aquel que tiene la base para su futura vida, incluidos aspectos como la salud, oportunidades de desarrollar su capacidad, entorno social, protección asistida a las niñas y niños que se han privado de un entorno familiar, entre otros.

La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño es el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia con 195 países, contribuyendo a la preparación de leyes nacionales sobre los derechos y protección de los menores, así como normas internacionales sobre derechos humanos, incluidos los protocolos facultativos

⁶ Consejo de la Judicatura Federal. "Protocolo Iberoamericano Sobre Cooperación Judicial Internacional" [en línea]. México: Consejo de la Judicatura Federal, s.a. [fecha de consulta: 7 de mayo de 2019] Disponible en: https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2017/pdf/protocolo_Ibero_cooperacionJudicial.pdf

⁷ Ocón Domingo, José, "Normativa Internacional de protección de la infancia", España, vol. 19, marzo de 2006, https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS0606110113A/7564

sobre la participación de los niños en los conflictos armados y la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niñas en la pornografía y de nuevas normas para la adopción de niños extranjeros, el trabajo de menores y la justicia juvenil.

A su vez, las diferencias culturales e idiomáticas son los principales obstáculos para el acceso a la justicia en el extranjero del niño y su familia. En la actualidad, existen situaciones que requieren la intervención coordinada de dos sistemas de protección nacionales, para asegurar la protección efectiva de los niños.

5. Las limitaciones de los sistemas de protección nacionales

En el año 2011, tuvo lugar una reforma paradigmática a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la cual se colocó a los derechos humanos en el centro de toda actividad estatal, como lo establece el artículo 1o. constitucional y, se incorporó a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos al sistema jurídico mexicano (Principio de Convencionalidad):

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección [...] Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Para que un convenio, tratado o pacto, tenga efectos en el orden jurídico nacional, debe ser firmado por un representante designado por el Estado mexicano y ratificado por el Senado de la República. Así, se convierte en norma obligatoria de Derecho interno con fuente internacional. Al constituirse en Estado parte de un tratado de derechos humanos, México adquiere, frente a las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, la responsabilidad de cumplir su contenido, así como, de informar sus avances a los organismos internacionales que supervisan su aplicación. El Estado mexicano ha ratificado 181 instrumentos internacionales en materia de derechos humanos.

Los instrumentos internacionales que versan sobre derechos de niñas, niños y adolescentes (NNA), son esencialmente los siguientes:

Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos	Aprobación, Ratificación o Adhesión	Contenido
Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas De Beijing).	Aprobación 29 de no- viembre de 1985.	Constituyen una serie de orientaciones para los Estados integrantes de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), sobre cómo proteger los derechos de niñas, niños y adolescentes en conflicto con la ley, resaltando la necesidad de diseñar e implementar sistemas especiales para la administración de justicia, que atiendan a sus necesidades particulares. Contienen previsiones contra la discriminación; ponen énfasis en la reintegración social de los infractores; subrayan la importancia de contar con personal capacitado que guíe su tratamiento, y enfatizan la necesidad de implementar programas y acciones de política gubernamental dirigidos a la prevención del delito en la infancia y adolescencia.
Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos.	Ratificación 21 de septiembre de 1990.	Firmada por la mayoría de los países integrantes de la ONU, está basada en los principios de no discriminación, interés superior de la niñez y adolescencia, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, y derecho a la participación. Establece un piso mínimo de derechos, que deben ser garantizados por los Estados parte, para asegurar la protección de niñas, niños y adolescentes. El Comité de los Derechos del Niño es el organismo facultado para recabar los informes de los países suscriptores sobre el cumplimiento de la CDN en sus jurisdicciones y con base en ellos, emitir observaciones generales, recomendaciones, evaluar sus avances e instarlos a superar los obstáculos jurídicos, políticos o sociales para hacerla efectiva. El espíritu de la CDN y los derechos previstos en ella, se incorporaron en 2014 en la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y también en lo general en las leyes locales en materia de niñez y adolescencia, reconociéndolos como sujetos plenos de derechos.

Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos	Aprobación, Ratificación o Adhesión	Contenido
Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices De RIAD).	Aprobación 14 de di- ciembre de 1990.	Contienen recomendaciones a los Estados, para prevenir la incidencia de los delitos cometidos por niñas, niños y adolescentes, especificando medidas de prevención general y la responsabilidad que en ese sentido tienen las familias, las instituciones educativas, la comunidad y los medios de comunicación. Encumbra el principio de utilizar el tratamiento en centros de reclusión sólo como medida de último recurso y otorgando máxima importancia a los derechos e interés superior de la niñez y adolescencia.
Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores	Adhesión 20 de junio de 1991.	Tiene por objetivo garantizar la restitución inmediata de las niñas, niños y adolescentes trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier país contratante y la protección de los niños de los efectos perjudiciales de la sustracción y la retención que traspasan las frontera internacionales, proporcionando un procedimiento para conseguir su pronta restitución. El Convenio obliga a los Estados parte, que reciben una solicitud de restitución de una persona menor de edad, a adoptar medidas para su localización, prevenir que sufra mayores daños y evitar perjudicar a las partes interesadas, garantizar su restitución voluntaria, decretar un régimen de visitas con la o el progenitor a) de quien fue separado y garantizar, administrativamente, su restitución sin peligro.
Convención de las Naciones Unidas sobre la Obtención de Alimentos en el Extran- jero.	Ratificación 20 de diciembre de 1991.	Instrumento que tiene como objetivo facilitar a las personas residentes en un Estado contratante (demandantes), la obtención de alimentos a que pretenden tener derecho recibir de otra(s) persona(s) sujetas a la jurisdicción de otro Estado Parte (demandados).

Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos	Aprobación, Ratificación o Adhesión	Contenido
		Instrumento que tiene como objetivo facilitar a las personas residentes en un Estado contratante (demandantes), la obtención de alimentos a que pretenden tener derecho recibir de otra(s) persona(s) sujetas a la jurisdicción de otro Estado Parte (demandados). Obliga a los firmantes a establecer una o varias autoridades judiciales o administrativas, con el carácter de "Autoridades Remitentes" e "Instituciones Intermediarias", las cuales se encargarán de enviar o recibir, respectivamente, las solicitudes de alimentos provenientes de otro país signatario. Previo el cumplimiento de los requisitos que señala el instrumento, las Instituciones Intermediarias podrán adoptar todas las medidas que, dentro de sus facultades, le permitan obtener el pago de alimentos por parte del demandado, incluso iniciar o proseguir una acción jurisdiccional o ejecutar una resolución o sentencia que ordene su pago.
Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Inter- nacional	Ratificación 14 de septiembre de 1994.	Elaborada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, esta contiene las reglas de procedimiento y responsabilidades de los Estados parte en el trámite de adopciones internacionales. Los conmina a establecer una Autoridad Central, responsable de los trámites, que se asegure de que toda adopción se realice en interés superior de niñas, niños y adolescentes y sólo cuando se agotaron las posibilidades de colocación en su país de origen (principio de subsidiariedad). Prohíbe el contacto previo entre adoptantes y candidatos de adopción para evitar discriminación o venta de personas menores de edad; obliga a las autoridades a asegurarse que se escuche a los adoptados durante todo el procedimiento, y que no medie lucro indebido.

Ratificación 5 de octubre de 1994. Ratificación 5 de octubre de 1994. Ratificación 30 de junio de 2000.	Instrumento de aplicación obligatoria para los Estados signatarios que tiene por objetivo asegurar la pronta restitución de niñas, niños y adolescentes, que hayan sido trasladados ilegalmente a otro Estado del continente Americano distinto al de su residencia habitual, y respetar su derecho a mantener contacto y convivir con ambos progenitores. Solicita a los Estados parte designen una autoridad central, encargada de recibir y tramitar las peticiones de restitución y obliga a los signatarios a realizar todas las gestiones necesarias para la localización de las personas menores de edad. Su objeto es la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como, a la competencia y a la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor alimentario tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado parte y el deudor tenga su domicilio o residencia habi-
Ratificación 5 de octubre de 1994. Ratificación 30 de junio de 2000.	a determinación del Derecho aplicable a las obligaciones ali- í como, a la competencia y a la cooperación procesal interna- o el acreedor alimentario tenga su domicilio o residencia ha- sstado parte y el deudor tenga su domicilio o residencia habi-
Ratificación 30 de junio de 2000.	tual, bienes o ingresos en otro diverso. Establece la competencia de las autoridades nacionales para exigir su cumplimiento y las vías institucionales idóneas para hacer eficiente su tramitación.
	Los Estados parte del Convenio están obligados a adoptar medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil, con carácter de urgencia, las cuales están definidas en su texto (esclavitud o prácticas análogas, trabajo forzoso, prostitución, pornografía, trabajo agrícola, minero y en el hogar).
Convento No. 138 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Sobre la mayo de 2015. Edad Mínima de Admisión al Empleo.	Compromete a los Estados a seguir una política nacional que asegure la abolición afectiva del trabajo de los niños, y eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo, así como, prever todas las medidas necesarias—incluso el establecimiento de sanciones—, para asegurar la aplicación efectiva de sus disposiciones.

6. Conclusión

El convenio es un instrumento que trata de establecer un equilibrio entre su regulación y el respeto de la autonomía, tanto a nivel de la responsabilidad del Estado, como a nivel de los menores implicados en una restitución, y un convenio en el que a través de los protocolos o acuerdos bilaterales, tiene una incidencia directa en la práctica de las restituciones internacionales. Los acuerdos bilaterales expuestos parecen un instrumento muy adecuado para que las restituciones que se constituyan a su amparo se realicen con todas las garantías y en interés superior del menor.

7. Bibliohemerografía

- Comisión Nacional de Derechos Humanos, "Instrumentos internacionales ratificados por el Estado Mexicano en materia de niñez y adolescencia.", México, julio de 2018, http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Ninez_familia/Material/trip-instrumentos-mexico-ninez.pdf.
- Consejo de la Judicatura Federal, "Protocolo Iberoamericano Sobre Cooperación Judicial Internacional" [en línea]. México: Consejo de la Judicatura Federal, s.a. [fecha de consulta: 7 de mayo de 2019] Disponible en: https://www.cjf.gob.mx/resources/index/infoRelevante/2017/pdf/protocolo_Ibero_cooperacionJudicial.pdf
- Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Internacional Privado Parte General*, 5a. ed., México, Oxford, 2013.
- González Martín, Nuria, "Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional", México, núm. 92, enero de 1998, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derechocomparado/article/view/3553/4256.
- López, Daniela, "Cooperación Procesal Internacional", [en línea] México, 2010, [fecha de consulta: 19 de junio de 2019] Disponible en: http://trabajofinalderechointernacional.blogspot.com/2010/05/cooperacion-procesal-internacional.html
- Ocón Domingo, José, "Normativa Internacional de protección de la infancia", España, vol. 19, marzo de 2006, https://revistas.ucm.es/index.php/CUTS/article/viewFile/CUTS0606110113A/7564

Convenio de La Haya de 1980 y su articulación con el de 1996, colaboran en un sistema que potencializa aspectos en reconocimiento, ejecución y cooperación en materia internacional

BLANCA COLMENARES SÁNCHEZ*

Sumario: 1. Introducción. 2. Importancia de la articulación de convenios en materia de sustracción y retención internacional de infantes. 3. Estructura del Convenio de La Haya de 1996. 4. Competencia. 5. Transferencia de competencias. 6. Medidas en caso de urgencia. 7. Ley aplicable, cooperación, reconocimiento y ejecución. 8. Cooperación, derecho de contacto y medios alternos de solución de conflictos. 9. Vinculación de los convenios con los sistemas estatales. 10. Conclusiones. 11. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Los Convenios internacionales buscan dar uniformidad a ciertos acuerdos entre los Estados, para que de manera internacional puedan analizarse casos con reglas y normas consensuadas sobre los puntos procesales y substanciales en que los Estados parte hayan pactado; en este contexto, existen convenios cuyo objetivo es específico y otros acuerdos que suministran herramientas relacionadas con la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento de ejecución de resoluciones y en materia de cooperación.

^{*} Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Maestría por el Centro de Estudios de Posgrado en Derecho y Doctorado en Derecho por la Escuela Judicial del Estado de México. Se ha desempeño como docente en nivel Doctorado en el Centro de Estudios Jurídicos de México. En la carrera judicial ejerció los cargos como Notificador y Ejecutor Judicial, Juez de Cuantía Menor, Juez de Primera Instancia en materia Penal, Civil, Mercantil y Familiar, y en funciones de Magistrado. Actualmente es Juez de Primera Instancia en el Distrito Judicial de Nezahual-cóyotl, Estado de México, México.

En este contexto, al armonizarse convenios de objetivo específico, con aquellos que abonan herramientas en las materias de referencia, es posible potencializar los resultados en beneficio de las personas que se encuentran inmersas en una problemática de índole transfronterizo.

En materia de familia, la sustracción y retención de infantes ilícita, al abordarse a través de convenios internacionales, permite mayor seguridad jurídica, al unificar criterios de los diferentes Estados parte, para abordar un tema neurálgico y que se sitúa en el seno de conformación de las personas en su integración como seres humanos, en respeto a su dignidad.

2. Importancia de la articulación de convenios en materia de sustracción y retención internacional de infantes

En el tema de sustracción y retención ilícita internacional de infantes, si bien es cierto que México cuenta con dos convenciones, una de ellas de carácter regional y otra universal, las cuales son la Convención de La Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores¹ y la Convención Internacional sobre Restitución Internacional de Menores;² también es cierto, que dichas convenciones únicamente revisten una facultad y competencia limitada a sus objetivos, observándose la restitución inmediata de los infantes al lugar de su residencia habitual, sin que se observe el fondo del asunto; por lo que, es necesario vincular normatividad en materia de competencia, de fondo y ejecución.

En este esfuerzo se encuentra situado el Convenio de La Haya de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños³ (en adelante Convenio de

¹ Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. (México ratifica el 20 de junio de 1991, entra en vigor el mismo año) Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/statustable/?cid=24. Consultado el: 05-08-2019.

² Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, (México la ratificó en 1994 con entrada en vigor en el mismo año) *Compilación de Instrumentos Internacionales*, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, noviembre 2012, p. 1011.

³ Convenio de La Haya de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental

La Haya de 1996), un instrumento que contiene reglas de alto grado de precisión en el manejo de los conceptos antes reseñados.

Dicho convenio refleja el esfuerzo transnacional de los Estados, coordinados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, para forjar reglas que permitan determinar con claridad qué batería de normas debe considerarse y bajo qué criterios en un caso determinado en cuanto a la persona y bienes de los niños, en relación con la responsabilidad parental, más allá de la ubicación geográfica de dichos infantes; todo ello, en un ámbito legal cooperativo y de coordinación. "Asimismo, en los Estados o situaciones donde *no* se aplica el Convenio de 1980, las disposiciones del Convenio de 1996 también pueden ser una fuente independiente de recursos de utilidad a efectos de la sustracción internacional de menores".4

Por ello, es de importancia trascendental que en casos tan sensibles de sustracción o retención internacional de menores, los Estados puedan contar con instrumentos que les den seguridad jurídica a sus determinaciones en su reconocimiento por otras jurisdicciones, claridad en las leyes aplicables y viabilidad en materia de ejecución.

3. Estructura del Convenio de La Haya de 1996

El convenio se compone de siete capítulos, cuyas materias esenciales son competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación.

La vinculación y obligatoriedad entre los Estados determinada por este instrumento dependerá de su entrada en vigor entre los mismos. En su artículo 5, se fija la residencia habitual como base de la competencia internacional, para tomar medidas de protección, independientemente de la posibilidad de que otros Estados puedan ser candidatos de transmisión de competencia al encontrarse estratégicamente mejor situados para discernir en favor del interés superior del menor (se trata, básicamente, de los artículos 5-14).

y de Medidas de Protección de los Niños. Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70. Consultado el: 24-02-2018.

⁴ Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado Oficina Permanente, Países Bajos, 2014, p. 141, párrafo 13.1.

La competencia de autoridades distintas a aquellas del Estado de la residencia habitual tendrá, en principio, que haber sido pedida o autorizada por las autoridades de este Estado, si parece que estas otras autoridades estarían en posición de apreciar mejor en un caso particular el interés superior del niño (artículos 8 y 9).⁵

Al respecto, la competencia es el punto medular a observar en el dictado de resoluciones en situaciones de niños en forma internacional, para la vinculación de las mismas en su ejecución y en el cumplimiento por otros Estados. Más aún:

...las normas de competencia fijadas en el Capítulo II del Convenio de 1996 crean un enfoque común a la competencia que le proporciona seguridad a las partes y, por consiguiente, desalienta los intentos de *forum shopping* a través de la sustracción internacional de menores.⁶

Se vincula íntimamente, entonces, la residencia habitual y competencia, de acuerdo al artículo 14 del convenio bajo análisis: "La competencia sigue a la residencia habitual del niño de modo que cuando la residencia habitual del niño cambia a otro Estado contratante, las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual tendrán competencia".⁷

También pueden existir situaciones especiales en caso de urgencia o de divorcio. El artículo 5 del Convenio de La Haya de 1996 establece este criterio de competencia *in situ* sobre la residencia habitual del menor, en relación con adoptar las medidas de protección de la persona y bienes del infante; sin embargo, existen excepciones a dicha norma, las cuales son previstas en los artículos 6, 7 y 8.

Ahora bien, el criterio rector del convenio es la residencia habitual, cuando no puede determinarse la misma, el artículo 6 de dicho acuerdo prevé sobre niños refugiados y desplazados, estableciendo como criterio geográfico a considerar la presencia física del menor, y se denomina "residencia por necesidad".

4. Competencia

El artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996 permite articular con el Convenio de La Haya de 1980, en concordancia con su artículo 16

⁵ Lagarde, Paul, "Informe Explicativo del convenio de La Haya de octubre de 1996", Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Países Bajos, París, 1997, p. 22.

⁶ Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio, *op. cit.*, p. 141, párrafo 13.2.

⁷ *Ibidem*, p. 40, párrafo 4.8.

y en relación con la competencia reservada, para decidir el fondo del asunto en una primera instancia, a las autoridades de la residencia habitual del menor antes del acto de la sustracción o la retención; sin embargo, va más allá, porque también reserva competencia a dichas autoridades para, en su caso, dictar medidas de protección a la persona y bienes del menor, a menos que se observen ciertas perspectivas que cambiarían el enfoque hacia lo más conveniente para el niño —como la aceptación del desplazamiento por quien ejercía la guarda— o si se consolida un factor de temporalidad, en concordancia con lo establecido por el Convenio de La Haya de 1980, en su artículo 12, sobre la integración del menor a un nuevo ambiente.

En tanto conserven la competencia las autoridades del Estado contratante del que el niño ha sido desplazado o retenido de manera ilícita, las autoridades del Estado contratante al cual se ha desplazado al niño o en el cual se lo retiene de manera ilícita podrán únicamente adoptar medidas de protección necesarias en virtud del artículo 11 (cuando el caso sea considerado urgente) y no podrán adoptar medidas provisionales en virtud del artículo 12 del Convenio.⁸

En este orden de ideas, las medidas del artículo 7 del Convenio de 1996, permiten que, al ejecutarse un acto de sustracción o retención ilícita de menores, no se traslade con los niños la competencia a autoridad diversa de la de su residencia habitual, en relación con las medidas de protección de su persona y sus bienes, sino que esta sea retenida por el Estado donde se tenía dicha residencia.

5. Transferencia de competencias

Se observa de acuerdo al instrumento de estudio, el foro estatal que se encuentra en una colocación más próxima al interés del menor, con cierto vínculo con el mismo, y entre Estados contratantes, tal como lo prevé el artículo 8 de dicho instrumento. Ahora bien, en sentido concordante se encuentra el artículo 9:

...estos artículos introducen en el Convenio un mecanismo reversible inspirado en las nociones de *forum non conveniens* y *de forum conveniens*, cuando parece que el interés superior del niño es que su protección sea asegurada por otras autoridades distintas a aquellas del Estado de su residencia habitual. Los dos artículos son paralelos.⁹

 $^{^8\,}$ Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio, op. cit., p. 141, párrafo 13.3.

⁹ Lagarde, Paul, op. cit., p. 29, párrafo 52.

Los Estados que pudieran observar dichos procedimientos, serían aquellos donde existe un vínculo o criterio con el infante en relación con su nacionalidad, un nexo real en relación con la ubicación de sus bienes, la vinculación de los padres por una acción personal como de divorcio, separación de cuerpos o anulación de matrimonio, o algún vínculo estrecho del menor con dicho Estado, como lo estipula el artículo 8 antes citado; ahora, dicha transferencia puede ser parcial o completa.

El Convenio de 1996 agrega a la eficacia de cualquier otra medida de protección ordenada al garantizar que dichas órdenes sean reconocidas de pleno derecho en el Estado contratante al cual se debe restituir al niño y sean ejecutorias en ese Estado contratante a petición de cualquiera de las partes interesadas (hasta el momento en que las autoridades en el Estado contratante requirente puedan fijar las medidas de protección necesarias).¹⁰

6. Medidas en caso de urgencia

En relación con las medidas de urgencia, y en específico en relación con la materia de sustracción internacional de menores, se amplían con el instrumento de estudio. El siguiente ejemplo es ilustrativo al respecto:

Un niño tiene su residencia habitual en el Estado Contratante A donde vive con su madre y su padre. Se produce la ruptura de la relación entre los progenitores y la madre desplaza de manera ilícita al niño del Estado contratante A al Estado contratante B. El padre realiza una solicitud inmediata de restitución del niño en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores (del que ambos Estados son Partes). La madre no permite que tenga lugar ningún contacto entre el niño y el padre y parece que el procedimiento de restitución en el Estado contratante B llevará un par de meses. Las autoridades en el Estado contratante A no están en condiciones de adoptar medidas respecto del contacto temporario del padre en este período... las autoridades en el Estado contratante B pueden considerar que la falta de contacto entre padre e hijo causará un daño irreparable al niño o de otro modo comprometerá la protección o los intereses del niño. Por lo tanto, las autoridades pueden determinar que esta es una situación de urgencia que exige que se adopten

¹⁰ Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio, op. cit., p. 142, párrafo 13.7.

medidas para garantizar alguna forma de contacto temporario entre el padre y el hijo hasta tanto concluyan los procedimientos de restitución. 11

En relación con las medidas de protección provisionales, también el Convenio de 1996 prevé en su artículo 12, relativo con un criterio geográfico, la posibilidad de que un Estado contratante dicte medidas donde se encuentre el menor o sus bienes. Así, dichas medidas tienen derecho al reconocimiento, pero también a su ejecución, según lo establece el artículo 23 del propio Convenio de 1996, aun cuando existan circunstancias especiales para negarse el reconocimiento.

7. Ley aplicable, cooperación, reconocimiento y ejecución

Ahora bien, en cuanto a la ley aplicable que se contempla en el capítulo II, también es importante observar la importancia de considerar el Convenio de 1996, en articulación al Convenio de 1980 de La Haya.

El Convenio de 1996 no modifica ni sustituye el mecanismo establecido por el Convenio de 1980 para abordar las situaciones de sustracción internacional de menores. En cambio, el Convenio de 1996 suplementa y refuerza el Convenio de 1980 en determinados aspectos. Esto significa que una serie de sus disposiciones pueden ser útiles como complemento del mecanismo del Convenio de 1980 cuando este se aplica a un caso particular. Asimismo, en los Estados o situaciones donde no se aplica el Convenio de 1980, las disposiciones del Convenio de 1996 también pueden ser una fuente independiente de recursos de utilidad a efectos de la sustracción internacional de menores. 12

Al respecto, el artículo 15 del Convenio de 1996 establece que los Estados contratantes aplican su propia ley; con excepciones establecidas en el mismo.

En materia de cooperación, el artículo 31 del Convenio de estudio indica que la autoridad central de un Estado contratante tomará, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas, básicamente en materia de comunicación, entre autoridades y personas interesadas, localización de un menor y en materia de mediación u otro procedimiento análogo.

¹¹ González Martín, Nuria, "Algunos pendiente y algunas propuestas en materia familiar", Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Fundación Dialnet. UNAM, número 40, México, 2010, pp. 74-75.

¹² *Ibidem*, p. 141, párrafo 13.1.

En materia de reconocimiento y ejecución, como se ha señalado, el artículo 23, se centra al respecto.

El reconocimiento de pleno derecho significa que se obtiene sin recurrir a procedimiento alguno, en tanto que la persona que se apoya en la medida no da paso alguno hacia la ejecución. Es la parte a quien la medida se opone, por ejemplo, en el curso de un procedimiento, quien deberá invocar un motivo de no reconocimiento previsto en el apartado 2. El Convenio no excluye, sin embargo, un procedimiento preventivo limitado al reconocimiento o al no reconocimiento de la medida (*vid artículo 24, infra*).¹³

En intima concordancia con el artículo citado, se encuentra el artículo 28 del ordenamiento legal de estudio (Convenio de 1996). Este artículo incluye el principio de que las medidas adoptadas en un Estado contratante y declaradas ejecutorias en otro "se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado". Se trata, de alguna forma, de una naturalización de la medida en el Estado contratante en el que se ejecutará. 14

8. Cooperación, derecho de contacto y medios alternos de solución de conflictos

Sobre el derecho de visita, el artículo 35 del Convenio de 1996 prevé la posibilidad, en cooperación de un Estado contratante a otro, para que le asista en la puesta de prácticas de medidas, en específico sobre el ejercicio efectivo del derecho de visita, y contacto.

Por otra parte, en la materia de ejecución, ciertamente el Convenio de 1996 puede coadyuvar a que los casos donde existe una orden de restitución puedan cumplirse *de facto*, con soporte jurídico inminente de cumplimiento. Además:

...existe una serie de instancias en las que el Convenio de 1980 podría no ser aplicable aunque lo sea el Convenio de 1996. Por ejemplo, el Convenio de 1980 no se aplica a los niños de más de 16 años de edad, mientras que el Convenio de 1996 se aplica a los niños hasta que alcancen la edad de 18 años. 15

¹³ Lagarde, Paul, op. cit., p. 54, párrafo 119.

¹⁴ *Ibidem*, p. 59, párrafo 134.

¹⁵ Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio, op. cit., p. 146, párrafo 13.13.

Incluso, al conservar el Estado de residencia habitual del menor la competencia como regla genérica, puede dictar medidas que pueden transferirse en materia de ejecución al Estado donde se ha desplazado al menor.

En cuanto a los medios alternos de solución de conflictos, el artículo séptimo del convenio de La Haya de 1980 es la base legal que permite observar el enclave normativo de dichos medios en un procedimiento de restitución internacional de menores.

El uso de los medios alternativos en términos de economía y celeridad procesal, evitarían los costos del proceso judicial y el estrés de litigar en dos jurisdicciones distintas.¹⁶

Sobre el particular, se ha desarrollado la Guía de buenas prácticas de mediación, la cual refleja el trabajo operativo de conferencias y comisiones de La Haya en la aplicación del convenio de 1980, y retoma las bondades de estos medios alternativos de solución de conflictos.

La utilización de medios alternativos en la solución de controversias también se puntualiza en el trabajo de otros organismos: "un ejemplo de un instrumento regional que alienta el uso de la mediación y procesos similares es la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos del Niño redactada por el Consejo de Europa y adoptada el 25 de enero de 1996".¹⁷

En este orden de ideas, los medios alternos también permiten prever conflictos futuros al abordarse la problemática de forma más constructiva e integral, incluso subsistir estos medios con sistemas jurídicos. Esto es "en perfecta armonía con las normas internacionales, la mediación puede permitir resolver la restitución del menor de una forma eficaz y altamente beneficiosa para todas las personas implicadas". ¹⁸

La aplicación en medios alternativos de solución es altamente funcional en materia de sustracción internacional de menores, pues reduce la presión de la problemática y permite que los interesados participen

¹⁶ Cfr. Fernández, Jonathan. "La mediación como método alternativo para el abordaje de un conflicto en particular: la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes". Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos (Internacional) Nro. 46, 2019.

¹⁷ Guía de buenas prácticas, mediación, pág. 18, párrafo 20, https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6561

¹⁸ Mercedes, Caso Señal, "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", Revista de Mediación, España, Madrid, núm. 8, año 4, segundo semestre, 2011, p. 27.

activamente en la construcción de puentes adecuados para desarrollar con atingencia su responsabilidad parental, incluso a través de convenios.

Sin embargo, lo cierto es que dichos convenios deben gozar de posibilidad de ser viables, exigibles y aplicables en los diferentes Estados en que se requiera traducir sus efectos, dado que los límites de competencia de los tratados en algunas ocasiones no abarcaran el contenido total del convenio para que otro país le reconozca su validez, por ello se requiere que los sistemas Nacional e Internacional, cuenten con tratados o buenas practicas que den certeza a los interesados de que un convenio al que ellos arriben en un Estado será respetado en otro Estado.

En dicha finalidad, un marco funcional adecuado es la vinculación de los Estados, por medio de un convenio internacional o acuerdo bilateral, que permita el reconocimiento y ejecución simplificada de órdenes judiciales de un Estado a otro. Un convenio de tal naturaleza ideal es justamente el de La Haya de 1996, que versa sobre la protección de Niños, según lo puntualiza la Guía de buenas prácticas en materia de mediación.

Así, una orden judicial que enmarque un acuerdo relativo a la custodia o contacto en un Estado contratante constituye una "medida de protección" y, como tal, será reconocido de pleno derecho y ejecutorio en todos los Estados contratantes. Esto significa que "el reconocimiento se obtiene sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno" (traducción no oficial) en otros Estados contratantes. No obstante, en relación con la ejecución real de la medida, resulta necesaria la declaración de exequátur o el registro (artículo 26(I)). Pero el Convenio de 1996 obliga a los Estados contratantes a aplicar un 'procedimiento simple y rápido' al respecto (art. 26(2). La declaración de exequátur o registro sólo puede ser denegada cuando se aplique una de las causales restringidas para la denegación de reconocimiento detalladas en el artículo 23(2). 19

El tema reviste complejidad práctica, en virtud de que, si bien con el Convenio de La Haya de 1980, los Estados tienen competencia para decidir sobre la restitución o no de un menor, no la tienen para pronunciarse en fondo —independientemente de lo establecido en el artículo 16 de dicho instrumento—, sobre circunstancias de derechos y obligaciones derivados de la patria potestad; por lo tanto, se observa una falta de competencia internacional si existe pronunciamiento de fondo y

¹⁹ Guía de buenas prácticas, mediación, op. cit., p. 89, párrafo 297.

puede existir problemática de vinculación y ejecución en otro Estado diverso de aquel en que se determinó el acuerdo u orden judicial. En tal contexto:

...conforme a un principio de competencia internacional de amplia aplicación, el tribunal de la residencia habitual del niño es el que tiene competencia para tomar decisiones a largo plazo respecto de la custodia y del contacto con el niño, y decisiones sobre la reubicación de la familia en países transfronterizos. Este principio encuentra su fundamento en el Convenio de 1996, el cual opera conjuntamente con el Convenio de 1980, así como con los instrumentos regionales pertinentes. El principio está basado en la premisa de que el tribunal de la residencia habitual del niño es, en general, el foro más adecuado para decidir sobre el asunto de la custodia, debido a que es el tribunal que tiene vínculos más estrechos con el medio regular del niño, i.e., es el tribunal que puede evaluar fácilmente las condiciones de vida del niño y que está más capacitado para tomar una decisión en el interés superior del niño...²⁰

Al respecto, la Guía de buenas prácticas puntualiza la articulación de los artículos 16 de la Convención de La Haya de 1980 y el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996.

En tal virtud, es importante, en el marco de seguridad jurídica la vinculación de los convenios de La Haya de 1980 y 1996, que den viabilidad a los convenios habidos entre las partes sobre la sustracción de infantes.

Ello, en virtud de que la propia naturaleza del Convenio de La Haya de 1980 y sus objetivos no contienen todas las reglas necesarias de competencia, cooperación y ejecución necesarias para vincular en forma autónoma, los aspectos en una temática integral en beneficio del interés superior del menor:

En la medida en que los objetivos del Convenio, aun siendo ambiciosos, tienen un alcance muy concreto, el problema de fondo del derecho de custodia se sitúa fuera de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, el Convenio está condenado a coexistir inevitablemente con las normas relativas a la ley aplicable y al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras de cada Estado contratante, con independencia de que su origen sea interno o convencional.²¹

²⁰ *Ibidem.* p. 92, párrafo 307.

²¹ Informe Explicativo de Elisa Pérez Vera, Oficina Permanente de La Haya, p. 10, párrafo 39.

Por lo tanto, al entrelazar los convenios de estudio, en nuestro país se proyecta un esquema que potencializa soluciones en el campo del Derecho internacional privado, en la materia de sustracción y retención de infantes.

Esta propuesta observa una adecuada vinculación de foros de sesgo universal, como la Convención de 1980 de La Haya en materia de sustracción internacional de menores, y la codificación de corte regional como la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores.

Al formar parte del convenio de 1996, México podrá articular convenios de corte dogmático, con este último, de un corte principalmente pragmático.

9. Vinculación de los convenios con los sistemas estatales

Es importante precisar que, si bien es cierto se hace referencia a que estos instrumentos internacionales tienen nociones sobre foros de competencia, relativos a *forum non conveniens* y *de forum conveniens*, y que estos son aplicables preferentemente a los sistemas de *Common Law*, es importante, en primer término, clarificar sobre jurisdicción y competencia.

En este sentido, la potestad de la jurisdicción está dada por el Estado para decir el derecho y sobre ese universo la competencia establecerá a qué jueces corresponde decidir sobre los negocios concretos en base a un criterio determinado. Así Carlos A. Gabuardi citando a Boncenne refiere:

Considerada la jurisdicción como el poder del juez, la competencia ha sido definida por Boncenne como la medida de este poder. Ha sido también definida como "la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado". Y como "la facultad y el deber de un juzgado o tribunal para conocer de determinado asunto".

"La competencia es, en realidad, la medida del poder o facultad otorgada a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto.

En otros términos se puede decir que la competencia es aquella parte de la potestad jurisdiccional que está legalmente atribuida a un órgano judicial determinado frente a una cuestión determinada.²²

²² Carlos A. Gabuardi, "Entre la Jurisdicción, la Competencia y el Forum Non Conveniens", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, núm. 121, enero-abril de 2008, p. 88.

El autor de cita indica que "Conforme a la doctrina del *forum non conveniens*, un tribunal puede declinar el ejercicio de su jurisdicción si éste fuera un foro impráctico y existiera un foro alterno adecuado".²³ Estas circunstancias no pasan desapercibidas, al igual que la integración del artículo 121 Constitucional de nuestro Estado.

Sin embargo, lo cierto es que la flexibilidad de los sistemas, podrá resolver problemas prácticos, en relación a la protección de niños y acceso a la justicia y derechos humanos, a lo que México está obligado, de acuerdo a sus compromisos internacionales con diversos instrumentos convencionales.

Y sobre el particular, en la Reunión Interamericana de la Red de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores, celebrada del 23 al 25 de febrero de 2011, en México D.F. (ahora Ciudad de México), en relación a la Convención de La Haya de 1996 sobre la Protección de Niños, se citaron los siguientes puntos:

Entendiendo los beneficios de contar con un marco jurídico para la resolución de las disputas internacionales relativas a la custodia y el contacto de los niños con sus padres, y para la protección de los niños en riesgo en situaciones transfronterizas, los participantes invitaron a los estados de la región interamericana a estudiar el Convenio de La Haya de 1996, con miras a su futura implementación.²⁴

En el mismo sentido, en la séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de octubre de 2017, nuevamente la comisión especial recomendó que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a través de la Oficina Permanente, continúe con su tarea actual de apoyo al funcionamiento práctico y eficaz de los Convenios de 1980 y 1996.²⁵

²³ *Ibidem*, p. 91.

²⁴ Reunión Interamericana de la Red de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores, México D.F., celebrada del 23 al 25 de febrero de 2011, p. 9 by.com.uy/oea.org/wp-content/.../12/TerceraReunion-deExpertos-Conclusiones.pdf Consultado el 21-03-2018.

²⁵ Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de octubre de 2017 p.3 párrafo 8 https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57 consultado el 21-03-2018.

Por lo que es un tema obligado en la agenda de los Estados, de eminente análisis; y no únicamente de aplicación a los sistemas de *Common Law*, toda vez que Ecuador, que tiene un sistema de tipo Romanista, se ha adherido al Convenio de mérito el 05-XI-2002, con entrada en vigor de 1-IX-2003, según los datos del estatus de los Estados parte de la Conferencia de La Haya.

En tal virtud, México, al ser parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene obligatoriedad de adecuar su Derecho interno para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, y al esquematizar en su marco internacional vinculante la Convención de La Haya de 1996, le coloca en una posición estratégica con herramientas al servicio de los niños y de sus familias en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación. Y con ello, contaría con instrumentos más idóneos para abordar problemáticas específicas preponderantemente en materia de sustracción y retención internacional ilícita.

10. Conclusiones

De acuerdo al estudio efectuado, se evidencia que el Convenio de La Haya de 1996 potencializa los objetivos de La Haya de 1980, y el margen de protección en materia infantil se amplifica incluyendo viabilidad de convenios. Así, al ser vinculantes ambos instrumentos internacionales en un Estado, este se encuentra en una mejor posición para dar certeza jurídica en los casos sobre la materia.

11. Bibliohemerografía

Hemerografía

- Fernández, Jonathan, "La mediación como método alternativo para el abordaje de un conflicto en particular: la restitución internacional de niños, niñas y adolescentes". Diario DPI Suplemento Civil, Bioética y Derechos Humanos (Internacional) Nro. 46, 2019.
- Gabuardi, Carlos A. "Entre la Jurisdicción, la Competencia y el Forum Non Conveniens", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLI, núm. 121, enero-abril de 2008.
- González Martín, Nuria, "Algunos pendiente y algunas propuestas en materia familiar", Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, Fundación Dialnet. UNAM, número 40, México, 2010.

- Lagarde, Paul, "Informe Explicativo del convenio de La Haya de Octubre de 1996", Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, Países Bajos, París, 1997.
- Mercedes, Caso Señal, "La mediación en los conflictos transfronterizos de sustracción de menores", Revista de Mediación, España, Madrid, núm. 8, año 4, segundo semestre, 2011.

Tratados y Convenios Internacionales

- Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, Compilación de Instrumentos Internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 2012.
- Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. 1996. Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70.
- Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. 1980. Disponible en: https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24.

Documentos Oficiales

Soft Law

Guía de buenas prácticas, mediación, https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6561

Informe Explicativo de Elisa Pérez Vera, Oficina Permanente de La Haya.

- Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado Oficina Permanente, Países Bajos.
- Reunión Interamericana de la Red de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores, México D.F., celebrada del 23 al 25 de febrero de 2011, p. 9. Disponible en: by.com.uy/oea. org/wp-content/.../12/TerceraReunion-deExpertos-Conclusiones.pdf
- Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de octubre de 2017 p. 3 párrafo Disponible en: https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/de tails4/? pid=6545&dtid=57



Parte V **Técnicas de reproducción humana asistida y DIPr**



Hacia una regulación en México sobre la gestación por sustitución a partir de los criterios judiciales más recientes en la materia

ROSA ELVIRA VARGAS BACA*

Sumario: 1. Introducción. 2. Normas constitucionales involucradas, la convergencia de competencias estatales y federales sobre el tema. 3. La regulación estatal en México de la gestación por sustitución. 4. Los criterios judiciales sobre la temática. 5. Elementos de transfronterizos de la gestación por sustitución. 6. Propuesta. 7. Conclusiones 8. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Los desarrollos que se han dado en temas reproducción humana asistida han propiciado que la gestación por sustitución sea una vía a la que con más frecuencia acuden personas con problemas de fertilidad para lograr la procreación de seres humanos. Uno de los retos que enfrenta México es atender las diversas situaciones legales derivadas de dicha práctica, máxime que todavía no existe una postura homogénea ni siquiera en lo relativo a expedir la normativa necesaria.

Es de llamar la atención las posturas más recientes que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la temática. A partir de ello es que en las próximas líneas nos proponemos analizar y realizar una propuesta de regulación en materia de gestación por sustitución, tomando como eje fundamental los criterios de protección jurídica que la Corte ha emitido.

^{*} Licenciada en Derecho, Especialista en Derecho Internacional Público, Maestra en Derecho, estos últimos por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Becaria CONACYT. Diplomada en Formación Docente y en Formación de Investigadores. Abogada Postulante. Miembro Supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; profesora de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público en la UNAM y la Universidad Motolinía del Pedregal.

2. Normas constitucionales involucradas, la convergencia de competencias estatales y federales sobre el tema

Para poder iniciar con el análisis es necesario exaltar algunas disposiciones contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹ y que se encuentran íntimamente vinculadas con las determinaciones de la Corte.

En el texto constitucional, el artículo 4 establece que "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos". Estamos en presencia del denominado derecho a la reproducción. Por tanto, al tratarse de un derecho, un medio para hacer efectivo este precepto es aceptar la posibilidad de acudir a la gestación por sustitución como medio para hacer asequible ese derecho. De la misma manera, se debe considerar que por disposición de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, ese derecho no puede ser objeto de restricción y que su protección más amplia debe ser favorecida; luego entonces, prohibir este método de reproducción sería limitativo del ejercicio de un derecho. En el ámbito del Derecho internacional de los Derechos Humanos, el artículo 17 de la Convención Americana reconoce los derechos reproductivos, mismos que se robustecieron a partir de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo de Naciones Unidas, celebrada en el Cairo en 1994, así como en la Conferencia Mundial de la Mujer, que tuvo lugar en Beijing en 1995.

El derecho a la salud es reconocido por el propio artículo 4 constitucional, el cual establece que: "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas...". La Conferencia sobre la Población y Desarrollo antes referida, ha definido la salud reproductiva de la siguiente forma:

i) La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir no hacerlo o hacerlo, cuándo y con qué frecuencia.

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm

j) (...) incluyen su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos.²

En el Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo de Naciones Unidas se señaló que en el ejercicio de ese derecho "es necesario un incremento importante del apoyo de los gobiernos y de la industria para que diversos métodos nuevos, seguros y asequibles den resultado (...) Esas investigaciones deberían inspirarse en todas las etapas en las perspectivas de ambos sexos, en particular las de la mujer, y las necesidades de los usuarios, y deberían realizarse respetando estrictamente las normas jurídicas, éticas, médicas y científicas de investigación biomédica internacionalmente aceptadas". La diversidad de problemas que pueden presentar las personas que padecen algún tipo de afección en su salud reproductiva, ha impulsado al campo de la investigación a diversificar nuevos métodos que permitan atender dichas problemáticas.

La investigadora Eleonora Lamm sostiene que "este derecho a la reproducción ha sido interpretado en el sentido de que una pareja o un individuo tiene derecho a reproducirse no sólo de forma natural, sino también mediante las nuevas tecnologías reproductivas".⁴

Es de destacar que, dado que la gestación por sustitución requiere de técnicas de reproducción asistida, ello implica forzosamente el uso de procedimientos médicos, y que en el sistema legal mexicano son regulados por las normas expedidas en materia de salubridad, la cual tiene un carácter concurrente. Dado que a través de esta última se distribuyen competencias, tanto para la Federación como para las entidades federativas e incluso los municipios, según lo disponen los artículos 4, párrafo cuarto, y 73, fracción XVI, de la Constitución, se deberá atender al ámbito competencial que bajo la perspectiva del

² ONU Mujeres, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Beijing, China, 1994. http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s final web.pdf?la=es&vs=755

³ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo de Naciones Unidas, El Cairo, Egipto, 5-13 de octubre de 1994, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N9523129.pdf?OpenElement

⁴ Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución, Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Universitat de Barcelona, Barcelona, España, 2013 https://books.google.com.mx/books/about/Gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_Ni_maternida.html?id=4gOtBAAAQBAJ&printsec=frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q=Beijing&f=false

cuidado a la salud se otorgue a cada uno de esos espacios, en relación con los métodos de reproducción.

Sin soslayar la competencia que existe en el orden federal en materia civil, es de resaltar que, en lo que concierne a la gestación por sustitución, la mayor responsabilidad corresponde a las entidades federativas, así como a la Ciudad de México, ya que estas deben expedir y aplicar todo lo relativo al Derecho de familia y a las normas referentes al Registro Civil, las cuales tienen estrecho vínculo con el uso de técnicas de reproducción asistida. De ahí que, en México las normas expedidas sobre la materia de estudio sostienen diversas perspectivas, omisas, permisivas, prohibitivas, limitantes o incluso discriminatorias; por lo que, el conflicto está latentemente presente.

Otro de los derechos involucrados es el de identidad de los niños, que constituye un principio de orden público. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 4 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los derechos de identidad tienden a proteger a los menores para tener un nombre, una nacionalidad, registro y conocer su filiación y su origen. El dispositivo constitucional reconoce el derecho que tiene toda persona a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento.

Por su parte, el artículo 80. de la citada Convención, expresamente dispone que los Estados parte se comprometen a respetar el derecho de los niños a preservar su identidad, así como su nacionalidad, nombre y relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas. La Convención es determinante al establecer que cuando un niño es ilegalmente privado de alguno de esos derechos, los Estados deben restablecer su identidad mediante los medios apropiados para la protección de los menores.

3. La regulación estatal en México de la gestación por sustitución

No todas las entidades de la República mexicana contemplan una regulación en la materia. Primeramente haremos referencia a los estados que observan la posibilidad de que las personas puedan acudir a las técnicas de reproducción asistida, en ejercicio de sus derechos reproductivos; dado que la permisión no es limitativa, la podemos entender como permitida. No obstante consideramos que es importante que se expida una la legislación especial que complemente tales disposiciones.

Estado de Colima. El artículo 410-B fracción V del Código Civil de ese estado,⁵ autoriza la adopción plena del "(...) producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción".

Estado de México. El artículo 4.16 del Código Civil⁶ establece "(...) Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número de hijos que deseen tener, así como a emplear métodos de reproducción asistida para lograr su propia descendencia". En concordancia el dispositivo 4.112 señala que "(...) la reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial sólo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento (...)".

Estado de Michoacán. En su Código Familiar, 7 el artículo 149 alude a las técnicas de reproducción "Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de los hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley correspondiente, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia".

Estado de Zacatecas. El Código Familiar⁸ de ese estado reconoce el derecho de las personas "(...) a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos, así como a emplear cualquier método de procreación asistida para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges en los términos establecidos por la Ley".

Estado de Querétaro. Un análisis especial merece la legislación de este estado. El artículo 22 de su Código Civil,º establece que "(...) desde el momento que un individuo es concebido de manera natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el (...)

⁵ Código Civil para el Estado de Colima, https://congresocol.gob.mx/web/Sistema/uploads/LegislacionEstatal/Codigos/codigo civil 06ABRIL2019.pdf

⁶ Código Civil del Estado de México, http://www.secretariadeasuntosparlamen tarios.gob.mx/leyes_y_codigos.html

⁷ Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, http://congresomich. gob.mx/file/C%C3%93DIGO-FAMILIAR-ref-18-agosto-de-2017.pdf

⁸ Código Familiar del Estado de Zacatecas, 1986, México, http://www.congresozac.gob.mx/f/todojuridico&cat=CODIGO

⁹ Código Civil del Estado de Querétaro, http://legislaturaqueretaro.gob.mx/app/uploads/est-leg/codigos/CodCiv 59.pdf

Código". El citado artículo dispone que "(...) la persona producto de una inseminación artificial o procreación asistida, con contribución de donante o donantes (...)", cuando adquiera la mayoría de edad, tendrá el derecho "(...) de conocer la identidad de sus padres biológicos (...)". Por su parte, el artículo 312, fracción III del Código en cita dispone que los "(...) hijos nacidos como producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida..." se presumen de los cónyuges, "(...) siempre y cuando no haya sido revocado el consentimiento [otorgado] para ello (...)".

Sin embargo, la disposición a destacar en este caso es el artículo 399, que contempla la adopción de embriones; esta consiste en "(...) el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino". Como se puede observar, tal figura coincide en propósito con la gestación por sustitución. No obstante, el artículo 400 del mismo ordenamiento establece que "las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión".

Sin duda, el trabajo del legislador local debe enfocarse en generar certidumbre y condiciones favorables a su población.

Estado de Sinaloa. El Código Familiar de ese estado, ¹⁰ en el artículo 283, incorpora la gestación subrogada y la define como la práctica médica a través de la cual "(...) una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento".

En diversos preceptos encontramos las diferentes modalidades de la gestación sustituta que tienen aplicabilidad en el estado; los requisitos para ser mujer subrogada gestante; el necesario otorgamiento voluntario de su consentimiento para prestar su vientre; los requisitos médicos para gestar, tales como que no "(...) padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo (...)" o alguna otra toxicomanía, acreditada

¹⁰ Código Familiar para el Estado de Sinaloa, http://www.congresosinaloa.gob. mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_familiar_21-feb-2018.pdf

mediante examen médico, "(...) que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación (...) y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas (...)" en un procedimiento semejante, compruebe que su entorno familiar es estable, libre de violencia y que su condición o económica y social es favorable para el adecuado desarrollo del producto, y que se practique, junto con los padres subrogatorios, los estudios que establezca la Secretaría de Salud del estado, necesarios para garantizar su salud.

En los artículos 286, 287 y 290 del Código en comento, se establece que la gestación subrogada constará en un instrumento a suscribir por las partes, quienes habrán de poseer capacidad de goce y ejercicio, deberán ser ciudadanos mexicanos —criticable por tratarse de un trato discriminatorio en razón de la nacionalidad— y que la madre subrogada deberá acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante, su "(...) imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero". Se establecen, entre otros requisitos, la participación y suscripción por parte de la madre y el padre subrogados, así como de la mujer gestante, del intérprete (si fuera necesario), el notario público y el director de la clínica o centro hospitalario, así como los datos referentes al lugar, año, mes, día y hora en que se otorga.

En acato al numeral 293, el instrumento deberá ser notificado a la Secretaría de Salud para sus efectos y al Oficial del Registro Civil a fin de que el niño "(...) sea contemplado en su filiación como hijo (...)" de la madre y padre o madre subrogados. En el instrumento, la gestante deberá otorgar su consentimiento para que se lleve a cabo en ella la implantación de la mórula, para procurar "(...) el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional (...)" y manifestar su conformidad de concluir la relación de subrogación respecto a los padres subrogados y el niño gestado, una vez que tenga lugar al nacimiento; lo anterior por mandato del artículo 290 del Código en comento.

Se prevén causas de nulidad del instrumento cuando exista algún vicio de la voluntad sobre la identidad de las personas y cuando se incumplan los requisitos y formalidades establecidos en el propio Código, y en aquellos casos en que se establezcan en el instrumento relativo cláusulas que atenten contra el interés superior del niño, la dignidad humana o se contravenga el orden social y el interés público.

Es importante mencionar que la declaración de nulidad del instrumento correspondiente no exime a las partes de los compromisos y responsabilidades adquiridas. La mujer gestante tiene el derecho de

"...demandar civilmente a la madre y al padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal".

Se regula, además, que el procedimiento lo realice médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento, la expedición del certificado respectivo, en el que se señalará que la gestación es producto de la aplicación "...de una técnica de apoyo a la reproducción humana...", y que dicho profesional de la salud se hará acreedor a las responsabilidades civiles y penales conducentes, "...si realiza la implantación o fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen".

Estado de Sonora. El Código de Familia¹¹ para ese estado, prevé la posibilidad de ejercer el derecho a la reproducción acudiendo a las técnicas de reproducción asistida, sin referirse expresamente ni normar lo relativo a la gestación subrogada. Su artículo 213 señala que "La filiación consanguínea es el vínculo de parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el solo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida con material genético de ambos padres". Por su parte, el artículo 206 de este ordenamiento dispone que el parentesco voluntario es el que nace, entre otros supuestos, "(...) del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida, con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos (...)".

Por otro lado, el artículo 207 del Código prescribe que "Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos (...)", estos últimos "(...) serán considerados como padres biológicos del niño que nazca (...)", siempre que hubieren otorgado expresamente su autorización. En este sentido, conforme al artículo 208, la autorización para la reproducción asistida deberá "(...) hacerse ante el Director de la Clínica o Centro Hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos".

Por último, es de destacar que el artículo 207 tutela el derecho del hijo para solicitar informes sobre su padre biológico, una vez que alcance la mayoría de edad, sin que haya lugar al reclamo de algún derecho que derive de la filiación.

Estado de Tabasco. Se trata del primer estado que legisló sobre este tipo de reproducción humana en México. La gestación subrogada se

¹¹ Código de Familia para el Estado de Sonora, http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/doc_436.pdf

introdujo en su Código Civil en 1997, se reconocía la filiación para los casos derivados de la misma. Diversos autores mencionan que a partir de este momento se puede identificar una primera etapa en lo que se refiere a su práctica en el Estado, 12 misma que se caracterizó por la patrimonialización al autorizar una remuneración a favor de la mujer gestante.

La segunda etapa comenzó a partir de la reforma de 13 de enero de 2016,13 mediante la cual se incorporó al el Capítulo VI Bis, denominado De la Gestación Asistida y Subrogada. La reforma incluyó el concepto de reproducción humana asistida, así como las modalidades que admite la gestación por contrato: subrogada y sustituta; las condiciones que debe cumplir una mujer para intervenir como mujer gestante; el deber del gobierno estatal de autorizar las clínicas que realicen estas técnicas; los requisitos que deben reunir los contratos, tales como ser suscritos por ciudadanos mexicanos con plena capacidad de goce y ejercicio —anteriormente no hacía distinción y muchos extranjeros vinieron a acogerse a los beneficios que la norma concedía—; acreditar mediante certificado médico que la mujer contratante tiene imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación; recabar el consentimiento de la mujer gestante para que se le realice la implantación de la mórula; así como dar intervención a los notarios públicos, a efecto de formalizar los contratos y llevar a cabo su presentación posterior ante los jueces familiares mediante un procedimiento judicial no contencioso.14

El artículo 92 del Código distingue entre la madre gestante sustituta, la madre subrogada y la madre contratante. Así mismo, se contempla la presunción de la maternidad en favor de la madre contratante, tratándose de los niños nacidos a partir de la intervención de una mujer gestante sustituta.

Puede constituir una causal de divorcio el que la mujer haya empleado métodos de concepción humana artificial sin tener el consentimiento de su marido. Respecto del registro civil de las personas, el

¹² Cfr. Pérez Fuentes, Gisela María, "El acto jurídico normativo. Una propuesta normativa ante los casos trágicos sobre la maternidad subrogada en México", Actualidad Jurídica Iberoamericana, Valencia, núm. 8, febrero de 2018, p. 70, http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67249/59-79.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹³ Código Civil para el Estado de Tabasco, https://congresotabasco.gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/02/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco.pdf

¹⁴ *Ibidem*, pp. 71-72.

Oficial del Registro no podrá asentar como padre a otro que no sea el marido de aquella mujer casada que hubiera dado a luz y que viva con su esposo, a menos de que se trate de un hijo nacido de una mujer gestante sustituta o como resultado de un contrato de gestación sustituta.

Previamente a la contratación, la Secretaría de Salud estatal determinará el perfil clínico, psicológico y social de la mujer gestante, para comprobar que su entorno social es estable, libre de violencia y que su condición física y psicológica es favorable para el desarrollo de la gestación; prohíbe la contratación de mujeres gestantes que padezcan alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía. Deberán tener entre 25 y 35 años de edad; otorgar su consentimiento para ser gestante subrogada o sustituta; haber adquirido plena información acerca del proceso, previo a la manifestación del consentimiento; además de acreditar mediante certificado médico expedido por una institución pública, que no estuvo embarazada durante los 365 días anteriores a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de 2 ocasiones consecutivas en un procedimiento semejante. La mujer contratante deberá demostrar mediante certificado médico oficial su imposibilidad física o la contraindicación médica para llevar a cabo la gestación y que tiene entre 25 y 40 años de edad. Todo esto, como requisitos para el contrato de gestación a suscribir ante notario público, a fin de que luego sea aprobado por el juez competente y notificado a la Secretaría de Salud estatal.

La relación contractual termina con el nacimiento y entrega del niño. La mujer gestante puede demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y posnatal.

4. Los criterios judiciales sobre la temática

Para la construcción de nuestra propuesta de regulación de la gestación por sustitución en México, hemos considerado los criterios más recientes emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. A continuación nos referiremos a ellos.

Primer caso. El pasado 26 de septiembre de 2018, la Sala de Prensa de la Suprema Corte de Justicia de la Nación¹⁵ dio a conocer que la

¹⁵ *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de Prensa 113/2018, México, 26 de septiembre de 2018, http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=5758.

Primera Sala analizará el amparo sobre legislación que regula procesos de reproducción asistida en el estado de Tabasco, en el expediente relativo a la reasunción de competencia174/2017, bajo la ponencia del Ministro Arturo Zaldívar. En el referido caso, la quejosa —una persona moral— combatió en la demanda de amparo la constitucionalidad de diversos artículos del Código Civil del referido estado.

La quejosa argumentó que los artículos impugnados le impedían desarrollar su principal objeto social: la prestación de servicios de reproducción asistida. La legislación aludida considera nulo todo contrato en que "intervengan agencias, despachos o terceras personas". Además, se consideraba que se había violado su derecho a la libertad de trabajo y de comercio porque la legislación combatida establece a las partes contratantes el requisito de ser ciudadanos mexicanos, impidiéndole la prestación de sus servicios a personas extranjeras; lo anterior, es en detrimento de los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación con base en una distinción basada en la nacionalidad.

El 4 de julio de 2017 el juez de distrito resolvió sobreseer la demanda de amparo al estimar que la promovente carecía de interés legítimo para interponerla. En contra de lo anterior, esta última interpuso recurso de revisión. La Primera Sala resolvió reasumir su competencia originaria para conocer del recurso de revisión al considerar que una vez que determine si la quejosa cuenta con interés legítimo para promover la demanda de amparo, esto permitirá analizar si la legislación que regula los procesos de reproducción asistida en el Estado de Tabasco da la suficiente seguridad jurídica a las partes intervinientes, además de establecer si es violatoria de los derechos respecto de la libertad de trabajo, igualdad y no discriminación.

Segundo caso. En sesión del pasado 21 de noviembre de 2018, la Primera Sala de la Suprema Corte resolvió el amparo en revisión 553/2018. La Caso versa sobre un matrimonio de personas del mismo sexo, quienes mediante la gestación por sustitución, lograron que con el esperma de uno de ellos y el óvulo de una donante anónima se gestara un bebé. Dado nexo biológico, solicitaron al Registro Civil de Yucatán inscribir al niño con los apellidos de ambos integrantes del matrimonio. La autoridad negó el registro bajo el argumento de que la legislación en la materia no lo preveía, y que el derecho al nombre devenía del parentesco

¹⁶ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de Prensa 150/2018, México, 21 de noviembre de 2018, http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5795.

por consanguinidad, que surge de la relación genética entre el niño y sus progenitores. El matrimonio promovió amparo, el juez de Distrito determinó que "no se podía reconocer el vínculo filial entre el menor y la pareja debido a la imposibilidad de verificar si se habían respetado las garantías mínimas en la práctica del vientre subrogado e, incluso, que con la documentación exhibida no era posible acreditar que el menor había sido concebido mediante dicha práctica".

Es de resaltar el hecho de que la misma sentencia aclara que tal determinación no implicaba que la "gestación mediante vientre subrogado fuera ilegal", sino que "debía darse un seguimiento eficaz a dicho método y el registro del menor debía hacerse previa autorización judicial o mediante el procedimiento de adopción". En contra de la sentencia, la pareja interpuso el recurso de revisión, que fue atraído por la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación. El máximo tribunal concedió el amparo para que el niño fuera registrado como hijo de los quejosos, por considerar que de esta forma se garantizaría la vigencia del derecho del niño a tener una identidad. Además de reconocer el derecho de los quejosos a su vida privada y a procrear mediante el acceso a las técnicas de reproducción asistida y el derecho de la mujer gestante, —en su calidad de tercera interesada— a su vida privada y libre desarrollo de la personalidad, toda vez que la Corte reconoció su capacidad para decidir respecto a sus procesos reproductivos. Con ello, es posible afirmar que el más alto tribunal mexicano reconoce la validez de este tipo de contratos

Tercer caso. Mediante comunicado de prensa de 8 de mayo de 2019¹⁷ se dio a conocer que la Primera Sala consideró que desde la perspectiva de los derechos de los niños, el artículo 384 del Código Civil del Estado de Aguascalientes es inconstitucional, toda vez que excluye de su protección a los que nacen dentro de uniones familiares homoparentales. La Sala determinó que la norma desconoce el derecho a conformar familias desde la perspectiva de un derecho de igualdad y no discriminación respecto de otras formas de familia. El hijo biológico de una mujer debe poder ser reconocido en su partida de nacimiento o en acta especial posterior, por otra mujer con quien aquella conforme una unión familiar homoparental, aun cuando quien reconoce no tenga un vínculo genético con el menor; resulta determinante, la voluntad

 ¹⁷ Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de Prensa 052/2019,
 8 de mayo de 2019, http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5866

parental para ejercer de la filiación jurídica por ser lo más acorde a su interés superior.

Cuarto Caso. Se dio a conocer¹8 que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reasumió su competencia para conocer de un asunto sobre el acceso al *vientre subrogado* como técnica de reproducción asistida. En el caso, a una mujer infértil se le negó el ingreso a un programa de fertilización in vitro en la modalidad de *maternidad gestante sustituta*, en virtud de que el Código Civil de Tabasco establece que solo les es posible acceder a ese programa, a mujeres de entre veinticinco y cuarenta años de edad; sin embargo la solicitante al plantear su pretensión contaba con cuarenta y cinco. El estudio que realizará la Sala tendrá que analizar los alcances de los artículos 1 y 4 de la Constitución respecto de derechos a acceder a técnicas para la reproducción y formar una familia, y al libre desarrollo de la personalidad; dentro de un contexto de respeto a los principios de igualdad y no discriminación por razones de edad.

5. Elementos de transfronterizos de la gestación por sustitución

Una vez mencionadas la diversidad de posturas existentes, así como los criterios más recientes dela Corte en la materia, resulta imprescindible señalar los elementos transfronterizos que inciden en la gestación por sustitución. La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ha enfatizado los desafíos jurídicos, por ello convocó a la elaboración de un Proyecto sobre filiación y maternidad por sustitución, que intenta solucionar los problemas que se presentan en casos de gestación por sustitución transfronteriza.

Partimos de que por lo menos en un caso transfronterizo hay un Estado donde se da el nacimiento y otro al que el niño será trasladado. Generalmente, las mujeres gestantes tienen su residencia en el lugar de nacimiento y los contratantes acuden a este. Una vez acaecido el

¹⁸ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de Prensa 070/2019, 29 de mayo de 219, http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5887

¹⁹ Para mayor abundamiento se recomienda la lectura de González Martín, Nuria y Albornoz, María Mercedes, "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol. XVI, enero-diciembre de 2016, pp. 159-187, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784.

nacimiento, debe haber un registro —generalmente regulado por la ley del lugar del alumbramiento— en el que conste la filiación. Como vimos, en algunos estados de la República mexicana se limita a los extranjeros la celebración de contratos de gestación y se les niega el registro a los menores o en el mejor de los casos se reputa como madre a la mujer gestante.

Los registros tienen como fin evidenciar un hecho legal y no necesariamente un hecho biológico, 20 como puede darse en el caso de la gestación por sustitución; los registros solo dan constancia de una relación jurídica existente y resulta preocupante que autoridades nieguen esos derechos registrales. Si no hay un registro, los padres contratantes no podrán obtener un pasaporte del país de su origen, y mucho menos una autorización migratoria respecto del país en que residen, recordemos que no necesariamente viven en el lugar de donde son originarios.

En algunos casos, puede darse el reconocimiento del documento que expidió un Estado extranjero respecto de la filiación —acta de nacimiento o incluso sentencia; no obstante, también puede darse la negativa por considerar que es contraria a su orden público o por darse un fraude a la ley— situación generalizada en países que prohíben los contratos de gestación por sustitución. En dichos casos, los padres contratantes nunca llegarán a ser considerados padres jurídicos en virtud de las normas de Derecho interno aplicable.

Otro problema es el hecho de que no todos los países en donde se da el procedimiento de gestación, se le otorga la nacionalidad al menor, —en franca violación a las normas internacionales en la materia—. La nacionalidad es un derecho humano,²¹ se trata del vínculo jurídicopolítico que existe entre una persona y un Estado determinado que lo reconoce como su nacional. Para los casos de los niños nacidos en México, son mexicanos por disposición Constitucional; cuando estos son hijos de padres extranjeros, para que estos puedan optar por buscar el otorgamiento de su nacionalidad para sus hijos, las autoridades de sus respectivos países deben comprobar el vínculo filial, y ese se logra con el acta de nacimiento primigenia, es decir, la de la autoridad registral mexicana. Si no hay registro, no hay trámite y no podrá autorizarse la salida del país de esos niños.

²⁰ *Cfr.* Dreyzin de Klor, Adiana, "El Derecho Internacional de Familia en la Posmodernidad", San José de Costa Rica, Editorial Jurídica Continental, 2012, pp. 60 y 61.

²¹ Pereznieto Castro, Leonel, *Introducción al estudio del Derecho*, 6a. ed., México, Oxford, 2009, p. 365.

6. Propuesta

Una vez señaladas las legislaciones nacionales y los casos en que la Suprema Corte ha intervenido, a manera de recomendación consideramos que los temas que deben abordar una regulación en la materia deben suponer: el derecho irrestricto de todo individuo a la reproducción; observar los intereses que se debe tutelar; la determinación de los sujetos a los que se dará acceso a esta vía reproductiva sin violentar los principios de igualdad y no discriminación —como sería el caso de personas del mismo sexo, no necesariamente casadas o limitarlas por razones de edad o nacionalidad—; respetar el libre desarrollo de la persona en el caso de las mujeres gestantes, establecer límites en la edad para estas por tratarse de una situación que puede generar daños en su salud; precisar los derechos del varón en la gestación por sustitución.

Al considerar que la Corte ha reconocido validez de los contratos de gestación por sustitución, es importante precisar la naturaleza del instrumento jurídico que contendrá el acuerdo de voluntades entre las partes involucradas y que además permita definir y acreditar la relación que estas tendrán con el nacido a través de este método. Determinar las normas aplicables y la competencia en caso de controversia; protegiendo siempre el interés superior del menor y de la mujer gestante. Será importante determinar la gratuidad o no del procedimiento, considerando que hay una serie de gastos generados no solo por la naturaleza del procedimiento, sino por situaciones que se pueden generar.

Establecer los supuestos para la aportación de gametos y si es necesario, en el caso de que hubiere donantes, conocer la identidad con correlación al derecho a conocer los orígenes biológicos propios, —no necesariamente el conocimiento de sus raíces debe generar vínculo filial—; por ende, resulta imprescindible determinar la maternidad y paternidad y su coexistencia con los supuestos tradicionales de presunción aplicables a aquellas. Eliminar el impedimento que existe conforme a la normatividad vigente de renunciar a la patria potestad. Precisar las reglas aplicables al consentimiento; considerar las situaciones legales en caso de que los progenitores biológicos del niño mueran durante la gestación; atender las situaciones que surgen cuando la madre solicitante y la gestante pertenecen a una misma familia; establecer normas para los casos en que la mujer gestante se niega a entregar al niño una vez que tuvo lugar el nacimiento.

Se debe señalar supuestos para cuando ocurra el rechazo del niño por parte de los solicitantes, al que incluso le puede seguir el rechazo de la propia mujer gestante; el surgimiento de complicaciones médicas durante el embarazo o el alumbramiento, tales como enfermedad y muerte de la mujer gestante o la existencia de malformaciones o padecimientos en el producto antes o después de nacido. El derecho de la mujer gestante a interrumpir el embarazo; la existencia de nacimientos múltiples; la regulación de los procedimientos permitidos, instituciones y actividades médicas respectivas; la responsabilidad de los terceros intervinientes en la procreación, entre los que se encuentran prestadores de servicios o agencias nacionales y extranjeras; la asignación de recursos a los establecimientos públicos donde se llegase a prestar esta práctica, así como la expedición de normas en materia de trasparencia y acceso a la información correspondiente al ejercicio de este tipo de procreación.

7. Conclusiones

Resulta imperante la regulación en materia de gestación por sustitución que considere el catálogo de derechos humanos reconocidos en la norma interna e internacional, a fin de generar las condiciones suficientes para que cualquier persona pueda acceder a estas.

Una buena regulación ayudará a evitar la clandestinidad, vulneración de derechos de las personas involucradas en los procesos, impedir los denominados mercados de fertilidad y ayudar a mejorar la calidad en la técnica por parte de prestadores de servicio con personal calificado.

De no generar un marco normativo que genere situaciones de certidumbre, seguirán proliferando conflictos internacionales e interestatales.

8. Bibliohemerografía

Bibliografía

González Martín, Nuria y Albornoz, María Mercedes, "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol. XVI, enero-diciembre de 2016, pp. 159-187, https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784.

Pérez Fuentes, Gisela María, "El acto jurídico normativo. Una propuesta normativa ante los casos trágicos sobre la maternidad subrogada en México", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Valencia, núm. 8, febrero de 2018, http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67249/59-79.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

Pereznieto Castro, Leonel, *Introducción al estudio del Derecho, 6a. ed.*, México, Oxford, 2009.

Legislación

- Código Familiar para el Estado de Michoacán De Ocampo, 2015, México, http://congresomich.gob.mx/file/C%C3%93DIGO-FAMILIAR-ref-18-agosto-de-2017.pdf
- Código Civil para el Estado de Colima, 1959, México, https://congresocol. gob.mx/web/Sistema/uploads/LegislacionEstatal/Codigos/codigo_ civil_06ABRIL2019.pdf
- Código Civil del Estado de México, 2002, México, http://www.secretariade asuntosparlamentarios.gob.mx/leyes_y_codigos.html
- Código Civil del Estado de Querétaro, 2009, México, http://legislaturaquere taro.gob.mx/app/uploads/est-leg/codigos/CodCiv_59.pdf
- Código Familiar para el Estado de Sinaloa, 1940, México, http://www.congre sosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_familiar_21-feb-2018.pdf
- Codigo de Familia para el Estado de Sonora, 2011. México, http://www.con-gresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/doc_436.pdf
- Código Civil para el Estado de Tabasco, 2006, México, https://congresotabasco. gob.mx/wp/wp-content/uploads/2019/02/Codigo-Civil-para-el-Estado-de-Tabasco.pdf
- Código Familiar del Estado de Zacatecas, 1986, México, http://www.congre sozac.gob.mx/f/todojuridico&cat=CODIGO
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, México, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm

Otros documentos

- Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y Desarrollo de Naciones Unidas, El Cairo, Egipto, 5-13 de octubre de 1994, https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N95/231/29/PDF/N95231 29.pdf?OpenElement
- Lamm, Eleonora, Gestación por sustitución, Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres, Universitat de Barcelona, Barcelona, España, 2013 https:// books.google.com.mx/books/about/Gestaci%C3%B3n_por_ sustituci%C3%B3n_Ni_maternida.html?id=4gOtBAAAQBAJ&printsec= frontcover&source=kp_read_button&redir_esc=y#v=onepage&q=Beijing &f=false
- ONU Mujeres, Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, Beijing, China, 1994. http://www.unwomen.org/-/media/headquarters/attachments/sections/csw/bpa_s_final_web.pdf?la=es&vs=755

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de Prensa 052/2019, 8 de mayo de 2019, http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunica dos/noticia.asp?id=5866
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de Prensa 070/2019, 29 de mayo de 219, http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunica dos/noticia.asp?id=5887
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de Prensa 113/2018, México, 26 de septiembre de 2018, http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=5758.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comunicado de Prensa 150/2018, México, 21 de noviembre de 2018, http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5795.

Problemas de Derecho internacional privado en la responsabilidad civil médica en materia de reproducción asistida

ELÍ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ*

Sumario: 1. Introducción. 2. Responsabilidad civil derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida. 3. Problemas de Derecho internacional privado: foro competente y Derecho aplicable. 4. Conclusiones. 5. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Con el avance de la ciencia y la tecnología, el hombre ha podido, no solamente entender la composición y el funcionamiento del genoma humano, sino que también le ha permitido realizar investigaciones sobre él con la finalidad de prevenir o tratar enfermedades de índole genética, facilitar la reproducción humana e incluso manipular el genoma para el mejoramiento de la raza humana.

Con este desarrollo nace el "bioderecho", entendido como:

... el conjunto de disposiciones jurídicas, decisiones jurisprudenciales y principios del derecho aplicables a las acciones de investigación, de desarrollo tecnológico y de naturaleza clínica que incidan en la salud e integridad física de las personas, para que se ejerzan con responsabilidad, preservando la dignidad, la autonomía informativa, la seguridad jurídica y la integridad psicológica de los individuos, y la equidad social.¹

Debido a lo anterior, el 4 de abril de 1997, en el seno del Consejo de Europa, se adoptó el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones

^{*} Asesor en la Ponencia de la Ministra Yasmín Esquivel Mossa, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

¹ Valadez, Diego. "Problemas del bioderecho y del derecho genómico". Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM)-Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, México, 2006, p. 389.

de la Biología y la Medicina,² también conocido como "Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina" o como "Convenio de Oviedo" por el lugar de su adopción, cuyo artículo 12 (pruebas genéticas predictivas) señala que solo podrán hacerse pruebas predictivas de enfermedades genéticas o que permitan identificar al sujeto como portador de un gen responsable de una enfermedad o detectar una predisposición o susceptibilidad genética a una enfermedad con fines médicos o de investigación médica y con un asesoramiento genético apropiado.

Y con respecto al genoma humano, se dispone que:

Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones predictivas, diagnósticas o terapéuticas y sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia.

No obstante lo anterior, el artículo 14 dispone que "no se admitirá la utilización de técnicas de asistencia médica a la procreación para elegir el sexo de la persona que va a nacer, salvo en los casos en que sea preciso para evitar una enfermedad hereditaria grave vinculada al sexo".

De esta manera, las técnicas de reproducción asistida no solo tienen por objeto superar la esterilidad o infertilidad de la pareja cuando no existe otra manera de superarla, sino que también pueden ser una opción para evitar la concepción de hijos con padecimientos genéticos graves.³

Sin embargo, el presente estudio se centrará más en la "práctica clínica" que en la "investigación clínica", entendiendo por la primera "todo acto realizado en el cuerpo de un paciente con el objetivo de diagnosticar y tratar sus enfermedades" a diferencia de la segunda, entendiendo por aquella toda "actividad encaminada a conocer el posible carácter diagnóstico o terapéutico de una intervención o un producto".⁴

² México no es Estado Parte.

³ Flores Ávalos, Elvia Lucía. "Derechos de los sujetos que participan en la reproducción asistida". en Brena Sesma, Ingrid (ed.), Reproducción asistida, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, pp. 63-84. Disponible en: https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/6.pdf fecha de consulta: 29 de mayo de 2019.

⁴ Gracia Guillén, Diego. "investigación en sujetos humanos: implicancias lógicas, históricas y éticas", *Pautas éticas de investigación en sujetos humanos: nuevas perspectivas*, Santiago, Programa Regional de Bioética OPS/OMS, 2003, p. 112. Disponible

El empleo cada vez más creciente de las técnicas de reproducción asistida, principalmente con fines reproductivos, ha generado lo que se conoce como "turismo reproductivo" o "movimiento transnacional reproductivo", que consiste en el flujo de personas que viajan a países diferentes de su residencia habitual, para poder acceder a estas técnicas que en sus países de origen se encuentran prohibidas, y por tanto son ilegales, o de difícil acceso.⁵

Uno de los problemas cotidianos que se presentan es el de la responsabilidad civil por los daños causados por el uso de las técnicas de reproducción asistida cuando su empleo genera graves daños a la salud, bien sea de la mujer o del fruto de la concepción.

Pese a los enormes problemas legales que se presentan en este "turismo procreativo", este flujo transnacional es cada vez más creciente; por lo que se hace necesario establecer normas que den solución a dichos conflictos; por tanto, el objetivo del presente estudio es el de exponer de manera general algunas soluciones adoptadas a nivel internacional, mismas que podrían servir de modelo a la legislación nacional.

2. Responsabilidad civil derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida

El artículo 24 de la Convención de Oviedo, antes citada, señala que "la persona que haya sufrido un daño injustificado como resultado de una intervención tendrá derecho a una reparación equitativa en las condiciones y modalidades previstas en la Ley"; por tanto, toda persona que resulte afectada como consecuencia de la práctica de una técnica de reproducción asistida tendrá derecho a una indemnización por concepto de responsabilidad civil médica conforme a la Ley que resulte aplicable.

A manera de comentario, el 11 de noviembre de 1997, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) adoptó la Declaración Universal sobre el Genoma Humano

en:https://www.paho.org/chi/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=documentos-tecnicos&alias=82-pautas-eticas-de-investigacion-en-sujetos-huma nos-nuevas-perspectivas&Itemid=1145 fecha de consulta: 13 de junio de 2019.

⁵ Pennings, Guido. "International parenthood via procreative turism", citado por Igareda González, Noelia. "La donación anónima de óvulos en Europa. Los problemas sobre el discurso de 'donar vida'". *Revista de Antropología Social*. Disponible en: https://revistas.ucm.es/index/php/RASO/article/view/6185/4564456548310 Fecha de consulta: 11 de junio de 2019.

y los Derechos Humanos,6 cuyo artículo 80. señala que "toda persona tendrá derecho, de conformidad con el Derecho internacional y el derecho nacional, a una reparación equitativa de un daño del que pueda haber sido víctima, cuya causa directa y determinante pueda haber sido una intervención en su genoma".

Lo cual es confirmado por el artículo 13 de la citada Declaración al señalar que:

Las consecuencias éticas y sociales de las investigaciones sobre el genoma humano imponen a los investigadores responsabilidades especiales de rigor, prudencia, probidad intelectual e integridad, tanto en la realización de sus investigaciones como en la presentación y utilización de los resultados de estas. Los responsables de la formulación de políticas científicas públicas y privadas tienen también responsabilidades especiales al respecto.

De esta manera, queda claro que existe el derecho a exigir responsabilidad, y por ende, a exigir la reparación de los daños causados en un proceso de reproducción asistida, más aún cuando esa persona es sometida a un proceso de investigación del genoma humano.⁷

Asimismo, la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos⁸ dispone en su artículo 15 que:

Las personas y entidades encargadas del tratamiento de los datos genéticos humanos, datos proteómicos humanos⁹ y muestras biológicas deberían adoptar las medidas biológicas necesarias para garantizar la exactitud, fiabilidad, calidad y seguridad de esos datos y del tratamiento de las muestras biológicas. Deberían obrar con rigor, prudencia,

⁶ Disponible en: http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Huma nos/INST%2031.pdf Fecha de consulta: 2 de junio de 2019.

⁷ Varios instrumentos internacionales prevén la responsabilidad por la investigación médico-científica en materia de genoma humano, tal como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos (art. 5, inciso a); la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos (art. 4) y; la Declaración de Helsinki de la Asociación Médica Mundial (párr. 15).

⁸ Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 16 de octubre de 2003. Disponible en: http://www.leloir.org.ar/cbfil/wp-content/uploads/sites/57/2016/07/UNESCO_Declaraci%C3%B3n-Internacional-sobre-Datos-Gen%C3%A9ticos-Humanos_2003.pdf Fecha de consulta: 12 de junio de 2019.

⁹ Se entiende por "datos proteómicos humanos" la "información relativa a las proteínas de una persona, lo cual incluye su expresión, modificación e interacción" (artículo 2, inciso ii) de la Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos, *Idem*.

honestidad e integridad al tratar e interpretar los datos genéticos humanos, datos proteómicos, humanos o muestras biológicas, habida cuenta de las consecuencias éticas, jurídicas y sociales que de ahí puedan seguirse.

Por otro lado, la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*¹⁰ establece en su artículo 14.2 que:

Teniendo en cuenta que el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social, los progresos de la ciencia y la tecnología deberían fomentar:

a) el acceso a una atención médica de calidad y a los medicamentos esenciales, especialmente para la salud de las mujeres y los niños, ya que la salud es esencial para la vida misma y debe considerarse un bien social y humano.

Asimismo, en los *Principios éticos para las investigaciones médicas* en seres humanos,¹¹ también conocida como "Declaración de Helsinki" se dispone que:

La investigación médica en seres humanos debe ser llevada a cabo solo por personas científicamente calificadas y bajo la supervisión de un médico clínicamente competente. La responsabilidad de los seres humanos debe recaer siempre en una persona con capacitación médica [el subrayado es mío], y nunca en los participantes en la investigación, aunque hayan otorgado su consentimiento [párr. 15].

En virtud de lo anterior, según el principio de incertidumbre, un paciente puede recibir un tratamiento experimental si, y solamente si, el médico responsable tiene incertidumbre sobre cuál de los posibles tratamientos es más apropiado para ese paciente.¹²

¹⁰ Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 19 de octubre de 2005. Disponible en: http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/subtemas/bioeticayderechoshumanos.pdf Fecha de consulta: 12 de junio de 2019.

¹¹ Adoptada por la 18a. Asamblea Médica Mundial, en Helsinki, Finlandia, en junio 1964 y enmendada posteriormente en 1975, 1983, 1989, 1996 y 2000. Disponible en: <a href="https://www.paho.org/chi/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=documentos-tecnicos&alias=82-pautas-eticas-de-investigacion-en-sujetos-humanos-nuevas-perspectivas&Itemid=1145 Fecha de consulta: 13 de junio de 2019.

¹² Rodríguez Yunta, Eduardo. "Elección de control en ensayos clínicos el problema ético del uso de placebo comentario a las pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos CIOMS 2002", *Pautas éticas de investigación relacionada con seres humanos*. Organización Panamericana de la Salud (OPS)-Organización Mundial de la Salud (OMS), 2017, p. 59.

Solo a manera de comentario, me permito señalar que la Unión Europea ha expedido una Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, ¹³ la cual tiene por objeto:

...establecer unas reglas para facilitar el acceso a una asistencia sanitaria transfronteriza segura y de elevada calidad en la Unión, así como garantizar la movilidad de los pacientes... y promover la cooperación en materia de asistencia sanitaria entre los Estados miembros, respetando plenamente, al mismo tiempo, las responsabilidades de los Estados miembros en lo tocante a la determinación de las prestaciones de seguridad social que estén relacionadas con la salud y a la organización y la prestación de asistencia sanitaria y atención médica, y de otras prestaciones de la seguridad social, en especial, en caso de enfermedad (Considerando 10).

De conformidad con el artículo 3, inciso e) se entiende por "asistencia sanitaria transfronteriza": "la asistencia sanitaria prestada o recetada en un Estado miembro distinto del Estado miembro de afiliación".

De igual manera, dispone que el Estado miembro del tratamiento garantizará que "se disponga de sistemas de seguro de responsabilidad profesional o garantías similares que sean equivalentes o esencialmente comparables en cuanto a su finalidad y adecuados a la naturaleza y el alcance del riesgo, para los tratamientos dispensados en su territorio" (artículo 4.2, inciso d).

Por otro lado, la responsabilidad civil la diferenciamos doctrinariamente en contractual y extracontractual, citando una tesis del Primer Tribunal Colegiado en materia civil del Cuarto Circuito.¹⁴

La responsabilidad civil contractual corresponde a la obligación de reparar los daños y perjuicios que se causan por el incumplimiento de las obligaciones previamente contraídas; es decir, por la violación de un derecho que es correlativo de una obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer y cuyo deudor está individualmente identificado en el contrato del que se originan. Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual no deriva del incumplimiento de un acuerdo de voluntades, sino de un hecho que violenta la ley en sentido amplio; es decir,

¹³ Aprobada el 9 de marzo de 2011. Disponible en: https://www.boe.es/doue/2011/088/L00045-00065.pdf Fecha de consulta: 03 de julio de 2019.

¹⁴ RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. SUS DIFERENCIAS. Tesis IV.1o.C.66 C. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, Octubre de 2006, Registro No. 174,014. Pág. 1516.

de un derecho absoluto que es correlativo de un deber de abstención a cargo de un sujeto pasivo universal e indeterminado.

De esta manera, la responsabilidad contractual tiene su presupuesto en el incumplimiento o en el cumplimiento inexacto o parcial de las obligaciones derivadas de un contrato; en tanto que, la responsabilidad extracontractual tiene como presupuesto la causación de un daño sin que entre los sujetos involucrados exista una relación contractual previa, o preexistente esta, el daño es ajeno a dicha relación.¹⁵

El Código Civil para el Distrito Federal (en lo sucesivo CCDF) aplicable en la Ciudad de México, señala que "la responsabilidad civil puede ser regulada por convenio de las partes, salvo aquellos casos en que la ley disponga expresamente otra cosa" (artículo 2117), siendo esta una responsabilidad contractual; y dispone por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual que "el que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que demuestre que el daño se produjo como consecuencia de culpa o negligencia inexcusable de la víctima" (artículo 1910).

Si bien, la doctrina sostiene que, no obstante la distinción, los efectos del daño son idénticos en ambos tipos de responsabilidad, ambos buscan reparar el perjuicio causado y ambos se constituyen en fuente de las obligaciones; por lo tanto, de acuerdo a su naturaleza responderían a un sistema unitario, ya que para esta posición lo que importa no es su origen sino sus efectos, en otras palabras, al acreedor o a la víctima no le interesa si fue un contrato o un delito lo que originó la obligación, sino que sea efectivamente satisfecho su derecho. Sin embargo, como se señalará más adelante, la diferencia entre responsabilidad contractual y extracontractual sí tiene impacto en el régimen aplicable en el Derecho internacional privado.

Por su parte, la responsabilidad médica puede ser de medios o de resultados. Si es de medios se deberá acreditar la afectación y la culpa del profesional, así como el nexo causal entre ambas; en virtud de que el profesionista médico no se obliga al logro de un resultado concreto

¹⁵ RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. SU DISTICIÓN. Tesis I.5o.C.55 C (10). Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, Agosto de 2013, Registro No. 200,4315. Pág. 1721.

¹⁶ Pizza Bilbao, María Antonieta. *La responsabilidad civil extracontractual hacia un sistema bipolar*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), 2012, p. 25.

sino al despliegue de una conducta diligente. En tal caso, la falta de diligencia y la negligencia del profesional médico son las que habrán de probarse. En cambio, cuando la obligación es de resultado, solamente se debe acreditar que no se obtuvo el resultado esperado (como en el caso del ejercicio de la odontología). Por lo general la obligación del profesional es de medios y no de resultados.¹⁷

En nuestro Derecho nacional, la responsabilidad civil médico-sanitaria es, por regla general, de naturaleza extracontractual y una responsabilidad de medios; sin embargo, el juez es quien deberá valorar esto, así lo estableció la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al señalar que:

...la responsabilidad extracontractual médico-sanitaria debe ubicarse en la que requiere una culpa en sentido amplio para acreditar los elementos de la acción, bajo el entendimiento de que se actualiza un supuesto de una obligación de medios, pues a lo que están sujetas las personas que brindan servicios médico-sanitarios es a realizar todas las conductas necesarias para la consecución de su objetivo según las experiencias de la lex artis. Así, se considera que la apreciación de lo que debe valorarse como lex artis ad hoc no puede determinarse con meras apreciaciones subjetivas de las partes, sino que deben existir elementos objetivos que permitan al juzgador llegar a una plena convicción sobre cuáles son las conductas específicas que, sin lugar a dudas, debe cumplir el personal médico. Es el juez quien debe especificar cuáles son los deberes de los médicos en cada caso concreto; es decir, no obstante que la *lex artis* puede tener un elemento fáctico, pues se conforma por la práctica médica, es el juzgador quien debe determinarla a la luz del material probatorio del que disponga o del que pueda allegarse.18

Así, la *Ley General de Salud*¹⁹ dispone que "los usuarios tendrán derecho a obtener prestaciones de salud oportunas y de calidad idónea

¹⁷ RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS. Tesis I.4o.C.329 C (9a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, Registro No. 160,354. Pag. 4605.

¹⁸ RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN MATERIA MÉDICOSANITARIA. FIJACIÓN DE LA LEX ARTIS AD HOC. Tesis 1a. CCXXX/2016 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Gaceta del *Semanario Judicial de la Federación*. Libro 34, Septiembre de 2016, Registro No. 2012514, Pág. 515.

¹⁹ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 7 de febrero de 1984. Disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_241218.pdf Fecha de consulta: 19 de junio de 2019.

y a recibir atención profesional y éticamente responsable, así como trato respetuoso y digno de los profesionales, técnicos y auxiliares" (artículo 51).

3. Problemas de Derecho internacional privado: foro competente y Derecho aplicable

La responsabilidad civil en materia de reproducción asistida puede ser de ambas naturalezas, tanto contractual como extracontractual.

Veamos un ejemplo, en el supuesto hipotético, una mujer residente del Estado A contrata con un hombre residente del Estado B la donación de su semen con objeto de fecundar con él sus óvulos, en el país de su residencia habitual, y de esta manera poder concebir; sin embargo, una vez que ha concebido y dado a luz se percata que su hijo menor padece de un mal congénito transmisible genéticamente. ¿Podría ella demandar judicialmente la responsabilidad civil contractual por los daños causados en la salud de su menor hijo a consecuencia de la enfermedad transmitida por los genes del semen del donante, en el entendido de que si ella supiera que el donador padecía de dicha enfermedad no habría celebrado dicho contrato ni habría realizado la fecundación?, ¿es responsable contractualmente el donador del semen si él no tenía conocimiento de dicha enfermedad transmisible hereditariamente? Pero si la donación se hubiera hecho a través de un banco de semen o una clínica especializada en técnicas de reproducción asistida, ¿cambia la naturaleza de la responsabilidad, y quién asume en todo caso tal responsabilidad? ¿es responsable el médico tratante o la clínica por la realización de las técnicas de reproducción asistida?, ¿qué naturaleza tiene esta responsabilidad?

Cabe preguntarse adicionalmente, siendo este supuesto un caso de prestación de servicios transfronterizos, ¿cuál sería el foro competente? Y ¿cuál sería el derecho aplicable a esta relación?

En el caso de la responsabilidad civil médica, es común admitir que hay daños cuyo origen es difuso; es decir, que la determinación de si el daño causado deriva del incumplimiento o no de obligaciones contractuales es tremendamente complejo.

Lo anterior, genera graves problemas en el Derecho internacional privado. Dependerá pues, de la calificación que le demos a dicha responsabilidad, como contractual o extracontractual, el régimen que habrá de recibir en el Derecho internacional privado.

3.1. Problemas de competencia judicial

A. En el Derecho nacional

Es importante señalar que, en el Derecho nacional no existen normas específicas sobre responsabilidad civil médica por reproducción asistida; por tanto, habremos de atenernos a las reglas generales del derecho civil.

Si calificamos la responsabilidad médica como contractual, será juez competente, de conformidad con el artículo 24, Fr. II, del *Código Federal de Procedimientos Civiles* y sus correlativos en los códigos de procedimientos civiles de las diversas entidades federativas,²⁰ "el del lugar convenido para el cumplimiento de la obligación".

En cambio, si la responsabilidad es de naturaleza extracontractual, será juez competente "el del domicilio del demandado, tratándose de acciones reales sobre muebles o de acciones personales, colectivas o del estado civil" (artículo 24, Fr. IV, del Código Federal de Procedimientos Civiles y sus correlativos en los diversos códigos estatales).²¹

B. En el Derecho internacional

A nivel internacional, el artículo 5.1 de la *Convención de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro*, ²² establece que "el tribunal o los tribunales de un Estado contratante designados en un acuerdo exclusivo de elección de foro, serán competentes para conocer de un litigio al que se aplique dicho acuerdo, salvo que el acuerdo sea nulo según la ley de ese Estado"; dicho foro será competente, tanto para los casos de responsabilidad contractual como extracontractual.

²⁰ Así por ejemplo, el artículo 156, Fr. II, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aplicable en la Ciudad de México, "es Juez competente [...] el del lugar señalado en el contrato para el cumplimiento de la obligación. Tanto en este caso como en el anterior, surte el fuero no sólo para la ejecución o cumplimiento del contrato, sino para la rescisión o nulidad".

²¹ Así por ejemplo, el artículo 156, Fr. II, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, aplicable en la Ciudad de México, "es Juez competente [...] el del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o del estado civil".

²² Adoptado en La Haya, Países Bajos, el 30 de junio de 2005. El Gobierno de México depositó su instrumento de adhesión el 26 de septiembre de 2007. El Decreto de Promulgación fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 10. de octubre de 2010. Disponible en: https://assets.hcch.net/docs/4ddb0a2b-327d-47c3-89f1-bc15679ffc99.pdf Fecha de consulta: 03 de julio de 2019.

Sin embargo, no existe ningún instrumento internacional interamericano que establezca normas de competencia judicial directa. El único instrumento regional americano que establece normas de competencia internacional es el *Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en materia Contractual*, ²³ en el marco de Mercosur, el cual dispone que:

En los conflictos que surjan en los contratos internacionales en materia civil o comercial serán competentes los tribunales del Estado Parte a cuya jurisdicción los contratantes hayan acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma abusiva. Asimismo, puede acordarse la prórroga a favor de tribunales arbitrales (artículo 40.).

En ausencia de un acuerdo de elección de foro, será competente, a elección del actor: *a)* los jueces del lugar de cumplimiento de contrato; *b)* los jueces del domicilio del demandado; o *c)* los jueces de su domicilio o sede social cuando demostrare que cumplió con su prestación (artículo 70.).

Sin embargo, no existen normas para la determinación del foro competente en materia de responsabilidad extracontractual.

Por su parte, en el Derecho de la Unión Europea, el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ("Reglamento de Bruselas"),²⁴ dispone en su artículo 50. que:

Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro:

- 1) a) en materia contractual [el subrayado es mío], ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda;
- *b*) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será:

[...]

²³ Adoptado en Buenos Aires, Argentina, el 5 de agosto de 1994. Disponible en: http://www.sice.oas.org/trade/mrcsrs/decisions/DEC0194.asp Fecha de consulta: 3 de julio de 2019.

²⁴ Aprobado por el Consejo el de 22 de diciembre de 2000. Sustituye al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, de 27 de septiembre de 1968. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R0044&from=ES Fecha de consulta: 03 de julio de 2019.

--cuando se tratare de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieren ser prestados los servicios.

Respecto a la responsabilidad extracontractual, el citado Reglamento señala que "en materia delictual o cuasidelictual, [el responsable podrá ser demandado] ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso" (artículo 5.3), reconociendo la regla de *forum loci damni*.

Sin embargo, las reglas de competencia establecidas en este Reglamento son aplicables cuando las personas demandadas se encuentran domiciliadas en un Estado miembro de la Unión Europea (artículo 3.1);²⁵ salvo el caso de los acuerdos de competencia exclusiva (artículo 22) y de prórroga de competencia (artículo 23.1).²⁶

Por tanto, si "... el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 y 23" (artículo 4.1).

3.2. Problemas de Derecho aplicable

A. En el Derecho nacional

Respecto al Derecho aplicable, si calificamos la responsabilidad como contractual, de conformidad con el artículo 13, Fr. V del *Código Civil Federal*, y sus correlativos en los diversos códigos civiles de las entidades federativas,²⁷ "los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de

²⁵ Artículo 3.1 del Reglamento: "Las personas domiciliadas en un Estado miembro sólo podrán ser demandadas ante los tribunales de otro Estado miembro en virtud de las reglas establecidas en las secciones 2 a 7 del presente capítulo".

Artículo 23.1 del Reglamento: "Si las partes, cuando al menos una de ellas tuviere su domicilio en un Estado miembro, hubieren acordado que un tribunal o los tribunales de un Estado miembro fueren competentes para conocer de cualquier litigio que hubiere surgido o que pudiere surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal tribunal o tales tribunales serán competentes. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes...".

²⁷ Así por ejemplo, el artículo 13, Fr. V del Código Civil para el Distrito Federal, aplicable a la Ciudad de México, dispone que "..., los efectos jurídicos de los actos y contratos celebrados fuera del Distrito Federal que deban ser ejecutados en su territorio, se regirán por las disposiciones de este Código, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho".

que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho"; es decir, la regla es la *lex executionis*.

En cambio, si la responsabilidad es de naturaleza extracontractual, nuestra legislación carece de reglas expresas en esta materia; no obstante, existe una clara tendencia internacional de emplear en estos casos la *lex loci damni*, misma que puede servir de guía a nuestros jueces.

B. En el Derecho internacional

A nivel interamericano, si la responsabilidad civil es contractual, es decir, derivada del incumplimiento del contrato, estaremos a lo dispuesto por la *Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales* ("Convención de México"),²⁸ la cual dispone que, el Derecho aplicable será aquel que eligieron las partes en el contrato (artículo 70.); pero, "si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos" (artículo 90., primer párrafo).

Cabe señalar que, la convención en comento solo se encuentra en vigor entre México y Venezuela y, debido al escaso número de ratificaciones, el Comité Jurídico Interamericano (CJI) de la Organización de Estados Americanos (OEA), elaboró una *Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en la Américas.* ²⁹ Uno de los principales propósitos de la Guía es que sea tomada en consideración por los legisladores al examinar el régimen jurídico interno de sus países en materia de Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales, así como por los órganos jurisdiccionales que diriman controversias relativas a dichos contratos y por las partes contratantes. ³⁰

²⁸ Adoptada en la Ciudad de México, el 17 de marzo de 1994, durante la Quinta Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CI-DIP V). Ratificada por el Gobierno de México el 15 de noviembre de 1996. El Decreto de Promulgación fue publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 10. de junio de 1998. Disponible en: https://www.poderjudicialyucatan.gob.mx/digestum/marcoLegal/08/2013/DIGESTUM08076.pdf Fecha de consulta: 03 de julio de 2019.

²⁹ Aprobada en Río de Janeiro, Brasil, el 22 de febrero de 2019. Disponible en: http://www.oas.org/en/sla/iajc/docs/Guide_Law_Applicable_to_International_Com mercial_Contracts_in_the_Americas.pdf Fecha de consulta: 03 de julio de 2019.

³⁰ Boletín Informativo de la OEA. Mazo de 2019. Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/boletines_informativos_DDI_CJI_Guia_derecho_aplicable_contra tos_comerciales_internacionales_Marzo-2019.html Fecha de consulta: 03 de julio de 2019.

No obstante lo anterior, no existe instrumento internacional alguno en la región que establezca normas para la determinación del Derecho aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Sin embargo, en el Derecho de la Unión Europea, el *Reglamento* (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales ("Roma I"),³¹ al igual que la Convención de México, tiene por principio rector el de la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que, "el contrato se regirá por la ley elegida por las partes" (artículo 3.1). Sin embargo, a falta de elección expresa de la Ley aplicable, "el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual" (artículo 4.1, inciso b), de manera que, la Ley que resulte aplicable al contrato regirá también "el cumplimiento de las obligaciones que genere" (artículo 12.1, inciso b).

Es importante señalar que, "la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro" (artículo 20.). Lo anterior, abre la posibilidad de que una pareja europea que recurre a clínicas especializadas en terapias de reproducción asistida en América —como es el caso de la gestación por sustitución donde muchos extranjeros, principalmente europeos recurren a clínicas ubicadas en América Latina— puedan someterse a la legislación nacional del país donde realizaron su tratamiento.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil extracontractual, el Reglamento (CE) No. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a la Ley Aplicable a las Obligaciones Extracontractuales ("Roma II"),³² señala que

El concepto de obligación extracontractual varía de un Estrado miembro a otro. Por ello, a efectos del presente Reglamento, la noción de obligación extracontractual deberá entenderse como un concepto autónomo. Las normas de conflicto de leyes contenidas en el presente Reglamento deben aplicarse también a las obligaciones extracontractuales basadas en la responsabilidad objetiva.³³

³¹ Aprobado el 17 de junio de 2008. Sustituye al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales ("Convenio de Roma"), del 19 de junio de 1980. Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF Fecha de consulta: 03 de julio de 2019.

³² Aprobado el 11 de junio de 2007. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32007R0864&from=ES Fecha de consulta: 03 de julio de 2019.

³³ Considerando 11 del Reglamento, *Idem*.

Tal como señala el propio Reglamento, si bien el principio de *lex loci delicti comissi* constituye la solución básica en cuanto a obligaciones extracontractuales en la casi totalidad de los Estados miembros, la aplicación práctica de este principio en caso de dispersión de elementos en varios países varía. Esta situación es fuente de inseguridad jurídica (Considerando 15). De manera que:

Unas normas uniformes deben incrementar la previsibilidad de las resoluciones judiciales y garantizar un equilibrio razonable entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y los de la persona perjudicada. La conexión con el país donde se produzca el daño directo (lex loci damni) crea un justo equilibrio entre los intereses de la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada, y corresponde también a la concepción moderna del Derecho de responsabilidad civil y al desarrollo de los regímenes de responsabilidad objetiva (Considerando 16).

De esta manera, la solución adoptada por el Reglamento consiste en que:

…la legislación aplicable debe determinarse sobre la base del lugar en el que se produzca el daño [lex loci damni], independientemente del país o países en los que pudiera haber consecuencias indirectas. En consecuencia, en casos de lesiones personales o daño a la propiedad, el país en el que se produce el daño debe ser el país en el que se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad, respectivamente.³⁴

Por tanto, de conformidad con el artículo 4.1 del Reglamento:

... la ley aplicable a una obligación extracontractual que se derive de un hecho dañoso es la del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.

No obstante lo anterior,

Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto [...], se aplicará la ley de este otro país. Un vínculo manifiestamente más estrecho con otro país podría estar basado en una relación preexistente entre las partes, como por ejemplo un contrato, que esté estrechamente vinculada con el hecho dañoso en cuestión (artículo 4.3).

³⁴ Considerando 17 del Reglamento, *Idem*.

Dado lo anterior, tenemos que:

- *a)* Por regla general, la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual es la Ley del país donde se produce el daño (*lex loci damni*); o
- *b*) La ley del país donde hubiere vínculos manifiestamente más estrechos, cuando los hubiere.

Asimismo, tal como señala el artículo 4.3, arriba citado, se entenderá que existe un vínculo más estrecho cuando existe una relación preexistente entre las partes basada en un contrato, siempre que este esté estrechamente vinculado con el hecho dañoso; el cual pudiera ser el caso de un contrato de donación de gametos o, del servicio de médico con una clínica especializada.

Es importante señalar que, de conformidad con este Reglamento "la ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro" (artículo 30.).

No obstante lo anterior, las partes pueden convenir someter la obligación extracontractual a la ley que elijan, ya sea mediante un acuerdo posterior al hecho generador del daño o mediante un acuerdo negociado libremente antes del hecho generador del daño (artículo 14.1).

Sin embargo, el mismo Reglamento establece una disposición muy peculiar al establecer que:

Cuando, en el momento en que ocurre el hecho generador del daño, todos los elementos pertinentes de la situación se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro no impedirá la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo (artículo 14.3).

Al respecto, el Considerando 31 del Reglamento señala que "...a la hora de establecer la existencia de un acuerdo [de elección de derecho aplicable], el órgano jurisdiccional debe respetar la voluntad de las partes. Es conveniente proteger a las partes más débiles imponiendo algunas condiciones a esta elección".

No obstante todo lo anterior, me permito señalar que, la *Directiva* 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, antes citada, dispone que el Estado miembro de tratamiento garantizará que "se instauren procedimientos y mecanismos transparentes de presentación de reclamaciones para que los pacientes puedan pedir reparación, de acuerdo con la legislación del Estado miembro de

tratamiento, cuando sufran daños de resultas de la asistencia sanitaria recibida".

Dicha disposición establece como Ley aplicable la del lugar del tratamiento, considerando que, en dicho lugar es donde se realizó u originó el daño, aunque no necesariamente sea así. Sin embargo, hemos de considerar esta disposición como norma especial por sobre la regla establecida en el Reglamento Roma II, como norma general.

Por último me permito señalar que, todo lo aquí expuesto es aplicable también a los casos de daños ocasionados a la salud de las personas en materia de investigación clínica, la cual se sujetará a principios específicos mismos que varios instrumentos internacional han reconocidos como aplicables.

4. Conclusiones

Existe una ausencia de normas, tanto en la regulación nacional como en la interamericana, respecto la determinación del foro competente y del Derecho aplicable en materia de responsabilidad civil extracontractual médica por daños ocasionados por la aplicación de técnicas de reproducción asistida cuando estas adquieren un carácter transnacional. Considero conveniente observar el desarrollo de la regulación europea en la materia, la cual puede servir de modelo para nuestra legislación nacional y para la regulación interamericana.

5. Bibliohemerografía

Flores Ávalos, Elvia Lucía. "Derechos de los sujetos que participan en la reproducción asistida", en Brena Sesma, Ingrid (ed.), Reproducción asistida, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2012, pp. 63-84. https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/6.pdf

Gracia Guillén, Diego. "investigación en sujetos humanos: implicancias lógicas, históricas y éticas", Pautas éticas de investigación en sujetos humanos: nuevas perspectivas, Santiago, Programa Regional de Bioética OPS/OMS, 2003, p. 112. https://www.paho.org/chi/index.php?option=com_docman&view=download&category_slug=documentos-tecnicos&alias=82-pautas-eticas-de-investigacion-en-sujetos-humanos-nuevas-perspectivas&Itemid=1145
Igareda González, Noelia. "La donación anónima de óvulos en Europa. Los problemas sobre el discurso de 'donar vida'". Revista de Antropología Social.

https://revistas.ucm.es/index/php/RASO/article/view/6185/4564456548310

- Pizza Bilbao, María Antonieta. *La responsabilidad civil extracontractual hacia un sistema bipolar*. Tesis para obtener el grado de Doctor en Derecho. Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), 2012.
- Rodríguez Yunta, Eduardo. "Elección de control en ensayos clínicos el problema ético del uso de placebo comentario a las pautas éticas internacionales para la investigación biomédica en seres humanos CIOMS 2002", *Pautas éticas de investigación relacionada con seres humanos*. Organización Panamericana de la Salud (OPS)-Organización Mundial de la Salud (OMS), 2017.
- Valadez, Diego. "Problemas del bioderecho y del derecho genómico". Panorama sobre la legislación en materia de genoma humano en América Latina y el Caribe. Instituto de Investigaciones Jurídicas (UNAM)-Red Latinoamericana y del Caribe de Bioética de la UNESCO, México, 2006.

Instrumentos internacionales

Convención de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro.

Convención Interamericana sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina.

Declaración Internacional sobre Datos Genéticos Humanos.

Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos.

Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos.

Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza.

Guía sobre el Derecho Aplicable a los Contratos Comerciales Internacionales en la Américas.

Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos.

Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdicción Internacional en Materia Contractual.

Reglamento (CE) No. 44/2001 del Consejo Relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil.

Reglamento (CE) No. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales.

Reglamento (CE) No. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo Relativo a la Ley Aplicable a las Obligaciones Extracontractuales.

Legislación

Código Civil Federal.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Código Federal de Procedimientos Civiles. Ley General de Salud.

Jurisprudencia

- RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. SUS DIFERENCIAS. Tesis IV.1o.C.66 C. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, octubre de 2006, Registro No. 174014, Pág. 1516.
- RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. ELEMENTOS QUE DEBEN ACREDITARSE, SEGÚN SE TRATE DE OBLIGACIÓN DE MEDIOS O DE RESULTADOS. Tesis I.4o.C.329 C (9a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IV, Enero de 2012, Tomo 5, Registro No. 160,354, Pag. 4605.
- RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. SU DISTICIÓN. Tesis I.5o.C.55 C (10). Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIII, Agosto de 2013, Registro No. 200,4315, Pág. 1721.



Parte VI Nuevas tecnologías y su impacto en el DIPR



Contratos inteligentes y su impacto en el Derecho internacional privado

WENDOLYNE NAVA GONZÁLEZ*

Sumario: 1. Introducción. 2. Características de los contratos inteligentes. 3. Aplicación de los contratos inteligentes en el Derecho internacional privado. 4. Retos de los contratos inteligentes. 5. Conclusiones. 6. Bibliohemerografía.

1. Introducción

En los últimos 40 años, las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), han innovado prácticamente todos los ámbitos en los que se desenvuelve el ser humano, creando un ecosistema tecnológico en constante evolución. Este ecosistema se compone principalmente de una serie de tecnologías centrales, tales como el internet las cosas, el cómputo en la nube, el análisis de *big data*, la inteligencia artificial y la cadena de bloques.

Ahora bien, haciendo referencia particularmente a la cadena de bloques o *blockchain*, ¹ esta "es una tecnología de base de datos distribuida y a prueba de manipulaciones, que puede usarse para almacenar cualquier tipo de datos, incluyendo transacciones financieras". ² Así, el *blockchain* tiene una característica muy interesante, no necesita ninguna autoridad central u operador intermediario para funcionar. Definitivamente, el ejemplo más claro del uso de blockchain es la criptomoneda denominada *bitcoin*, la cual es una divisa virtual y un sistema de pagos

^{*} Profesora-investigadora de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Doctora en Derecho, con especialidad en Derecho Internacional Privado por la Universidad de Barcelona. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (CONACYT). Editora de la Revista Especializada en Investigación Jurídica. Correo electrónico: wendolyne.nava@uacj.mx ORCID: 0000-0003-0711-0598.

¹ El nombre por el que se le conoce a la cadena de bloques en inglés es blockchain.

² Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, 2017, Perspectivas de la OCDE sobre la Economía Digital 2017, Centro de la OCDE en México para América Latina, p. 345.

descentralizado, que opera en todo el mundo independientemente de cualquier banco central. Sin embargo, la cadena de bloques tiene otras aplicaciones transversales muy interesantes, tales como: los contratos inteligentes.

El origen teórico de los contratos inteligentes, lo encontramos un artículo publicado por Nick Szabo en 1996, que los define como: "Un conjunto de promesas declaradas de forma digital, utilizando protocolos a través de los cuales las partes cumplen y verifican dichas promesas".3 Sin embargo, cabe destacar que en la década de los noventas no existía la tecnología para crear este tipo de contratos, por lo que la idea nunca se implementó en la práctica. No fue hasta el año 2009,4 que aparece la versión 0.1 de bitcoin en Sourceforge⁵ utilizando blockchains, que se abre la puerta para que los contratos inteligentes se vuelvan una realidad. Así, en el año 2013, Vitalik Buterin publica un artículo, en virtud del cual describe una nueva plataforma opensourse, llamada Ethereum, basada en la tecnología de blockchain, "con un lenguaje de programación integrado Turing completo, que puede ser utilizado para crear contratos". 6 El desarrollo e implementación de Ethereum en el 2014, trajo como resultado el nacimiento de los contratos inteligentes en el mundo virtual.

El objetivo de este trabajo es explorar las características de uno de los desarrollos tecnológicos más prometedores en la actualidad: los contratos inteligentes, a fin de realizar una primera aproximación sobre como los *Smart Contracts* podrían impactar al Derecho internacional privado y los retos y oportunidades que derivados de este.

2. Características de los contratos inteligentes

En principio, un contrato es un acuerdo de voluntades que crea o transmite derechos y obligaciones a las partes que lo suscriben. Tradicio-

 $^{^3}$ Zsabo Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", Extropy #16,1996.

⁴ Derivado del artículo mundialmente famoso que publica Satochi Nakamoto en el 2008, denominado "Bitcoin: Un Sistema de Dinero Electrónico, Peer-to-Peer". Nakamoto, Satoshi, "A Peer-to-Peer Electronic Cash System", Bitcoin.org, 2008, http://bitcoin.org/bitcoin.pdf

⁵ Sourceforge es un sitio web de colaboración para proyectos de software. Para más información ver: https://sourceforge.net

⁶ Buterin Vitalik, "Ethereum White Paper", Newsweek, diciembre 2013, http://relayto.com/Newsweek/mg8LZQzm

nalmente y desde siempre, estos acuerdos se hacen de forma verbal o por escrito; sin embargo a través de los años y con la aparición de las TIC, la formación e incluso su ejecución han ido evolucionando,⁷ hasta llegar a lo que ahora conocemos como contratos inteligentes.

El contrato inteligente se puede describir como un código de software descentralizado, almacenado y ejecutado en una cadena de bloques que maneja todo tipo de datos, incluyendo activos, basado en una o varias condiciones. En otras palabras, los *Smart Contracts*, son programas informáticos o software, escritos en un código virtual, para llevar a cabo una o varias tareas o específicas y determinadas, de acuerdo con las instrucciones previamente introducidas por un programador.

Originalmente, existen 6 fases en la creación de un contrato inteligente a saber: *i*) las partes manifiestan su voluntad para alcanzar un acuerdo; *ii*) los contratantes especifican las condiciones del contrato; *iii*) un programador escribe el código informático que permitirá la ejecución automática cuando sucedan los hechos previstos en el mismo; *iv*) cada una de las clausulas se cifran mediante sistemas de autenticación y verificación, en una cadena de bloques; *v*) las cláusulas registradas en el bloque se verifican por el sistema de consenso, ejecutándose automáticamente la prestación; vi) ejecutada la prestación, todos los nodos del sistema la reconocen como tal, haciéndola inalterable en la cadena de bloques.⁸

Así, para que un contrato inteligente pueda funcionar, se necesitan dos tipos de plataformas, una denominada SCP,9 la cual es la infraestructura que permite crearlos y operarlos sobre una cadena de bloques y la otra llamada SCMS,10 la cual es la interfaz gráfica amigable que permite a cualquier persona, el uso y manejo de estos contratos.11 Actualmente, se cuenta con algunas plataformas para crear y ejecutar *Smart Contracts*, entre las que se destaca *OpenLaw*,12 la cual es un protocolo

⁷ Castrillón, Víctor, Becerril, Anahiby, Contratación Electrónica Civil Internacional, México, Editorial Porrúa, 2015, pp. 14-15.

⁸ Smart Contracts Alliance, "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond. A Technology, Legal & Regulatory Introduction", Washington, D.C, 2016, p. 12.

⁹ Siglas en ingles para Smart Contract Plataform

¹⁰ SCMS, son las siglas en inglés para

¹¹ Bourque Samuel y Fung Ling Tsui Sara, "A Lawyer's introduction to Smart Contracts", en Stanek, Dusan (comp.), *Scientia Nobilitat Reviewed Legal Studies*, Polonia, Aneta Tyc, 2014, p. 11.

¹² Para más información sobre OpenLaw ver: https://media.consensys.net/intro ducing-openlaw-7a2ea410138b

basado en la tecnología de blockchain, para la creación y ejecución de acuerdos legales inteligentes, a través del cual, los abogados pueden, de una manera muy sencilla y sin la necesidad de trabajar directamente con un programador, realizar, firmar y almacenar digitalmente contratos inteligentes.

Ahora bien, en este punto resulta interesante aclarar que los contratos inteligentes, en realidad, no son inteligentes, pues no tienen la capacidad de aprender, la cual es una de las particularidades de la inteligencia artificial. Sin embargo, tienen otras características que los hacen únicos, muchas de las cuales son derivadas de la cadena de bloques en los que estos se almacenan, se destacan las siguientes:

- *a)* Auto ejecutables, es decir, si el evento A sucede, entonces la consecuencia B se pondrá en marcha de forma automática.
 - b) Auto inmutables, no puede ser modificados o borrados.
- *c)* Auto verificables, su cumplimiento no está sujeto a la interpretación de ninguna de las partes.
- *d)* Descentralizados, ya que no requiere de intermediarios —abogados, notarios, jueces, etc.— para su ejecución.
- *e)* Incorruptibles, resulta prácticamente imposible hacer cualquier tipo de cambio o alteración.
- *f*) Transparentes, todas las operaciones y la información están siempre visibles.

Todas estas características hacen que estos contratos sean autónomos, seguros, resilientes, confiables y precisos, por lo podrían ser utilizados en una diversidad de áreas o ámbitos.

3. Aplicación de los contratos inteligentes en el Derecho internacional privado

La implementación de los contratos inteligentes a nivel global todavía es muy limitada, debido en parte porque el modelo actual se restringe a ciertas funcionalidades y porque desde el punto de vista legal, se encuentran todavía en una zona gris. Ahora bien, en virtud de que la tecnología es relativamente nueva, los usos son en muchos de los casos pruebas pilotos o pruebas de conceptos. Algunas áreas o ámbitos en los que ya se utilizan o se proyectan utilizar son:¹³

¹³ Pérez, Isabel, "¿Qué son los contratos inteligentes?", CriptoNoticias, https://www.criptonoticias.com/criptopedia/que-son-contratos-inteligentes-blockchain-criptomonedas/

- a) Sector financiero.—El uso más común en este sector es la programación de pagos o compras automáticas de acciones, criptomonedas, etc.
- b) Ámbito inmobiliario.—En este ámbito, se utilizan para registro y cambio de propiedad. Así como también para la compra de propiedades.
- *c*) Propiedad intelectual.—Para el pago de regalías, particularmente útiles cuando los derechos de autor son compartidos.
 - d) Ámbito energético.—Para el pago y suministro de electricidad.

Sin embargo, dadas las características de estos contratos inteligentes, también se podrían utilizar como parte de los mecanismos de solución de controversias para resolver conflictos derivados del tráfico jurídico comercial internacional, particularmente como parte de la conciliación. Tal como lo señalan Pereznieto y Silva Silva, existen tres opciones de solución de conflictos que emanan del comercio, a saber: los tribunales estatales, los órganos supranacionales y los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos; siendo estos últimos los más populares, ya que por sus características inherentes y en comparación con los dos primeros, son procedimientos más rápidos, más eficientes y sobretodo son más amigables, puesto que les permite a las partes dirimir sus controversias sin afectar la actividad comercial.¹⁴

Ahora bien, centrándonos específicamente en la conciliación comercial internacional, como es bien sabido, en la conciliación, las partes eligen a una institución descentralizada del estado a fin de que esta, a través de uno o varios terceros, ayude a las partes a resolver su controversia de una forma amistosa a través de un arreglo conciliatorio, el cual se plasma en un acuerdo de transacción que firman las partes. Sin embargo, y en muchas ocasiones, la parte afectada se niega a cumplir con el acuerdo de transacción de forma voluntaria, por lo que la parte favorecida tiene dos opciones. La primera, solicitar la ejecución coactiva ante un órgano jurisdiccional, lo cual trae como resultado que todas las ventajas propias del procedimiento de conciliación desaparezcan, ya que las partes tendrán que enfrentarse en los tribunales, en procedimiento lentos, costosos, además de otras muchas dificultades derivadas del aspecto internacional, ya que cada Estado tienen su propio procedimiento de ejecución. 15 La segunda, dadas las implicaciones del primer escenario, es no hacer absolutamente nada.

¹⁴ Pereznieto, Leonel y Silva, Jorge, *Derecho Internacional Privado: parte especial*, México, Oxford University Press, 2007, p. 616.

¹⁵ Cabe mencionar que el 20 de diciembre de 2018, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de

Con este panorama en mente, imaginemos que el acuerdo de transacción al que llegaron las partes, derivado de una conciliación comercial internacional, se plasme en un *Smart Contract*; es decir, en un programa informático que se aloja en una cadena de bloques. Las posibilidades de incumplimiento se reducen prácticamente a cero, ya que el acuerdo se valida y ejecuta de forma automática, sin intervención de un tercero, además de que todas las operaciones derivadas de ese acuerdo son siempre visibles para las partes, y adicionalmente es inmutable, no puede ser cambiado o alterado de ninguna manera. Ahora bien, cabe destacar que las condiciones que son pre programadas en los Smart Contracts, tienen el objetivo principal de brindar mayor seguridad a las partes y eliminar o reducir considerablemente costos, ya no se tendría que acudir a un tribunal para solicitar la ejecución forzosa.

Hoy por hoy, vivimos en una economía que se está desarrollando en un entorno digital; razón por la cual, las categorías tradicionales de entendimiento del Derecho internacional privado y la teoría contractual se están modificando constantemente y es necesario hacer las adecuaciones que brinden a las partes mayor certeza jurídica, y que además les ahorren tiempo y dinero.

Esta propuesta busca aumentar la velocidad de la ejecución de acuerdos derivados de una conciliación internacional; lo cual, debería traer como consecuencia el incremento de convenios con imposibilidad de incumplimiento, por lo que el riesgo de acudir a los tribunales o jueces sería casi nulo.

Por supuesto, las partes tendrían que ser informadas y acordar desde un principio, que de llegar a un acuerdo este se plasmará en un Smart Contract, con todas implicaciones que esto conlleva, le y se debería garantizar que las claúsulas que se programen en el código binario están dentro de los límites de la ley aplicable. Ahora bien, al ser una tecnología de reciente creación y aunado a que los operadores jurídicos tienen una posición muy conservadora cuando se trata de innovaciones tecnológicas, los contratos inteligentes presentan muchos retos que se deben tomar en cuenta, a continuación se expondrán los que se consideran más relevantes.

Transacción Internacionales resultantes de la mediación. La ceremonia para la firma del Acuerdo se programó para el 07 de agosto de 2019, en Singapur. La Convención de Singapur, (así será llamada), busca garantizar la ejecución de acuerdos de transacción derivados de un procedimiento de mediación. Para más información ver: https://un docs.org/es/A/RES/73/198

¹⁶ Vilalta, Esther, Mediación y Arbitraje, Barcelona, Arazandi, 2013, p. 54.

4. Retos de los contratos inteligentes

Como ya se mencionó con anterioridad, los efectos jurídicos de los contratos inteligentes, han caído en una zona gris, en virtud de que, en principio, se podría decir que no son vinculantes, ya que, en términos generales, no han sido discutidos como tales en los Congresos o Legislaturas de la mayoría de los Estados en el mundo, debido a que dadas sus características son difíciles de regular o incluso de prohibir; ¹⁷ sin embargo, esto no los convierte en la "nada jurídica", ya que su sola existencia produce consecuencias jurídicas. Por otro lado, en esta línea de argumentación, cabe señalar que, en sentido amplio, los Smart Contracts se pueden equiparar con los contratos electrónicos. Caffera la sostiene: "cuando medios electrónicos constituyen el instrumento para perfeccionar un contrato, o bien para cumplirlo se habla de contrato electrónico", por lo que en principio no necesitarían una regulación especial, sin embargo en sentido estricto esto bastante discutible. ¹⁹

Lo cierto es que, en virtud de que estos contratos son autoejecutables, inmutables, descentralizados, auto verificables, etc., fácilmente se pueden diseñar para que sean inmunes al poder coercitivo de cualquier Estado, en virtud de que las cadenas de bloques en donde se alojan estos contratos son por lo general pseudónimas y sin permisos, haciendo casi imposible prevenir prácticas ilegales. Aunado a lo anterior, en caso de que se cause un daño a través de estos contratos, ¿a quién se debe fincar responsabilidad? ¿A las partes que establecieron las cláusulas del contratos, a los desarrolladores de la cadena de bloques, a los programadores escribieron el código, o a los mineros encargados de verificar y ejecutar el Smart Contract? Además, cabe señalar que podría resultar complicado determinar la identidad de los contratantes, ya que estos se identifican a través de una clave privada y si esta resulta comprometida, cualquiera que posea esa clave puede realizar transacciones no autorizadas a nombre del titular de la cuenta.

Aunque cabe señalar que esto paulatinamente esta cambiando ya que por ejemplo en Estados Unidos, Arizona, Delaware y Tennessee han reconocido a los Smart Contracts han establecido el concepto de Contrato Inteligente y reconocido su eficacia jurídica.

¹⁸ Caffera, Gerardo, Formación del Contrato Electrónico, en Rippe S., Creimer I., Delpiazzo C, y otros, Comercio electrónico, análisis multidiciplinario, Cesar Faira Editor, Buenos Aires, 2003, p. 134.

¹⁹ Ríos, Yolanda, "La tutela del consumidor en la "contratación inteligente". Los "Smart contracts" y "la blockchain" como paradigma de la Cuarta Revolución Industrial", Revista de Consumo y Empresa, Número 9, enero 2019, p. 4.

Resulta importante aclarar que estos contratos solo funcionan para acuerdos que se realizan a partir de un grupo de condiciones predefinidas, que se pueden ejecutar de forma automática, por lo que se su ámbito de aplicación se puede ver limitado. Aunado a lo anterior, en virtud de que estos contratos operan fuera del control de un operador determinado y además se ejecutan de forma automatizada, el cumplimiento de la obligación no da lugar a la interpretación o modificación, lo cual puede ocasionar graves problemas a las partes.

Otro de los problemas a los que se enfrentan estos contratos, es que vulneran el derecho humano denominado derecho al olvido o derecho a la cancelación; el cual, en México se encuentra consagrado en el artículo 16 Constitucional, segundo párrafo que señala: "Toda persona tienen derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos..." y en la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, en su artículo 25, que señala: "El titular tendrá en todo momento el derecho a cancelar sus datos personales". Como ya se explicó, en virtud de que estos contratos se encuentran en una cadena de bloques, la cual tiene la característica de ser inmutable, es imposible modificar o eliminar los datos registrados.²⁰

En el Derecho internacional privado, tratándose en general de contratos inteligentes, obviamente se plantea la interrogante de cuál es la ley aplicable y el juez competente. Ya que los contratos inteligentes están alojados en una cadena de bloques que tiene la capacidad de cruzar fronteras, en virtud de que los nodos participantes se pueden encontrar en cualquier parte del mundo. En realidad, este es un problema de fácil solución; ya que, las partes pueden acordar previamente este tema, basado en la autonomía de la voluntad de las partes. Sin embargo, queda la interrogante de que si un juez ordinario tendrá la capacidad de interpretar un contrato inteligente escrito exclusivamente en código informático.

5. Conclusión

Según lo anteriormente planteado, los contratos inteligentes, por sus características inherentes, impactan de forma directa al Derecho

²⁰ Además conviene señalar que materia contractual, se deben conservar los registros contables, la temporalidad varia de legislación en legislación, en caso de contratos inteligentes, estos permanecen por siempre.

internacional privado en muchos aspectos, pero particularmente en el ámbito de solución de conflictos. Se propone a los contratos inteligentes como una herramienta para asegurar el cumplimiento efectivo de los acuerdos derivados de la conciliación comercial internacional, a fin de evitar que las partes acudan a los tribunales para solicitar el cumplimiento coactivo del mismo.

6. Bibliohemerografía

- Bourque Samuel y Fung Ling Tsui Sara, "A Lawyer's introduction to Smart Contracts", en Stanek, Dusan (comp.), Scientia Nobilitat Reviewed Legal Studies, Polonia, Aneta Tyc, 2014.
- Buterin Vitalik, "Ethereum White Paper", Newsweek, diciembre 2013, http://relayto.com/Newsweek/mg8LZQzm
- Caffera, Gerardo, Formación del Contrato Electrónico, en Rippe S., Creimer I., Delpiazzo C, y otros, Comercio electrónico, análisis multidiciplinario, Cesar Faira Editor, Buenos Aires, 2003.
- Castrillón, Víctor y Becerril, Anahiby, Contratación Electrónica Civil Internacional, México, Editorial Porrúa, 2015.
- De Miguel, Pedro, Derecho Privado de Internet, 5a. ed., Pamplona, 2015.
- Nakamoto, Satoshi, "Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System", Bitcoin.org, 2008, http://bitcoin.org/bitcoin.pdf
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos, *Perspectivas de la OCDE sobre la Economía Digital 2017*, Centro de la OCDE en México para América Latina, 2017.
- Pérez, Isabel, "¿Qué son los contratos inteligentes?", CriptoNoticias, https://www.criptonoticias.com/criptopedia/que-son-contratos-inteligentes-bloc kchain-criptomonedas/
- Pereznieto, Leonel y Silva, Jorge, Derecho Internacional Privado: parte especial, México, Oxford University Press, 2007.
- Ríos, Yolanda, "La tutela del consumidor en la "contratación inteligente". Los "Smart contracts" y "la blockchain" como paradigma de la Cuarta Revolución Industrial", Revista de Consumo y Empresa, Número 9, enero 2019.
- Smart Contracts Alliance, "Smart Contracts: 12 Use Cases for Business & Beyond. A Technology, Legal & Regulatory Introduction", Washington, D.C, 2016.
- Vilalta, Esther, Mediación y Arbitraje, Barcelona, Arazandi, 2013.
- Zsabo Nick, "Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets", Extropy núm. 16, 1996.



Las nuevas tecnologías y el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia

ERICK ARMANDO PÉREZ VENEGAS*

Sumario: 1. Introducción. 2. Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia y su Protocolo Adicional. 3. Las cuestiones jurídicas. 4. Conclusiones. 5. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Los Estados deben ser una potencia tecnológica, porque no basta solo el poder político y económico para poder ser una potencia mundial, lo político y lo económico deben ser la base para el dominio científico y tecnológico. El Estado que cumpla con estos cuatro poderes, será una potencia mundial y tendrá el privilegio de cambiar el orden mundial o mantenerlo. Países como Estados Unidos, Rusia y China, dan prioridad al uso de las ciencias y tecnologías. Estados Unidos es uno de los países que realiza mayores aportes económicos al desarrollo de la ciencia y la tecnología, incluso para conflictos armados.

México ha suscrito 132 tratados bilaterales y multilaterales que se encuentran vigentes en materia de ciencia y tecnología, propiedad intelectual, energía nuclear, metrología, así como acuerdos de cooperación técnica y científica.¹ También sobre libre comercio, ya que comprenden apartados de intercambio de propiedad intelectual, debido a la importancia de establecer mecanismos que contribuyan al desarrollo de la cooperación técnica y científica, que son congruentes con la globalización de las nuevas condiciones políticas, económicas y sociales, que

^{*} Miembro Supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C., profesor de derecho, arbitro de procedimientos acelerados de la CANACO y asesor del subprocurador en la PGJCDMX.

¹ Secretaria de Relaciones Exteriores (SRE) "Tratados celebrados por México", en materia de Cooperación Técnica y Científica, Propiedad Intelectual y Energía Nuclear, actualización mayo de 2019, http://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php

están interrelacionadas, en particular, con las reformas económicas que tienen lugar en sus respectivos países.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) son los principales organismos internacionales, promotores de la inversión en ciencia y tecnología, que emiten recomendaciones a los gobiernos de los países, para que cierto porcentaje de su PIB sea invertido en esta área. La ciencia, la tecnología y la innovación, se han convertido en factores determinantes para el crecimiento económico de los países. Ante esto, los gobiernos han comenzado a interesarse en diseñar políticas públicas que las incentiven.

La Organización de Estados Americanos (OEA) está comprometida con el desarrollo científico y tecnológico de sus Estados miembros, a través de la Comisión Interamericana de Ciencia y Tecnología (COMCYT).² Esta comisión contribuye a la formulación e implementación de políticas e iniciativas para promover la ciencia, la tecnología y la innovación, como principales fuerzas impulsoras de la economía global.

En México existe el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), que es un organismo público descentralizado del Estado, no sectorizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con autonomía técnica, operativa y administrativa;³ cuyo objetivo es ser la entidad asesora del Ejecutivo federal, especializada para articular las políticas públicas del gobierno federal, y promover el desarrollo de la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación, a fin de impulsar la modernización tecnológica del país.

El progreso científico y tecnológico son unos de los factores más importantes en el desarrollo de la sociedad humana, reconocidos en la Declaración sobre utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad;⁴ la cual, promueve la cooperación internacional, con objeto de garantizar el progreso científico y tecnológico en pro del fortalecimiento de la paz y la seguridad

Organización de Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Ciencia y Tecnología, http://www.oas.org/es/cidi/COMCyT.asp

³ Gobierno de México, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, http://www.conacyt.gob.mx/

⁴ ACNUDH, Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3384 (XXX), del 10 de noviembre de 1975, https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/Scientific AndTechnologicalProgress.aspx

internacionales. También promueve la aplicación de los principios que constituyen la base de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, la Declaración sobre los principios de Derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados, la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo social y la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados, y exhorta, entre otras cuestiones, a todos los Estados a que adopten medidas tendientes a extender a todos los estratos de la población los beneficios de la ciencia y la tecnología y a protegerlos, tanto en lo social como en lo material, de las posibles consecuencias negativas del uso indebido del progreso científico y tecnológico, incluso su utilización indebida para infringir los derechos del individuo o del grupo, en particular, en relación con el respeto de la vida privada y la protección de la persona humana y su integridad física e intelectual.

Todo este conjunto de situaciones nos llevan a cuestionar ¿cuál es el panorama que deparan los avances tecnológicos? A pesar de que, es evidente lograr una mayor progresividad de derechos humanos, mediante el uso de las nuevas tecnologías; motivo por el cual, en el presente trabajo se pretende promover la utilización de las nuevas tecnologías en las tareas de los juzgados, tribunales y fiscalías, respecto a los instrumentos internacionales de nueva generación, en materia de cooperación internacional, ya que son de gran utilidad dentro de los juicios y procesos, así como la aplicación del tratado multilateral sobre cooperación jurídica, denominado Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional entre Sistemas de Justicia, y su Protocolo Adicional relacionado con los Costos, Régimen Lingüístico y Remisión de Solicitudes, suscrito en Mar del Plata, Argentina el 3 de diciembre del 2010;5 y hacer referencia a sus características, utilidad y empleo de la videoconferencia como herramienta

⁵ Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la cooperación internacional, entre sistemas de justicia y su Protocolo Adicional relacionado con los Costos, Régimen Lingüístico y Remisión de Solicitudes, suscrito en Mar del Plata, Argentina el 3 de diciembre del 2010, firmado por México el 7 de julio del 2011, aprobación del Senado el 14 de diciembre del 2011, publicación *DOF* aprobación el 23 de enero del 2012, vinculación para México el 23 de noviembre del 2012 ratificación, entrada en vigor internacional el 17 de julio del 2014, entrada en vigor para México el 17 julio 2014, publicación *DOF* promulgación el 17 de julio del 2014.

tecnológica de auxilio en la actividad procesal, en materia civil, comercial y penal, e incluso en otras materias, si las partes así lo acuerdan, y su reconocimiento normativo, en ordenamientos internos e internacionales de cooperación judicial internacional, que a su vez cumple con las exigencias y garantías del debido proceso.

2. Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia y su Protocolo Adicional

La importancia de las nuevas tecnologías para el ejercicio de los derechos fundamentales es un tema actual y novedoso; por ello, en el mundo contemporáneo, el Estado requiere tomar un rol activo, cuando estas tecnologías se constituyen en herramientas para la afectación de derechos. La introducción de las nuevas tecnologías en la actividad de la administración de justicia, conlleva a una cierta revolución de los modos de trabajo de los órganos implicados en la prestación del servicio público.⁶

En el marco de la cooperación regional e internacional, de conformidad al Tratado Constitutivo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, se suscribió el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional, entre sistemas de justicia, y su Protocolo Adicional relacionado con los Costos, Régimen Lingüístico y Remisión de Solicitudes. Inicialmente fueron 13 los países firmantes: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, España, Panamá, Paraguay, Portugal, República Dominicana y Ecuador, posteriormente con la ratificación de México y su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, el 17 de julio del 2014. México tiene como objetivo desarrollar el uso de las nuevas tecnologías, y en concreto, la videoconferencia como una herramienta útil en la cooperación internacional.

Esta regulación internacional lo hace de forma conjunta en el ámbito civil, comercial y penal, pero también puede ampliarse a otras materias dentro de un proceso judicial, teniendo en cuenta que la forma y tramitación de las solicitudes con arreglo al Convenio iberoamericano de videoconferencia, la notificación y otras formalidades procesales se rigen por lo previsto, en los respectivos instrumentos bilaterales o

⁶ Estrada, Jesús. "Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso". Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, Capital Jurídica del Mercosur, Paraguay, Año 5, No. 10, octubre 2017, pp. 153-173.

multilaterales y el Derecho interno de cada parte. Este instrumento incluye su protocolo adicional, que se encarga de regular cuestiones de costos, régimen lingüístico y la remisión de solicitudes.

El primer título del Convenio Iberoamericano, relativo a las disposiciones generales, se encarga de establecer, cuál es el objeto del acuerdo y de definir que podemos entender por videoconferencia: que se transmitan simultáneamente en tiempo real, en sonido, imagen, datos y video, a distancia, de una o más personas en un proceso judicial, en calidad de parte, testigo o perito, o en diligencias preliminares de investigación, que presten su entrevista o declaración, ubicadas en un lugar distinto al de la autoridad competente para un proceso; esto, con el fin de la toma de declaraciones, en términos del Derecho aplicable de los Estados involucrados.

El artículo 30., refiere la relación con el Derecho nacional y con el resto del Derecho internacional, así como los requisitos de procedibilidad para realizar las videoconferencias: *a*) que no contradigan el Derecho nacional de las partes, *b*) que medie una solicitud concreta e individualizada remitida por la autoridad competente del Estado requirente, *c*) que sea aceptada por la autoridad competente de la parte requerida, y *d*) sea técnicamente realizable.

Por lo tanto, para evitar la denegación de la ejecución de la videoconferencia, se deben cumplir con estos requisitos de procedibilidad, siempre que el uso de la misma no sea contrario a los principios del Derecho nacional y que el Estado disponga de los medios técnicos necesarios para llevarla a cabo. En el caso del inciso *c*), en donde se requiere que la solicitud sea aceptada por la parte requerida, el Convenio iberoamericano de videoconferencia, no refiere cuales sean las razones, por la que dicha parte podría no aceptar la petición realizada.

El titulo segundo, denominado Audiencia por videoconferencia, en su artículo 4.1 establece que se podrá llevar a cabo la videoconferencia cuando la autoridad del Estado requirente lo considere procedente. El artículo 4.2 señala los datos, información y referencias que debe contener la solicitud de uso de la videoconferencia. El artículo 5 refiere el desarrollo de la videoconferencia que se regirá conforme a las normas del convenio, se realizara directamente por autoridad competente del Estado requirente bajo su conducción, en los términos señalados en

⁷ Carrizo, Adán. "Uso de videoconferencia en cooperación internacional". *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, junio 2017. Ediciones Universidad de Salamanca, pp. 302-304.

su Derecho nacional, debiendo contarse con la presencia de la autoridad competente del Estado requerido, quien será el encargado de identificar a la persona a examinar, así como de proporcionar medidas de protección y en caso necesario la asistencia de interprete; la sala reservada para la diligencia deberá garantizar la seguridad de los intervinientes y preservará la publicidad de los actos.

El artículo 6, referente al examen de los procesados o imputados por videoconferencia, debe ser de conformidad con el Derecho interno de cada Parte, en donde se respetarán todos los derechos y garantías procesales, así como el derecho de asistencia letrada; las partes podrán declarar que no aplicarán el presente acuerdo al examen de videoconferencia de procesados o imputados, pero no refiere cuáles sean las razones por la que dicha parte podría no aceptar. En relación con esta posibilidad, cabe mencionar dos referentes, el Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal entre Estados Miembros de la Unión Europea, hecho en Bruselas el 29 de mayo del 2000 y su segundo Protocolo adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial de 1959, del 8 de noviembre de 2001, que exigían el consentimiento de la persona que debía ser oída, acorde con la regulación internacional y la jurisprudencia europea, que establece como condición que solo podía admitirse esta circunstancia, en caso de que exista imposibilidad de comparecer ante el órgano sentenciador y siempre que se garantice la perfecta comunicación entre este y su abogado, como exigencia elemental del derecho de defensa.

El artículo 7, se refiere al acta relativa al examen por videoconferencia. La autoridad que realiza el examen en la parte requerida levantará, una vez terminada la videoconferencia, un acta en donde conste la fecha y el lugar, de la diligencia, con los demás datos que identifiquen la identidad y firma de la persona examinada, así como de las demás personas que hayan participado; se harán constar las prestaciones, promesas y condiciones técnicas, de cómo transcurrió la misma, sin perjuicio de las previsiones que se tomen para garantizar las medidas de protección; el acta será remitida a la autoridad competente de la parte requirente.

Por último, el título tercero del Convenio Iberoamericano, regula las disposiciones finales; su artículo 8 refiere los puntos de contacto técnicos, para facilitar y agilizar la preparación y el desarrollo de las audiencias por videoconferencia; cada Parte deberá indicar uno o más puntos de contacto, a través de contactos telefónicos y correo electrónico, que detenten la capacidad técnica para asegurar o cooperar en la

ejecución de una videoconferencia entre las autoridades de las Partes, que en el caso de México, pueden ser los tribunales, juzgados y fiscalías, o bien, dependiendo el caso, la autoridad central concretamente la Secretaria de Relaciones Exteriores.

3. Las cuestiones jurídicas

Como se puede observar, las cuestiones jurídicas recurrentes en el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la cooperación internacional, entre sistemas de justicia, han sido: 1) fortalecer la cooperación internacional; 2) la importancia de incrementar las nuevas tecnologías; 3) la forma y tramitación de las solicitudes; y 4) la cooperación mutua en materia civil, comercial, penal e incluso otras materias, que son los temas expuestos en el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia, por lo que a continuación comentaré brevemente de cada uno.

3.1. Fortalecer la cooperación internacional

Es importante concebir a la cooperación internacional como una herramienta fundamental del Derecho internacional privado, a través de los distintos instrumentos internacionales y ordenamientos internos, como parte del Derecho procesal internacional, con reglas de jurisdicción y competencia. Así como de solidaridad y auxilio que recíprocamente se prestan los tribunales de diferentes países para la administración de justicia, y en el caso del Convenio Iberoamericano del Uso de la Videoconferencia, también se ven involucradas las fiscalías y juzgados, ya que es un instrumento efectivo del servicio público, si se cuenta con la infraestructura jurídica adecuada.

Para la cooperación internacional deberá tomarse en cuenta los siguientes principios: *i*) el principio de reciprocidad, en lo que respecta a las relaciones internacionales y tratados de esta índole, se refiere a que las garantías, beneficios y sanciones que un Estado otorga a los ciudadanos o personas jurídicas de otro Estado, deben ser retribuidos por la contraparte de la misma forma; *ii*) el principio de comitas gentium,

⁸ Pérez Venegas, Erick, "Cooperación Procesal Internacional una herramienta en el Derecho Internacional Privado". *XL Seminario de Derecho Internacional Privado*, *Academia Mexicana de Derecho internacional Privado y Comparado A.C.*, México, noviembre de 2017, pp. 1-20.

entendiéndose como el respeto de la soberanía de los Estados extranjeros, que suele traducirse como cortesía internacional, la cortesía internacional entendida como un concepto de cooperación unilateral voluntaria por parte de un Estado a otro; y iii) el principio de solidaridad de los Estados, que la cooperación internacional requiere en el marco de procedimientos comerciales, civiles, penales y demás materias, a través de los tratados bilaterales y multilaterales, mediante la vía judicial o administrativa, derivado de las solicitudes a través de los tribunales, juzgados y fiscalías, así como de la autoridad central, dentro de un juicio o proceso, con reglas de reciprocidad conforme a nacionales y extranjeros.

3.2. La importancia de incrementar las nuevas tecnologías

Al hablar de las nuevas tecnologías o de instrumentos tecnológicos, sería necesario precisar cuáles son las posibilidades que proporciona, en este caso, el uso de la videoconferencia en los juicios o procesos, comerciales, civiles, penales o de alguna otra materia, en virtud de que la videoconferencia. Es un recurso ya consolidado, en los ordenamientos y Derecho interno de cada parte, que sirve como una herramienta de cooperación judicial internacional, que se encuentra reconocido en diversos instrumentos bilaterales o multilaterales.

Un ejemplo sería, además del Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia, la versión provisional del Convenio de La Haya sobre Obtención de Pruebas mediante Enlace de Video, elaborado por la Oficina Permanente, el 6 de diciembre del 2008, a la atención de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya sobre Apostilla, Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia. Lo cual, indudablemente, demuestra el interés y avances sobre el uso de las nuevas tecnologías, y su relación con el Derecho internacional privado, por los principales organismos internacionales, mediante el incremento de las tecnologías modernas, como lo es el uso de la videoconferencia dentro de un juicio o proceso, que permite a las partes ubicadas a grandes distancias una de otra, comunicarse de manera instantánea con audio e imagen en pantalla en

⁹ Doc. Prel. No. 6, Apostilla, Notificación, Obtención de Pruebas, Acceso a la Justicia, "La obtención de pruebas mediante enlace de video en virtud del Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas", *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Países Bajos, 6 de diciembre 2008, pp. 1-12.

tiempo real; por lo tanto, la videoconferencia, crea la posibilidad de que una persona en calidad de parte, testigo, perito, procesado o imputado, presten su entrevista o declaración, o bien participen en diligencias preliminares de investigación, en un Estado y puedan ser interrogados por personas ubicadas físicamente en otro Estado.

Con el uso de estas tecnologías, se promete reducir mucho los gastos y dificultades logísticas, asociados con la obtención de pruebas en el extranjero, a la vez que aumenta los niveles de comunicación y cooperación entre los Estados parte. Esto constituye una versión moderna de la práctica de algunos Estados para tomar testimonio, declaración o entrevistas, a un testigo en el extranjero; de ahí, la necesidad de adaptar este tipo de convenios a la realidad moderna de la obtención de pruebas mediante la videoconferencia, siempre dentro del marco del Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia.

La utilización de esta herramienta en materia penal, por ejemplo, no vulnera el principio de inmediación, y puede disminuir considerablemente el número de audiencias o procedimientos, que se encuentren suspendidos por falta de ratificación de los cargos, como consecuencia de la imposibilidad de los testigos o de las víctimas de ir a declarar al lugar donde se lleva a cabo el juicio. 10

De igual forma, a medida que el uso de la tecnología de la videoconferencia se torne disponible a mayor medida, esta tecnología adquirirá una importancia creciente en los litigios internacionales. También es sustancial establecer directrices claras y buenas prácticas, que se desarrollen para la obtención de pruebas en el extranjero, y salvaguardar un funcionamiento uniforme y eficiente.

3.3. La forma y tramitación de las solicitudes

Las solicitudes sobre el uso de la videoconferencia, se hacen de forma conjunta en el ámbito comercial, civil, penal, o incluso en otras materias dentro de un juicio o proceso, con arreglo al Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia, la forma y tramitación de la notificación y otras formalidades procesales se rigen por lo previsto en los respectivos instrumentos bilaterales o multilaterales, y el Derecho interno de cada parte.

Albornoz Barrientos, Jorge, "Marco jurídico de la utilización de la videoconferencia en materia penal", Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Centro de Estudios de Derecho Informático, Universidad de Chile, vol. 2, número I, año 2013, pp. 229-260.

La autoridad judicial o ministerial requirente, otorga el derecho de solicitar a las partes el uso de la videoconferencia, para emitir declaración o participar en investigaciones preliminares, en la medida que esté permitido por el Estado requerido el uso de la videoconferencia. La comparecencia mediante el enlace de video ofrecerá una alternativa útil y rentable a la presencia física, ahorrándoles a las partes el gasto y la dificultad de viajar al extranjero.

Además, en la gran mayoría de los Estados donde se les permite a las partes, a sus representantes y a los miembros del personal judicial o ministerial, participar en los procedimientos, ofrece una gran ventaja mediante la formulación de preguntas de seguimiento, durante los interrogatorios o contrainterrogatorios; de igual forma, en muchos Estados la obtención de pruebas con el uso de la videoconferencia se está haciendo posible o lo es ya. Sin embargo, la posibilidad de obtener pruebas por este medio depende de que este permitido por la ley del Estado de ejecución.

Por lo tanto, si un Estado requirente tiene disponibles en las salas de sus tribunales, juagados o fiscalías, instalaciones de enlace de videoconferencia, y es compatible con la ley del Estado requerido, se podría concretar, la forma y tramitación de las solicitudes, además de la intención básica de maximizar la cooperación internacional y minimizar las posibilidades negativas de cooperar; en consecuencia, si un Estado tiene instalaciones de videoconferencia disponibles en sus tribunales, juzgados, fiscalías o autoridad competente, es probable que no exista ningún fundamento en virtud del Convenio Iberoamericano, para que ese Estado deniegue una solicitud para el uso de la videoconferencia.

3.4. La cooperación mutua en materia civil, comercial, penal e incluso otras materias

La cooperación mutua se puede usar en cada fase del juicio o proceso, en función de lo que se pretenda; se deben respetar los principios de Derecho y el debido proceso, cuando se haga uso de la videoconferencia. El recurso tecnológico posibilita condiciones de publicidad inmediata, mediata, absoluta, relativa o restringida, que pueden darse en el desarrollo de un acto procesal; basta con dar acceso a la asistencia personal o física del público, en los distintos lugares donde se encontrasen los puntos de contacto o conexión, asegurar el audio y video en tiempo real, que sea suficiente para la percepción pública, para entender por producido el acto.

La videoconferencia es una herramienta tecnológica que, por su utilidad como medio de auxilio, sirve para la actividad judicial y ministerial, es admitida por numerosos ordenamientos internos y en los más modernos instrumentos internacionales. Lo importante es que en cada caso se respeten los principios básicos aplicables al supuesto que se contemple. Las partes pueden intervenir, informar e interrogar sin mayor complicación, también pueden dirigir preguntas, pedir aclaraciones que estimen oportunas al procesado, imputado, testigos, peritos y demás personas involucradas a lo largo de las declaraciones, entrevistas, confesiones, testimonios, careos, informes, periciales, etc., así como conceder el derecho de última palabra al acusado y escuchar directamente sus afirmaciones.

No pasa por desapercibido que los nuevos instrumentos enfrentan nuevas problemáticas, porque muchas veces la ley tarda en adaptar sus normas, a las aportaciones que aquellos posibilitan; incluso, cuando existe una previsión normativa que surge con la pretensión de dar apertura a las nuevas tecnologías o innovaciones presentes o futuras. Sin embargo, como se puede observar, en el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia, no existe impedimento para una efectiva y eficiente cooperación mutua, en materia comercial, civil y penal e incluso en otras más si las Partes así lo acuerdan, siempre y cuando existan las condiciones técnicas adecuadas para el desarrollo de una audiencia mediante el uso de la videoconferencia en tribunales, juzgados y fiscalías.

4. Conclusiones

En razón de lo anterior, se concluye que la obtención de declaraciones, comparecencias, entrevistas, confesiones, testimonios, careos, informes y periciales a testigos, peritos, procesados, imputados, y demás personas involucradas en un proceso judicial o ministerial, en calidad de parte, testigo o perito, o en diligencias preliminares de investigación, que presten su declaración, comparecencia o entrevista, ubicadas en un lugar distinto al de la autoridad competente para un juicio o proceso, mediante el uso de la videoconferencia, es compatible con el marco jurídico actual del sistema mexicano, y en particular con el Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la cooperación internacional entre sistemas de justicia y su protocolo.

¹¹ Ibidem, p. 167.

El Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia. permite a las partes y a sus representantes, y a los miembros del personal judicial y ministerial, o en su caso administrativo, fiscal, etc., de la autoridad requirente, asistir mediante la videoconferencia al desarrollo de la audiencia o diligencias preliminares de investigación; también permite que una declaración, comparecencia, entrevista, confesión, testimonio, careo, informes, periciales, etc., a testigos, peritos, procesados, imputados, y demás personas involucradas en un proceso judicial y ministerial, en calidad de parte, testigo o perito, o en diligencias preliminares de investigación, sea ejecutada mediante el uso de la videoconferencia. En caso de que el Estado requerido permita la obtención de pruebas mediante el uso de la videoconferencia, y requiere que un Estado ejecute una declaración, que solicite el uso de la videoconferencia, si el Estado requerido tiene instalaciones de videoconferencia en alguna o en todas las salas de tribunales, juzgados o fiscalías, que se pudieran encontrar a la disponibilidad del equipo para el uso de la videoconferencia, y la compatibilidad de la tecnología de los Estados requerido y requirente.

Se sugiere la creación de una Guía de Buenas Prácticas, para el uso de la videoconferencia, derivado de la estrecha colaboración de los Estados interesados, en virtud del Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia, así como también establecer mejores prácticas. El uso de la videoconferencia para la obtención de una declaración, utilizando la forma y la tramitación de las solicitudes, del Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia, surge de la interacción de la ley del lugar donde se obtiene las declaraciones, con la lev del lugar en donde se encuentran ubicados los participantes conectados por videoconferencia; por lo tanto, se considera que estos temas, no impiden la obtención de las declaraciones mediante la videoconferencia, en virtud del Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia, y se pueden solucionar por analogía con el caso en donde la comparecencia o declaración se obtiene sin la ayuda del uso de la videoconferencia; en consecuencia, debería regir el procedimiento de la ley del lugar donde se obtiene la declaración.

5. Bibliohemerografía

Albornoz Barrientos, Jorge, "Marco jurídico de la utilización de la videoconferencia en materia penal", Revista Chilena de Derecho y Tecnología, Centro de Estudios de Derecho Informático, Universidad de Chile, vol. 2, núm. I, año 2013. pp. 229-260.

- Carrizo, Adán. "Uso de videoconferencia en cooperación internacional". *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 3, junio 2017. Ediciones Universidad de Salamanca. pp. 302-304.
- Estrada, Jesús. "Videoconferencia, cooperación judicial internacional y debido proceso". Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión, Asunción, Capital Jurídica del Mercosur, Paraguay, Año 5, No. 10, octubre 2017, pp. 153-173.
- Pérez Venegas, Erick, "Cooperación Procesal Internacional una herramienta en el Derecho Internacional Privado". XL Seminario de Derecho Internacional Privado, Academia Mexicana de Derecho internacional Privado y Comparado A.C., México, noviembre de 2017, pp. 1-20.

Documentos

- ACNUDH, Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, proclamada por la Asamblea General en su resolución 3384 (XXX), del 10 de noviembre de 1975, https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ScientificAndTechnologicalProgress.aspx
- Convenio Iberoamericano sobre el Uso de la Videoconferencia en la cooperación internacional, entre sistemas de justicia y su Protocolo Adicional relacionado con los Costos, Régimen Lingüístico y Remisión de Solicitudes, suscrito en Mar del Plata, Argentina el 3 de diciembre del 2010, firmado por México el 7 de julio del 2011, aprobación del Senado el 14 de diciembre del 2011, publicación *DOF* aprobación el 23 de enero del 2012, vinculación para México el 23 de noviembre del 2012 ratificación, entrada en vigor internacional el 17 de julio del 2014, entrada en vigor para México el 17 julio 2014, publicación *DOF* promulgación el 17 de julio del 2014.
- Doc. Prel. No.6, Apostilla, Notificación, Obtención de Pruebas, Acceso a la Justicia, "La obtención de pruebas mediante enlace de video en virtud del Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas", *Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Países Bajos, 6 de diciembre 2008, pp. 1-12.
- Gobierno de México, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, http://www.conacyt.gob.mx/
- Organización de Estados Americanos (OEA), Comisión Interamericana de Ciencia y Tecnología, http://www.oas.org/es/cidi/COMCyT.asp
- Secretaria de Relaciones Exteriores (SRE) "Tratados celebrados por México", en materia de Cooperación Técnica y Científica, Propiedad Intelectual y Energía Nuclear, actualización mayo de 2019, http://aplicaciones.sre.gob. mx/tratados/consulta nva.php



Parte VII Temas selectos de Derecho internacional privado y comparado



Algunas notas sobre la teoría de la incorporación del derecho extranjero

JORGE ALBERTO SILVA*

Sumario: 1. Introducción. 2. Un primer acercamiento. 3. La *lex loci factum.* 4. Tesis en torno a la naturaleza del Derecho extranjero designado. 5. Resumiendo las tesis. 6. Breve explicación argumentativa. 7. Aplicación e incorporación del orden jurídico extranjero. Algunos ejemplos ilustrativos. 8. A manera de conclusión. 9. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Inicio con la siguiente pregunta: si una norma de conflicto (de aquí en adelante NC) expresa que para un supuesto normativo ha de acudirse al contenido de lo que establece un orden jurídico extranjero, ¿esta prescripción significa que el orden jurídico extranjero será el que rija dentro del propio ámbito territorial?, ¿...sobre el orden jurídico doméstico? Si la respuesta es afirmativa, entonces, ¿una NC propicia una covigencia de órdenes jurídicos sobre un mismo espacio y tiempo? A la vez, lo anterior se entenderá como que el legislador extranjero tendrá la facultad de legislar sobre el Derecho que el juez local debe aplicar.

Las hipotéticas respuestas son: *i*) que solo se aplica el propio orden jurídico y *ii*) que es posible aplicar un orden jurídico extranjero.

Entonces, ¿cómo puede explicarse la operación mediante la cual una NC recurre a un enunciado que se encuentra en un orden jurídico extranjero para tomar de este la normatividad que regule un caso doméstico? Más concretamente, ¿cuál es la naturaleza del Derecho extranjero tomado en cuenta por una NC al resolver un caso concreto?

La expresión "aplicar el Derecho extranjero" es una pseudo proposición. Para evitar que se recurra a pseudo proposiciones que obnubilen la explicación teórica y práctica, es necesario precisar lo que se quiere

^{*} Profesor de Derecho conflictual. Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de DIPr y académico de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado. Investigador nacional (CONACyT), nivel III.

decir, reconduciendo su significado a una explicación correcta. De lo que se trata es de evitar que se tergiverse el concepto; por el contrario, debe procurarse alcanzar un sentido adecuado del orden jurídico. Una correcta percepción del marco teórico permitirá un desarrollo más claro de la norma conflictual, incluida su aplicación.

La respuesta a estas interrogantes es el tema principal de este artículo, para el que utilizaré signos elementales de lógica simbólica.

2. Un primer acercamiento

Comencemos por la expresión "aplicar". Aplicar proviene del latín *applicare*. Significa poner en práctica algo. Aplicar el Derecho significa poner en práctica, llevar a una realidad o ejecución lo que se encuentra en una legislación u ordenamiento jurídico.¹ Entiéndase mejor si decimos individualizar lo que el Derecho prescribe, llevarlo al terreno de la realidad. Adelante volveré con este significado.

Por otro lado, sentemos, *ab initio*, como premisa que el legislador de un Estado solo legisla para su población y para su territorio. Al menos esta es la hipótesis que sostiene un amplio grupo de juristas desde la Paz de Westfalia. Pensemos en un conjunto normativo extranjero, que llamaré E (Estado de origen o extranjero) y en un conjunto normativo, que llamaré M (Estado de destino, que de aquí en adelante identificaré como el propio o México).

Preguntémonos: ¿es posible que el orden jurídico de E se imponga sobre el de M? ¿Cómo podemos explicar que una norma o una institución de E sea aplicada en M? Como respuestas tentativas caben tres hipótesis:

- *a)* El orden jurídico extranjero (el de E) vale *ex proprio vigore*, lo que conduce a admitir que se sobrepone al propio (al de M).
- b) La NC de M designa el contenido de una prescripción extranjera (la de E) para regular un supuesto normativo, al que se refiere M. La pertenencia y validez de la prescripción extranjera se explica porque es Derecho en el extranjero (vale como Derecho y pertenece a un

¹ Aplicación, expresa el Prof. Tamayo y Salmorán, "alude a un acto que alguien realiza o efectúa; expresa la idea de concretar o hacer efectivo algo. Aplicación, es, así, la operación que alguien ejecuta con el propósito de emplear alguna cosa, la acción por medio de la cual se lleva a cabo algo o se hace valer en ocasión apropiada o caso específico". Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica), Themis, México, 1996, p. 171.

conjunto normativo extranjero). ¡Vamos!, que lo que se aplica es Derecho extranjero.²

c) No basta que la NC de M designe un orden jurídico extranjero, ni que sea válido en el extranjero, sino que es necesario que la prescripción extranjera se nacionalice (Chiovenda), que se incorpore al orden jurídico doméstico (Kelsen, Ago); algo así, como que se le proporcione una "visa de ingreso al foro local"; que M la admita y la tenga como propia, como válida en el orden propio (Kelsen).

En la primera hipótesis, las prescripciones extranjeras valen extraterritorialmente solo porque regulan el supuesto normativo conforme a una ley válida en el lugar de su expedición y, muy posiblemente, porque el hecho se generó en el extranjero apoyado en el Derecho extranjero. Esta hipótesis podría conducirnos a admitir el orden jurídico extranjero aún sin necesidad de que exista alguna NC o alguna norma propia que lo admita. Según esta hipótesis, la prescripción extranjera vale por su propia fuerza, porque fue expedida siguiendo los pasos de creación establecidos en el orden extranjero y porque, muy posiblemente, le dio validez al acto extranjero. La normatividad jurídica de E se introduce en el conjunto normativo M debido a la fuerza que ese elemento tiene en E, debido a su persistencia.

La segunda hipótesis presupone que una NC de M llama, reclama o designa, a los enunciados jurídicos de E para que resuelvan el caso a resolver. Esto es, primero, reconduce a ellos (envía o remite al Derecho extranjero). Ese orden extranjero es el que se aplica y resuelve el asunto concreto en manos de M. En esta explicación, suponemos dos órdenes jurídicos rigiendo sobre un mismo territorio, uno (el de M), el que establece el supuesto normativo y, otro (el de E), el que regula ese supuesto, pero ocurre que la regulación es y seguirá siendo extranjera. Según esta explicación, el orden jurídico de M se declara incompetente para regir un supuesto (regla de implicación lógica), razón por la que admite lo que prescriba E, que el mismo orden de M declara competente. La mayoría de los juristas se contenta con expresiones tales como "la norma del foro remite a la extranjera", que "la extranjera rige el caso". A mi parecer, esto produce una norma híbrida (con "doble nacionalidad").

² Dice Moreso: el derecho extranjero deriva de las normas de creación del orden jurídico extranjero al cual pertenece. La prescripción extranjera no pierde su condición de extranjera, ya sea que se le estime como derecho o como hecho. La norma propia solo reconduce a la extranjera.

La tercera hipótesis, que también presupone una NC, no admite que dos órdenes jurídicos rijan sobre un mismo territorio, no admite co-vigencia, ni la conformación de una norma híbrida; esto es, que la norma aplicada continúe siendo extranjera y local, a la vez. Cuando una NC reconduce a una prescripción extranjera, antes de que sea aplicada, previamente es incorporada. La tesis parte de la afirmación que sostiene que la autoridad local solo se puede aplicar normas del propio orden jurídico. Parte de la siguiente proposición jurídica: el orden jurídico de M solo vale para M, el de E, para E y el de C, para C. Para que el contenido de una prescripción extranjera rija un supuesto normativo propio, es necesario que, primeramente, sea tomada como propia (incorporada), que pase a ser estimada como válida dentro de M. Las autoridades "solo pueden aplicar normas válidas".

En fin, la cuestión teórica no ha sido aclarada en consenso por los internacionalistas. Joseph Raz estima que se trata de un problema y que:

...es difícil distinguir entre el reconocimiento que hace un órgano de las disposiciones de su propio sistema jurídico y el reconocimiento que hace de las disposiciones jurídicas de otros sistemas jurídicos en virtud de direcciones de las disposiciones jurídicas de Derecho internacional privado.³

Entiéndase mejor lo dicho cuando diferenciamos designar el contenido de un Derecho extranjero, de lo que es aplicar Derecho extranjero. Son dos cosas diferentes: designar Derecho extranjero y aplicar Derecho extranjero. En las próximas líneas recurriré a estas diferencias, no sin antes destacar que los ius internacional privatistas han sido reacios en resolver este problema: aparentemente lo han abandonado por no estimarlo importante o, simplemente, porque ni siquiera se acercan a él por lo difícil de explicarlo. Se trata de un problema teórico al que difícilmente se acercan los dogmáticos. Afirmar que aplicar Derecho extranjero es una falacia, tal vez, una falacia de prueba prevalente o del consenso.⁴

³ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*. *Una introducción a la teoría del sistema jurídico*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986, p. 235.

⁴ Hackett aborda lo que llama falacia de prueba prevalente. Conforme a esta, la opinión de las masas es un método de verificación. Algunos autores se apoyan en esta falacia al afirmar cosas como las siguientes "la mayoría de los autores afirma que...", "hay un consenso entre los doctrinarios acerca de...". Se trata de una deferencia a la mayoría historiográfica sin sustento. Hackett Fischer, David, *Historian's Fallacies*,

3. La lex loci factum

Me detengo para reexaminar las hipótesis a que se enfrentan las autoridades de un Estado al tener que regular un hecho ocurrido fuera del lugar o territorio de su propio Estado. Implican temas o conceptos que suelen complicar el análisis exacto de lo que se trata de resolver. Me detengo para aclaraciones conceptuales.

Importa tener en cuenta una serena explicación para sentar una primera premisa. Decía que un conjunto normativo se conforma por normas y que subsiste una opinión generalizada que afirma: "las leyes de un Estado solo pueden aplicarse a hechos ocurridos en el espacio territorial del propio Estado". Se trata de una tesis incorrecta como paso a explicar. Parto de esta creencia o suposición para desaprobarla.

Es necesario hacer algunas precisiones en torno al absurdo expresado en la citada tesis que conduce a expresiones tan conocidas como las siguientes: "las normas solo rigen para hechos ocurridos dentro de cierto espacio y no en otro"; "los hechos que ocurren en el espacio M solo están regulados por las normas del conjunto M"; "las normas del espacio E solo regulan los hechos o conductas que se producen en el espacio E"; y así. Se trata de afirmaciones equivocadas que se sustentan en la tesis de la *lex loci factum*.

Acorde a esta tesis —se suele afirmar—, el Estado M solo puede aplicar su normatividad a los hechos o comportamientos humanos ocurridos en el espacio M. La tesis es incompatible y contradictoria con lo que asientan las NC, que toman en cuenta sucesos (hechos o actos) ocurridos en el extranjero.

Preguntémonos, ¿qué hacer cuando un hecho o evento de tráfico jurídico internacional se despliega en los espacios de dos Estados? Pensemos en un comportamiento humano que se inicia y conforma en el espacio E y continúa desarrollándose en el espacio M (*v.g.*, una pareja se casa en E y, luego, se traslada a M). Pensemos en la hipótesis de un accidente vial ocurrido durante las vacaciones en un lugar lejano al domicilio de un conductor y un lesionado (como en el caso Babcock). En este evento (el matrimonio o el accidente) lo identificaré como un supuesto (fáctico o normativo).⁵

Toward a Logic of Historical Thought, Harper Torchbooks, New York, 1970, pp. 51 y ss. Villoro prefiere llamarle falacia del consenso. Villoro, Luis, Creer, saber, conocer, Siglo XXI, México, 1982, p. 151.

⁵ El caso Babcock, resuelto en Nueva York, en 1963, consiste en que dos neoyorkinos en viaje por Canadá (Ontario) sufren un accidente. El accidentado demandó al

Cabría la posibilidad de que si un acto nació bajo el orden jurídico de E (*v.g.*, el matrimonio o el accidente), entonces ese orden jurídico de E (Estado de origen) será el que lo rija. ¿Deberá continuar rigiendo E sobre el espacio de M (Estado de destino)? Si así lo afirmamos, entonces eso significa que el orden jurídico de E es extraterritorial. M tiene que tolerar y respetar lo que E prescriba. Se trata de razonamientos que han ido moldeándose con el tiempo hasta llegar a nuestra época, incluso, a partir de las vieja y antiguas tesis de la territorialidad de las leyes y el absolutismo de Estado.

Por lo pronto, me detendré brevemente en el *actum* o *factum* objeto de atención de un supuesto normativo para una aclaración adicional. El hecho de que un comportamiento humano o supuesto fáctico se realice fuera del territorio de un Estado, no significa que las autoridades de ese Estado tengan prohibido conocerlo y resolverlo. El territorio, como elemento del Estado, delimita la actividad que las autoridades de un Estado realizan (repito, de las autoridades). Solo dentro de ese territorio sus autoridades pueden imponer sus actos de poder, pero esto no significa que los actos de poder no los puedan realizar sobre hechos o conductas realizadas fuera del espacio territorial (recuérdese el caso Babcock). Kelsen nos presenta una aclaración sobre el particular al afirmar: "...el ámbito espacial de la validez de un orden jurídico es mucho más amplio que el territorio —en sentido estricto— delimitado por las fronteras. Las fronteras significan únicamente una limitación regular, mas no absoluta, del ámbito de validez".6

Téngase presente que las normas jurídicas de un orden no se restringen a regir hechos acaecidos dentro del propio territorio, toda vez que cabe la posibilidad de ampliarse a comportamientos ocurridos en

conductor alegando negligencia. Según la ley de tránsito canadiense de 1960 la lesionada no tenía derecho a ser indemnizada por parte del conductor del automóvil. El problema consistió en definir el orden jurídico que debía regir la responsabilidad: la del lugar del accidente (Canadá) o la del lugar del domicilio (Nueva York). El tribunal de Nueva York argumentó que el lugar del accidente (*lex loci delictum*) solo es un lugar eventual o fortuito, con el que no estaban relacionados los sujetos del litigio y aplicó la ley neoyorkina, que si permitía el pago de la indemnización. El tribunal de Nueva York rechazó la *lex loci factum*. Juenger, Friedrich, *Choice of Law and Multistate Justice*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, p. 107. Gene R. Srhreve, "Conflicts revolution, The watershed case of Babcock v. Jackson", en Gene R. Srhreve, A Conflict of Laws Anthology, Cincinnati, Anderson Publishing, 1997, pp. 57 y ss.

⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979, p. 183. En sentido un tanto similar Raz, Joseph, *El concepto de sistema ..., opus cit*, p. 248.

otro territorio. La afirmación que predica que un "orden jurídico se restringe a su propio territorio" debe entenderse en el sentido de que ese orden jurídico solo puede ser aplicado por sus autoridades (sus autoridades) dentro de su territorio, pero no que estén impedidas para aplicarlo a hechos ocurridos en otro territorio. Piénsese, por ejemplo, en el caso Babcock, cuyas conductas están prescritas en el orden jurídico local.

Una cosa es que el orden doméstico o propio (el de M) sea aplicado por las autoridades de M a hechos ocurridos en otro territorio (el de E), y otra, que las autoridades de E apliquen el Derecho de E dentro de M.

Para disolver este enredo teórico-conceptual, es necesario diferenciar el ámbito de validez de un orden jurídico de lo que es el lugar en que ejercen poder sus autoridades.

- Bajo la perspectiva de la lex loci factum la normatividad de M solo puede ser aplicada por las autoridades de M dentro del territorio de M (donde territorio de M = TM). Lo que quiere decir que las autoridades de M solo pueden actuar (ejercer su poder) dentro del territorio de M (TM).
- Pero de esta afirmación (de que las autoridades de M solo pueden actuar en TM) no se sigue que el orden jurídico de M no puede ser aplicado a hechos ocurridos en TE.
- Conclusión: Ningún Estado puede actuar dentro de otro Estado, pero si puede tomar en cuenta hechos ocurridos en otro Estado y regularlos conforme a su propio Derecho o acorde al Derecho del otro Estado (fundamento y explicación de las normas de conflicto internacional).

Esto es, que además del orden jurídico y del territorio de algún Estado, ha de tomarse en cuenta que sobre la escena (los hechos) también se encuentran las autoridades (de M o de E). Así, tenemos autoridades de M y autoridades de E.

Al tomar en cuenta a las autoridades tenemos que las autoridades de M pueden aplicar el orden jurídico de M, aun y cuando los hechos hubiesen ocurrido en el territorio de E. La diferencia está en que las autoridades de M no pueden actuar en el territorio de E (no pueden desplegar su conducta en territorio ajeno). Luego, el ámbito en que pueden actuar las autoridades de M se restringe a su territorio, pero el ámbito del orden jurídico de M, no se restringe al territorio de M. Una autoridad de M puede acoger y regular hechos ocurridos fuera del territorio de M. Esto es lo que es identificado como extraterritorial. Como las autoridades de M no pueden ejercer en T2, eso no significa que no puedan

conocer de hechos ocurridos en T2, imponiendo, incluso, el orden jurídico de M. Con esta precisión terminológica y conceptual, la tesis *lex loci factum* se viene abajo, pues conduce a una *discontinuidad jurídica*.⁷

4. Tesis en torno a la naturaleza del Derecho extranjero designado

En la literatura ius internacional privatista dominante no es difícil encontrar expresiones que afirman: "mediante una NC se aplica el Derecho extranjero"; "el Derecho extranjero rige la relación"; "el aplicable es el Derecho extranjero"; "el orden local se autodeclara incompetente y delega la solución en el Derecho extranjero"; etc. El significado de estas expresiones requiere una explicación y una correcta reconceptualización, puesto que reconducen una reformulación errónea. Me detendré contrastando dos posiciones teoréticas diversas: a) que el orden jurídico doméstico (el de M) remite al extranjero (al de E) para que se resuelva un caso previsto en el supuesto normativo o b) que el orden de E es llamado a ser incorporado en el propio. Sobre el particular se han desarrollado algunas teorías.

Resumiré lo que se ha dicho respecto a la naturaleza del Derecho extranjero que es tomado en cuenta por una NC al resolver un caso concreto: ¿un orden jurídico remite (envía) al orden jurídico extranjero o lo incorpora? Éstas son las cuestiones a debate.

Me acercaré un poco más a las tesis o posiciones propuestas en torno al tema. Se han desarrollado teorías a favor y en contra de la incorporación; unas, afirman que el orden jurídico extranjero se incorpora al doméstico (tesis de la incorporación), otras, que se envía o remite al Derecho extranjero (tesis de la remisión). Algunos juristas prefieren ignorar expresamente esta cuestión, y otros, prefieren seguir una docta ignorantia.

Al enfrentar la cuestión suponemos dos órdenes jurídicos: designaré como M al orden jurídico incorporante o remitente, y como E (el orden extranjero) el orden a incorporar u orden al que se "remite" la respuesta. Una u otra denominación (incorporación o remisión), según la explicación que se adopte.

⁷ Discontinuidad jurídica. Denominación que se le otorga al fenómeno que se origina cuando un acto o hecho jurídico producido bajo un orden jurídico es interrumpido, al no ser reconocido bajo otro orden jurídico. El DIPr tiene como función resolver este fenómeno, estableciendo disposiciones que racionalicen la continuidad y razonabilidad.

En términos generales, quienes abordan la problemática lo hacen dentro de un apartado que, por lo general, titulan "naturaleza del Derecho extranjero". Destacan algunos juristas que lo conciben como hecho y, otros, como Derecho. Sobre la última percepción, suelen listar (solo listar) lo que llaman teorías de la recepción material, formal y local. Afirman que la primera es la sostenida por Kelsen, la segunda por Ago y, la tercera, por Cook.⁸ Resumiré algunas de las tesis que han sido expuestas (no las presento en orden cronológico, sino temático).

4.1. Tesis que sostienen como innecesaria una explicación

Algunos juristas españoles sostienen que es innecesaria una explicación. José Carlos Fernández y Sixto Sánchez, aunque aluden a las tesis de Kelsen y de Hart, afirman que dicen lo mismo; que sus tesis (sin expresar mayores explicaciones) "no resisten el análisis de la crítica desde el ángulo del DIPr". Les parece que una respuesta "desde el punto de vista funcional" es más aceptable, pues "la aplicación del Derecho extranjero no precisa justificación especial", esto es, no creen necesario contar o conformar una teoría que explique la naturaleza del Derecho aplicado a un caso concreto.9

Por su parte, el Prof. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre expresa que:

...la circunstancia de que una norma de colisión del foro reclame la aplicación de un Derecho extranjero ni hace que ese Derecho quede asimilado al Derecho patrio, nacionalizado, ni lo convierte en un mero hecho.

⁸ Calvo Caravaca, Alfonso y Carrascosa González, Javier, Derecho internacional privado, vol. I, Comares, Granada, 2004, pp. 211 y 212, así como en Fernández Flores, José Luis, Manual de derecho internacional privado, Libro segundo, La teoría, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1980, p. 420. Les llaman teorías de la recepción material, formal y local. La profesora Maekelt lista lo que llama teorías de "la incorporación, la de la recreación y la de los usos jurídicos". Maekelt, Tatiana B. de, "Aplicación del derecho extranjero", en Maekelt, Tatiana B. de (coord.), Ley de derecho internacional privado comentada, Universidad Central de Venezuela, t. I, Caracas, 2005, p. 197.

⁹ Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1995, p. 464. En realidad, no entiendo qué es lo que el Prof. quiere decir con la palabra "justificación", ni tampoco la explica. Pero si por justificación entiende necesidad, que es innecesaria una explicación teórica, entonces no estoy de acuerdo.

Esa regla jurídica extranjera se halla en una situación peculiar, no es regla jurídica nacional, ni un hecho, es simplemente Derecho extranjero. 10

La Profesora Maekelt (de Venezuela), por igual, expresa que el tema ni siquiera ha tenido importancia, ni es necesaria una explicación. ¹¹ Una revisión a la mayoría de las obras de DIPr nos muestra que tampoco aluden a la cuestión.

4.2. Tesis de la pertenencia a un orden extranjero

Santi Romano insiste en que la norma extranjera es extranjera toda vez que "solo es jurídica en cuanto que es jurídica en el Estado extranjero". La Cabe decir, que Santi Romano es quien le dedica más espacio a este tema, pero no es mucho lo que camina. Entre otros argumentos (el analógico) cita el de las relaciones entre el ordenamiento estatal y el de la Iglesia. Expresa que se dan estas relaciones, ya que el estatal, en ocasiones, recurre al de la Iglesia. Con este ejemplo, expresa que cada orden jurídico es diferente. La constanta de la Iglesia.

Siguiendo una teoría contraria a la de la incorporación, Juan José Moreso admite la posibilidad de que las normas extranjeras (las de E) sean receptadas, pero afirma que hay que diferenciar entre *pertenencia de las normas* y *aplicación de las normas*, argumento que parece tomar de Eugenio Bulygin y de Joseph Raz. Es a partir de la diferencia donde sienta su tesis.¹⁴

La pertenencia de las normas extranjeras, afirma, pertenecen al orden jurídico extranjero, pero se aplican en el foro doméstico. Esto es, cabe aplicar normas extranjeras en M (Estado de destino), aunque no pertenezcan a M. Incluso, "es posible [dice] que sean aplicables normas

¹⁰ Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio, Derecho internacional privado, vol. I, Madrid, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, 1992, p. 226.

¹¹ Maekelt, Tatiana B. de, opus cit, p. 197.

¹² Romano, Santi, El ordenamiento jurídico, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963, p. 295.

¹³ Idem, p. 299.

¹⁴ Bulygin afirma "las normas que los jueces aplican para resolver un caso suelen pertenecer a sistemas diferentes del mismo orden jurídico y, a veces, puede tratarse de normas pertenecientes a otros ordenes jurídicos". Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991, p. 267.

que nunca han pertenecido a ningún sistema jurídico del orden jurídico en cuestión". 15

En otra obra, en la que colabora Navarro, Moreso agrega que cabe diferenciar entre normas dependientes de independientes. Una norma es independiente en un orden, dice, cuando carece de una relación sistemática con el sistema y su membrecía no está basada en el hecho de que otra norma la convierta en miembro del sistema. Es dependiente, si su membrecía presupone otra norma dentro del sistema y una relación entre ambas. Además, una norma de un sistema puede ser aplicable en otro sistema, aun cuando no pertenezca a este. 16

La tesis de Moreso se explica diciendo que hay criterios para afirmar que una norma pertenece al sistema, cuando ese criterio no se le puede aplicar a una extranjera (*v.g.*, el criterio de deducibilidad), entonces la extranjera sigue siendo extranjera.

4.3. Tesis de la incorporación de la fuente

Para Roberto Ago, la norma de DIPr contempla un particular procedimiento de producción jurídica de la norma. Procedimiento mediante el cual se hace depender la incorporación de una norma al orden jurídico nacional por el proceso de producción de un orden jurídico extranjero. Compara a la norma del DIPr con la norma italiana que "envía" al Derecho canónico dándole valor de fuente en el orden jurídico italiano. Se trata de los procesos de producción jurídica propios del ordenamiento canónico. La misma razón (analógica), en ambas hipótesis, ha de tenerse para comprender que el orden jurídico italiano envía al otro (extranjero o canónico) para entender que se le considera o atribuye el carácter de fuente a las extranjeras o las canónicas. 17 Su tesis parece inspirarse en la tesis de Santi Romano.

¹⁵ Moreso, Juan José, Normas jurídicas y estructura del derecho, Fontamara, México, 1997, pp. 25 y ss.

¹⁶ Moreso, Juan José y Navarro, Pablo, "The reception of norms, and open legal system", Paulson, Stanley L., (comp.), *Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes*, Clerendon Press Oxford, 1999, pp. 276 y 286.

¹⁷ Ago, Roberto, Lezioni di diritto internazionale privato, Parte generale, Giufre, Milano, 1955, pp. 62 y 63. Del mismo autor en "Régles générales des lois", en Recueil Des Cours, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 58, 1936, (iv), pp. 303 y ss.

4.4. Tesis que únicamente le otorga efectos a la prescripción extranjera

Para Joseph Raz, al Derecho extranjero solo se le otorgan efectos en el foro doméstico, sin que esto signifique que se le incorpore. Por incorporación entiende "convertir un cierto estándar en la ley de un sistema jurídico relevante por medio de una norma que se refiera a aquél dándole un cierto efecto legal". Esto no significa que pase a formar parte del sistema que lo incorpora, sino que este solo le otorga efectos. Expresa que "las doctrinas de Derecho conflictual le otorgan efectos a las leyes extranjeras sin que la hagan parte de la ley de la tierra (la propia)". No se convierten en parte del Derecho propio. 18

4.5. Tesis de los derechos adquiridos

Sin decir que se le reconocen efectos al Derecho extranjero, se encuentra esta otra tesis. Pavel Kalenský admite que el Derecho extranjero es incorporado al doméstico, pero que el orden local tiene una unidad y exclusividad, por lo que la actividad legislativa extranjera no tiene lugar en el propio. Por razones de justicia, cabe respetar la ley extranjera, pero eso solo puede hacerse respetando los derechos adquiridos. La corte no toma en cuenta el Derecho extranjero, sino solo los derechos adquiridos. Son estos los que se incorporan al orden jurídico doméstico. ¹⁹ Esto es, reconoce los efectos del Derecho extranjero, pero solo aquel Derecho concreto que ya ha sido creado.

En un contexto, como este, los juristas de EUA, siguiendo a Cook, aceptan que el juez admite los actos constituidos en el extranjero. Para esto, no solo ha de contemplarse el acto en sí, sino el orden jurídico al amparo del cual se creó, pero es el acto creado el que se recepta.

4.6. Tesis de pertenencia al orden doméstico

Walter W. Cook afirma que no es el orden extranjero el que se aplica, sino el propio. Sobre el particular explica:

El foro, cuando se enfrenta a un caso que involucra elementos extranjeros, siempre aplica su propia ley al caso, pero al hacerlo adopta y aplica como si fuese su propia ley una regla de decisión idéntica, o al

¹⁸ Raz, Joseph, "Incorporation by law", en Legal Theory, núm. 10, 2004, p. 10.

¹⁹ Kalenský, Pavel, Trends of Private International Law, Brill Archive, Praga, 1972, p. 263.

menos muy similar aunque no idéntica, al amparo de una regla de decisión localizada en el sistema de derecho vigente en otro Estado o país con el que algunos o todos los elementos extranjeros están conectados [...] de esta manera, el foro aplica no un derecho extranjero sino un derecho creado por su propio derecho.²⁰

Su tesis dio lugar a una gran cantidad de seguidores en el mundo del *common law*, como tesis de los derechos adquiridos, aunque también en el romano-germánico, como es el caso de profesor Goldsmidt.

4.7. Tesis del uso jurídico

Werner Goldsmidt afirma que el orden jurídico extranjero solo se imita, no se incorpora. Esto lo explica acorde a lo que denomina "teoría del uso jurídico". El juez, dice, no aplica un Derecho extranjero, sino que lo imita, lo fotografía. Expresa que:

...si se declara aplicable a una controversia un derecho extranjero, hay que darle el mismo tratamiento de fondo que con el mismo grado asequible de probabilidad le daría el juez del país cuyo derecho ha sido declarado aplicable.²¹

Le parece que la teoría de la incorporación (la producida previamente a Goldsmidt) no resuelve el problema, que solo lo resuelve su teoría del uso jurídico. Conforme a esta, el Derecho extranjero es un mero hecho. El Prof. Ciuro Caldani, aunque sigue esta teoría del uso, niega que el Derecho extranjero sea un mero hecho; se trata, más bien, dice, de una "normatividad habilitada".²² Eduardo Tellechea prefiere afirmar que el Derecho extranjero solo se recrea.²³

4.8. Tesis de la aplicación de una norma similar

Para Hart una NC del Estado M (Estado de destino) es una norma que reconoce a la norma de E (Estado de origen). La que es reconocida

²⁰ Cook, Walter W., Logical and legal bases of the conflict of laws, Yale L. J., 1924, p. 469.

²¹ Goldsmidt, Werner, Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia, De Palma, Buenos Aires, 1985, pp. 16, 137 y 504.

²² Caldani, Ciuro, "Aportes a la historia, el sistema y la filosofía del derecho internacional privado", en *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, vol. 30, Rosario (Argentina), 2007, p. 21.

²³ Tellechea Bergman, Eduardo, "Aplicación e información del derecho extranjero en el ámbito interamericano, regional y en el Uruguay", en *RSTPR*, marzo 2014.

pasa a formar parte del conjunto que la reconoce. Siguiendo a Cook, Hart afirma que cuando el tribunal de M reconoce un matrimonio celebrado en E no aplica el orden jurídico de E, sino que aplica una norma similar a la de E (la que un tribunal de E aplicaría). Esto le evita afirmar que una misma norma sea aplicada por tribunales de diferentes sistemas o conjuntos normativos.²⁴

4.9. Tesis del reenvío receptivo

Los profesores Irme Zagtay y Gerhard Kegel encuentran que en las hipótesis de reenvío de retorno, la norma extranjera que prescribe que el orden jurídico aplicable es el orden del foro, debe entenderse como una prescripción propia, una prescripción extranjera que se incorpora a la del foro. Expresan que, para los italianos, tal figura revive la denominación de *reenvío ricettizio*. Santi Romano explica el sentido de esta expresión, expresando que supone que se trata de un reenvío no formal, sino recepticio, por cuanto que la ley extranjera se transforma en una ley propia que la reclama. No obstante, no acepta la tesis de sus paisanos. ²⁶

4.10. Tesis de la incorporación de la fuente extranjera

Eduardo Trigueros ha sido prácticamente el único que en México se ha enfocado a la teoría de la incorporación (inspirándose en el jurista italiano Roberto Ago).

Una NC —escribe Trigueros— puede incorporar al orden doméstico lo prescrito en un orden jurídico ajeno de dos formas: *a)* aplicando directamente la norma del orden extraño o *b)* reconociendo un acto constituido en foro extraño al amparo de una norma extraña. En la primera, la incorporación es más abstracta, mientras que, en la segunda, es más concreta. En estas dos formas de incorporación tenemos:

²⁴ Hart, Herbert Lionel Adolphus, "Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en *Boletín de derecho comparado*, nueva serie, año IV, núm. 21, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, sep-dic 1974, pp. 139 y 140.

²⁵ Zagtay, Irme, "Problemas fundamentales derivados de la aplicación del derecho extranjero", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XI, núm. 33, Sept.-Dic. 1978. Kegel, Gerhad, *Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Chapter 3, C.B. Mohr, Tubingen, 1986, p. 11.

²⁶ Romano, Santi, opus cit, pp. 280 y 281.

...la incorporación de las normas generales o abstractas del sistema declarado aplicable, cuando la actividad humana que va a apreciarse se realiza dentro del ámbito de vigencia del sistema que contiene la norma incorporante; o bien incorporando la norma jurídica concreta formada por la realización de la hipótesis de una norma extraña, cuando se trata de apreciar el efecto que en el sistema jurídico incorporante tendrá una actividad humana realizada fuera de su ámbito de vigencia.²⁷

4.11. Tesis de la incorporación al orden doméstico

Los juristas que han profundizado en la teoría del Derecho es poco lo que sobre la incorporación han expresado. El más destacado fue Hans Kelsen, quien afirmó:

Si el órgano de un Estado, obligado por el derecho de este, aplica la norma de un derecho extranjero en un cierto caso, la norma aplicada por el órgano se convierte en norma del orden jurídico del Estado cuyo órgano la aplica. [...] La norma que es aplicada por el órgano del Estado es válida para la esfera de validez del derecho del Estado solamente si su aplicación es prescripta por aquel derecho. [...] La norma que obliga a los tribunales de un Estado a aplicar las normas de un derecho extranjero en ciertos casos, tiene el efecto de incorporar las normas del derecho extranjero al derecho de este Estado. La norma de un derecho extranjero aplicada por el órgano de un Estado es "extranjera" únicamente con respecto a su contenido. Con respecto a la razón de su validez es una norma del derecho del Estado cuyo órgano está obligado a aplicarla [...]. 28

Un pasaje semejante se encuentra en una carta enviada por Kelsen a Georges Maridakis (profesor de Derecho internacional privado en la Universidad de Atenas). En esta, Kelsen expresa que no es correcto entender que un Estado envíe a otro Estado para que este regule una cierta relación social. Un Estado aplica su propia ley. Basta poner atención en la validez de una norma, esta, deriva de su propia Constitución. Todas las normas de un Estado nacional derivan de una Constitución, de la de esa comunidad formada por su orden jurídico. Además (continúa Kelsen):

²⁷ Trigueros, Eduardo, *Estudios de derecho internacional privado*, Universidad Autónoma de México, México, 1980, pp. 184 y ss.

²⁸ Kelsen, Hans, *Principios de derecho internacional público*, El Ateneo, Buenos Aires, 1965, pp. 220 y 221.

...Cuando un juez autorizado por una ley de su Estado aplica —como decimos— la norma de otro Estado, la razón de validez de la norma aplicada por el juez no es la Constitución del otro Estado, sino la Constitución de su propio Estado, al que pertenece ese órgano aplicador. Por consiguiente, el juez aplica, en este caso, una norma de su propio Estado.²⁹

Esto es, aunque el contenido se encuentra en el extranjero, su aplicabilidad en el foro local se explica por su incorporación.

5. Resumiendo las tesis

Algunas tesis niegan, de plano, que se produzca una incorporación. Opinan que el Derecho extranjero es y sigue siendo extranjero, lo cual es cierto. La ley extranjera es, efectivamente extranjera en cuanto a su pertenencia (Moreso), pero no que sea independiente al ser aplicada al resolverse un caso. La prescripción extranjera, es, efectivamente extranjera, como dice Kelsen, pero solo en cuanto a su contenido. Pero su validez depende del Estado que la ha designado para resolver un asunto. Toda norma, afirma Kelsen correctamente, para ser válida debe derivar de la propia Constitución.

A mi parecer, varias tesis abordan el tema con miedo (que no se diga que se aplica un Derecho extranjero). Militan en una tesis nacionalista. Prefieren recurrir a la fotografía, como así lo expresa con Goldsmidt: se le fotografía o imita. Otras, tesis que solo aluden a reconocer efectos o derechos adquiridos olvidan que detrás del Derecho subjetivo creado o los efectos se encuentra el orden que los creó.

Para entender lo que afirmo, debe tenerse en claro la diferencia entre pertenencia del contenido de una norma y aplicación de una norma.

No debe olvidarse que en M (Estado de destino) solo se aplican leyes y normas válidas y la validez solo se entiende en el sentido de que las normas solo derivan de la norma fundamental. En la medida en que la Constitución y las leyes secundarias admitan una ley extranjera, reconociéndole validez en el propio foro, ello significa que esa normati-

²⁹ El contenido de esta carta se reproduce en Kelsen, Hans, "Observaciones de Hans Kelsen a un informe del profesor Georges Maridakis", en *Problema, Anuario de Filosofía y teoría del Derecho*, núm. 8, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 42. Igualmente, en "Comentarios a un informe del profesor Georges Maridakis acerca del reenvío", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 39, marzo, 2018.

vidad ha pasado a formar parte del orden jurídico doméstico. No solo para que se ejecute, sino también para "darle efectos".

Importan las explicaciones anteriores, ya que de cada una de ellas podrá obtenerse los elementos no refutados y, de alguna forma tomarlos en cuenta en el programa de investigación científica, redondeada por Lakatos.

6. Breve explicación argumentativa

Resumiendo, las tesis principales que se han expuesto, aunque con algunas variaciones, afirman:

- *a)* No importa, ni interesa, explicar la naturaleza del Derecho extranjero.
 - b) El Derecho extranjero, que se aplica, sigue siendo extranjero.
- *c*) El Derecho extranjero tomado en cuenta por medio de una norma incorporante es Derecho incorporado al local; solo el Derecho doméstico es válido en el propio foro.

En relación con la primera de las tesis (que niega la necesidad de abordar el tema), su "argumento" parte de un "no me importa la teoría", "la teoría no sirve"; cuando que, es precisamente la teoría la que explica al Derecho y sus fenómenos: lo reformula. La tesis adolece de la falsación, pues solo se reduce al "no me gusta". Al jurista no le basta el ars iudicanti, y quedarse con solo responder al qué hacer, el jurista requiere saber por qué, de qué se compone, cómo se explica. El jurista no debe conformarse con saber cómo poner un ladrillo sobre otro (como ocurre con un albañil); es necesario que conozca cómo se construye y está construido un edificio. No es una conjetura ni una disquisición irrelevante explicar la naturaleza del Derecho extranjero atraído por la NC.

Prosigo con las siguientes dos tesis (se aplica Derecho extranjero o se incorpora). Como se puede observar, ninguna de las tesis reseñadas expone la cadena argumentativa para llegar a la conclusión a que arriba. A mi parecer, el razonamiento en cada una de las tesis que abordan la problemática puede catalogarse incompleto. Explicaré.

En la que afirma se aplica Derecho extranjero se trata de un *entimema inválido*, mientras que en la afirma que se incorpora al propio, la conclusión me parece correcta, pero requiere de una explicación inferencial.

Comienzo por recordar que un entimema es un argumento que se enuncia en forma incompleta, queriendo dar por entendida o conocida una premisa faltante. En este razonamiento el pensamiento es incompleto. La tesis esconde una premisa incorrecta, como lo explicaré. Para no dejar la duda, y probar cada una de las tesis, es necesario acudir a revisar o encontrar la premisa faltante o encubierta.

Respecto a las tesis que afirman que el Derecho extranjero aplicado en el foro doméstico es aplicado como norma válida y sigue siendo extranjero, cabe decir que llega a una conclusión en la que una de las principales premisas es falsa o no válida; por lo tanto, la conclusión es también falsa e inválida. Se trata de un entimema inválido, como paso a explicar brevemente.

No es posible presumir la premisa que sostiene que el Derecho extranjero aplicado en el foro local sigue siendo extranjero, ya que colisiona con una premisa de superior jerarquía: la que sostiene que dentro de un orden jurídico solo se pueden aplicar normas válidas. Las normas no válidas, no pueden actuar dentro del propio foro.

Veamos: la tesis sostiene que el Derecho extranjero aplicado en el foro doméstico es aplicado como norma válida y sigue siendo extranjero. Esta tesis esconde una premisa implícita incorrecta. Esta premisa implícita dice: "el derecho extranjero en el foro doméstico es aplicado como norma válida", premisa que es totalmente falsa, pues en un orden jurídico solo se aplican como normas válidas aquellas que son creadas a partir de la propia Constitución. Por lo que, si se pretende que el Derecho extranjero sea tomado en cuenta para resolver un asunto, será necesario que a ese Derecho extranjero le incorpore al propio para que sea válido, esto es, que se le dé un apoyo constitucional.

La tesis que vengo falseando (que afirma que el Derecho extranjero es válido y rige dentro del foro a partir de una NC) es falsa. Estimo que lo que asevera ha partido de simples opiniones, siendo incorrecta la base en que se apoyan.

Para una correcta explicación es necesario recurrir a una técnica de razonamiento que haga plausible una conclusión válida. En este caso, recurriré a una lógica aristotélica o formal para despejar el enigma. Tomemos en cuenta el siguiente razonamiento (tipo sorites) que refuta la tesis que afirma que se aplica Derecho extranjero por ser falsa.³⁰

 Solo a partir de la propia Constitución se pueden crear normas válidas.

³⁰ Agradezco al Dr. Gilberto Vargas, así como al Dr. Adrián Renteria (reconocidos filósofos) su auxilio al revisar estos silogismos y sugerencias recibidas. Sobre todo, al Dr. Vargas por haber precisado, en palabras, la premisa implícita inválida.

- Una norma solo es válida, si fue creada a partir de la propia Constitución.
- La norma que resuelve un litigo o controversia a partir de la propia Constitución es válida.
- La norma extranjera que resuelve un litigo o controversia es válida si deriva de la propia Constitución.
- Una norma extranjera para poder resolver un litigio o controversia debe ser válida.
- Una norma extranjera solo es válida cuando una norma incorporante, derivada de la propia Constitución, establece las condiciones de su validez.

En consecuencia, afirmar que un juez local aplica Derecho extranjero, sin hacerlo derivar de su propia Constitución, no es jurídicamente posible, puesto que:

- Una norma extranjera solo es válida cuando una norma incorporante (derivada de la propia Constitución), establece y regla las condiciones de su validez.
- Solo una norma incorporante (derivada de la propia Constitución) que regla y establece las condiciones de validez de una norma extranjera declarándola válida puede permitir su aplicación por un juez local.
- Solo una norma que establece las condiciones de validez de una norma extranjera declarándola válida, puede resolver un litigio o controversia con validez.

Para explicar la situación, podemos valernos de una norma incorporante, que permite incorporar una norma o prescripción extranjera, pero solo con la condición de que la valide, esto es, la incorpore al Derecho propio o doméstico. En este sentido tendríamos el siguiente argumento lógico.

- Todo juez solo puede aplicar normas válidas.
- Una norma que aplica una extranjera solo podrá ser válida si la extranjera es validada (convertida en válida) mediante su incorporación.
- Por lo tanto, solo una norma que incorpora a una extranjera la convierte en válida.

Se aclara lo dicho si tomamos en cuenta la diferencia entre una NC y una norma incorporante.

Normalmente, la primera es entendida como un precepto general y abstracto, en tanto que la segunda, como el resultado de un acto concreto que personaliza la decisión (*incorporating laws*, en la terminología de Raz). Mientras una NC se enmarca mayormente con el dictado del legislador (generalmente), la incorporante es dictada por un juez al resolver un caso.

La NC no incorpora una prescripción extranjera (pues ni siquiera la identifica), solo prescribe medios para identificarla (emplea los llamados puntos de conexión). No obstante, a partir de una norma incorporante el juez identifica e individualiza la prescripción extranjera.³¹ Pero, para individualizarla tiene que pasar por un procedimiento especial que culmina con una norma local o propia (*v.g.*, en el caso de algunas sentencias, se pasa por un procedimiento de homologación). Esto es, la reconoce como válida, validando el acto o la decisión extranjera para ser aplicada o ejecutada en el foro propio.

Aquí se presenta el llamado criterio de transitividad, que consiste en que la norma extranjera transita hacia el Derecho local, culminando con una declaratoria de incorporación y validez; validez que la entronca con la Constitución local y permite su concreción.

De esta forma, lo extranjero se concretiza (no queda como general y abstracto) siguiendo un procedimiento de creación normativa (normalmente, en manos del juez local). La NC es, en este sentido, una razón operativa para el desarrollo del Derecho doméstico, es una norma que faculta al juez o autoridad local para incorporar normas o prescripciones extranjeras mediante una norma de incorporación. A partir de una norma incorporante (la creada en el foro local) se admite o valida una decisión, una ley o un acto, producido bajo otro orden jurídico. La norma incorporante es propia, así como la decisión que resuelve el caso. Es en este sentido como ha de entenderse la expresión "aplicar el Derecho extranjero".

Cabe agregar que estas construcciones silogísticas, en que apoyo mi tesis, no solo se basan en el predicado jurídico que dice (en todo el mundo) que la Constitución de un Estado es suprema, soberana, etc., sino también en un razonamiento propio de la lógica formal.

³¹ Sobre norma incorporante puede verse Silva Jorge Alberto, *Aplicación de normas conflictuales*; la aportación del juez, México, UACJ-Fontamara, 2010, capítulo 4, apartados VII y ss.

7. Aplicación e incorporación del orden jurídico extranjero. Algunos ejemplos ilustrativos

Presento enseguida algunos ejemplos ilustrativos que auxiliarán a comprender lo que he expresado.

- a) Comienzo con una metáfora para cubrir mi explicación. Los bienes y servicios de un país PE (país exportador) solo pueden circular en ese país. No se pueden exportar a PI (país importador) solo porque PE lo ordene o desea. Si lo hiciera, entonces sus productos ingresarían de contrabando a PI (algo prohibido). Pero si PI admite que esos bienes entren (ingresen), decimos que los importa. Nótese que no es lo mismo exportar que importar. Si solo hablamos de exportación, los bienes exportados por PE no deberán ser admitidos en PI, pero si hablamos de importación (un procedimiento de incorporación), los bienes de PE son ingresados válidamente en PI. Se incorporan a la economía de PI, y requieren de una norma incorporante.
- b) Un elemento extranjero puede venir a mi grupo porque yo lo incorporo. Pertenece a mi grupo. Es como el invitado a mi fiesta, que, aunque no sea de mi familia, y aunque sea del grupo de vecinos, es mi invitado, es un elemento perteneciente al grupo de mis invitados (de mi grupo de invitados). El criterio de pertenencia está presente entre los elementos de cualquier conjunto u orden jurídico.
- c) Tratándose de los soldados que integran un grupo, aunque han venido de fuera, de diversas familias y ciudades, conforman un grupo único caracterizados por el criterio de pertenencia. Todos son parte del grupo de soldados. Esto ocurre al operar la nota o característica de transitividad (por haber sido admitidos).

La palabra *incorporar* es un referente que trata de significar una nota o característica que consiste en agregar, unir algo a otra cosa; que la cosa agregada forme parte de la cosa a la que se agregó, esto es, que se incorpore, que sea elemento del conjunto. De la expresión "los jóvenes de un cierto pueblo se incorporaron al ejército" se desprende que los jóvenes (una vez incorporados) no son algo ajeno al ejército, sino parte del mismo. Se han incorporado al mismo, son un elemento del ejército. No hay duda de que cada soldado es un elemento identificado como perteneciente al ejército.

d) Pensemos ahora en las normas jurídicas y las normas del pugilato o box (normas deportivas). Las normas propiamente jurídicas sancionan a quien profiera lesiones a otro; también prescriben que "los deportes se regirán conforme a sus reglas, mismas que acogerá el Estado".

Esto es, en el caso de que un boxeador resulte lesionado, el juez "aplicará" las normas deportivas (las que rigen al pugilato), pero como estas normas no son jurídicas, lo que hace el juez es incorporar esas normas deportivas al otorgarle a sus elementos la propiedad de transitividad, convirtiéndolas en jurídicas. Nadie dirá que el juez, al momento de resolver, aplica solo normas deportivas, pues solo puede aplicar normas jurídicas. Lo que hace, es tomar las deportivas, receptarlas como jurídicas y, luego incorporarlas como jurídicas.

e) En otro ejemplo imaginemos lo siguiente: un Estado de la comunidad internacional que se acaba de conformar (v.g., alcanzó su independencia). Carece de toda prescripción jurídica, sus órganos de gobierno apenas se están conformando, cuenta con una amplia población que demanda sus servicios. Lo que normalmente hace un Estado como este, es dictar alguna ley que más o menos dice:

...mientras se dictan las leyes civiles, penales, comerciales, familiares, etc., se aplicarán las leyes que estaban vigentes en este territorio hasta en tanto se dictan las nuevas y en tanto no se opongan a las de este nuevo Estado.

En esta prescripción, el gobernante no dicta una por una las leyes que va a aplicar; no sigue un proceso legislativo estandarizado para dictar cada ley. Lo que hace, es incorporar las leyes anteriores (las del Estado que desaparece), las toma como si fuesen propias, las identifica como propias, les otorga la propiedad transitividad y las aplica. Si el Estado es nuevo (ahora es independiente), la normatividad que toma proviene de un Estado que ya no existe. Esa normatividad la toma el nuevo Estado como si fuese propia, las hace propias, las incorpora. Dice: "de aquí en adelante esas normas son mías". Los enunciados con los que ahora cuenta, no son una herencia, ni se los ha "robado", ni "está remitiendo" a lo que prescriba un Estado ya desaparecido. Su Constitución (su primera Constitución) no ha sido autorizada por el orden al que antes pertenecía. 32 Las disposiciones pertenecen a órdenes diferentes 33 y pertenecen al Estado nuevo que las incorpora.

f) Un último ejemplo. Pensemos en una sentencia dictada en el extranjero. La sentencia seguirá siendo extranjera y no podrá aplicarse

³² Como expresa Raz, "una disposición jurídica pertenece a la primera constitución si, y solo si, su creación no fue autorizada por ninguna otra disposición jurídica". Raz, Joseph, *Opus cit, El concepto de...*, p. 134.

³³ Idem, p. 226.

(ejecutarse) en el foro local, a menos que este admita que esa sentencia se incorpore al propio orden jurídico. Vamos, que a esa sentencia se le otorgue la propiedad de transitividad (un "pase" o visa como antes se le llamaba). En el orden local solo se pueden ejecutar resoluciones locales. Acorde a la propia Constitución general solo pueden aplicarse normas propias. Las únicas normas que se pueden aplicar deben ser las válidas, en el sentido de que derivan de la propia Constitución. Si la sentencia extranjera no derivó de la propia Constitución, esa sentencia no es válida dentro del foro local, ni es de su pertenencia. Si se quiere que la sentencia extranjera se ejecute dentro del foro local, es necesario que se le cobije con el criterio de validez y pertenencia mediante una incorporación (que se le reconozca y pase a formar parte del conjunto normativo doméstico.

8. A manera de conclusión

Una explicación razonable nos conduce a afirmar que es incorrecto que el orden jurídico local se declare incompetente y declare competente a uno extranjero y que este, sin más, regule el supuesto.

No es el orden jurídico doméstico el que conduce a que se aplique un orden jurídico extranjero, por el contrario, el orden jurídico local conduce el orden extranjero (algunos de sus enunciados) hacia el orden jurídico local para regular un supuesto normativo, tomando en cuenta los contenidos extranjeros. No se trata de un mero cambio de perspectiva ni de una afirmación retórica. Se trata de un enfoque que explica una relación interordinamental.

Una reformulación jurídica razonable nos conduce a afirmar que no cabe una superposición del orden jurídico extranjero sobre el propio. Más bien, lo que ocurre es que el juez toma del orden jurídico extranjero un enunciado (su contenido) que, luego, bajo el procedimiento de incorporación al propio, lo aplica para regular y resolver un caso concreto. No es lo mismo que se envíe o remita al orden extranjero, a que del orden extranjero se "traiga" o incorpore el contenido de algún enunciado para resolver un caso.

Es necesario diferenciar la acción de incorporar, de la incorporación misma. La primera hace alusión al procedimiento requerido (las actividades realizadas para que una prescripción extranjera se incorpore), en tanto que la segunda, al resultado (la pertenencia al orden local).

9. Bibliohemerografia

- Ago, Roberto, Lezioni di diritto internazionale privato, Parte generale, Giufre, Milano, 1955.
- ——, "Régles générales des lois", en Recueil Des Cours, Collected Courses of The Hague Academy of International Law, vol. 58, 1936, (iv).
- Bulygin, Eugenio, "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en edición digital a partir de *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991.
- Caldani, Ciuro, "Aportes a la historia, el sistema y la filosofía del derecho internacional privado", en Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social, vol. 30, Rosario (Argentina), 2007.
- Calvo Caravaca, Alfonso y Carrascosa González, Javier, Derecho internacional privado, vol. I, Comares, Granada, 2004.
- Cook, Walter W., Logical and legal bases of the conflict of laws, Yale L. J., 1924.
- Fernández Flores, José Luis, Manual de derecho internacional privado, Libro segundo, La teoría, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1980.
- Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, Curso de derecho internacional privado, Civitas, Madrid, 1995.
- Juenger, Friedrich. *Choice of Law and Multistate Justice*, Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1993.
- Gene R. Srhreve, "Conflicts revolution, The watershed case of Babcock v. Jackson", en Gene R. Srhreve, *A Conflict of Laws Anthology*, Cincinnati, Anderson Publishing, 1997.
- Goldsmidt, Werner, Derecho internacional privado, derecho de la tolerancia, De Palma, Buenos Aires, 1985.
- Hackett Fischer, David, Historian's Fallacies, Toward a Logic of Historical Thought, Harper Torchbooks, New York, 1970.
- Hart, Herbert Lionel Adolphus, "Teoría de Kelsen sobre la unidad del derecho", en *Boletín de derecho comparado*, nueva serie, año IV, núm. 21, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, sep-dic 1974.
- Kalenský, Pavel, Trends of Private International Law, Brill Archive, Praga, 1972.
- Kegel, Gerhad, *Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III, Chapter 3, C.B. Mohr, Tubingen, 1986.
- Kelsen, Hans, "Comentarios a un informe del profesor Georges Maridakis acerca del reenvío", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 39, marzo, 2018.
- ——, "Observaciones de Hans Kelsen a un informe del profesor Georges Maridakis", en *Problema*, *Anuario de Filosofía y teoría del Derecho*, núm. 8, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

- —, Principios de derecho internacional público, El Ateneo, Buenos Aires, 1965.
- —, Teoría general del Estado, México, Editora Nacional, 1979.
- Maekelt, Tatiana B. de, "Aplicación del derecho extranjero", en Maekelt, Tatiana B. de (coord.), *Ley de derecho internacional privado comentada*, Universidad Central de Venezuela, t. I, Caracas, 2005.
- Moreso, Juan José y Navarro, Pablo, "The reception of norms, and open legal system", Paulson, Stanley L., (comp.), Normativity and norms: critical perspectives on Kelsenian themes, Clerendon Press Oxford, 1999.
- —, Normas jurídicas y estructura del derecho, Fontamara, México, 1997.
- Raz, Joseph, El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.
- —, "Incorporation by law", en Legal Theory, núm. 10, 2004.
- Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.
- Silva Jorge Alberto, Aplicación de normas conflictuales; la aportación del juez, México, UACJ-Fontamara, 2010.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica), Themis, México, 1996.
- Tellechea Bergman, Eduardo, "Aplicación e información del derecho extranjero en el ámbito interamericano, regional y en el Uruguay", en RSTPR, marzo 2014
- Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio, *Derecho internacional privado*, vol. I, Madrid, Universidad Complutense, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, 1992.
- Trigueros, Eduardo, Estudios de derecho internacional privado, Universidad Autónoma de México, México, 1980,
- Villoro, Luis, Creer, saber, conocer, Siglo XXI, México, 1982.
- Zagtay, Irme, "Problemas fundamentales derivados de la aplicación del derecho extranjero", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, año XI, núm. 33, Sept.-Dic. 1978.



La costumbre internacional, a la luz del último informe de la Comisión Jurídica de las Naciones Unidas

LEONEL PEREZNIETO CASTRO*

Sumario: 1. Introducción. 2. El Quinto Informe del Comité de Derecho Internacional de las N.U en su Séptima sesión celebrada en Nueva York del 30 de abril-1 de junio 2018 y Ginebra, 2 julio-10 de agosto de 2018. 3. Conclusiones. 4. Bibliohemerografía.

1. Introducción

La costumbre se encuentra en el origen del pacto social, es en muchos sentidos un concepto que puede buscarse en lo más hondo de las sociedades y que, como resultado social se estudia por diferentes disciplinas como es el caso del Derecho son las reglas que la sociedad genera a través de su actividad cotidiana; Usos y Costumbres se les llama en lenguaje jurídico a todas esas reglas que se forman a partir de los hábitos, las conductas, los quehaceres y de las demás costumbres sociales. Nuestro trabajo está dirigido a analizar algunas de las conclusiones del último Informe de la Comisión Jurídica de las Naciones Unidas (2018) aplicables al DIPr con motivo a que se le dedicó un amplio apartado al estudio de la Costumbre Internacional, desde la perspectiva del Derecho Internacional Público. En ese informe hay elementos que permiten otorgarle mayor legitimidad a la Costumbre Internacional entre estados. Se trata de una legitimación que puede reforzar sus puntos centrales y apoyar en los secundarios y en todo caso favorable para la aplicación de la costumbre como norma internacional en esa área del derecho.

Los iusprivatistas debemos congratularnos porque como veremos más adelante, varias conclusiones del Informe en las que se trata de

^{*} Profesor de Carrera de T.C en la UNAM e Investigador Nacional Nivel III. Miembro de la AMEDIP y fundador del Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado. El autor agradece la ayuda que le prestaron para la elaboración de esta ponencia la Dra. Yaritza Pérez Pacheco y el Lic. Iván Martínez.

fundamentar a la Costumbre Internacional, sirven para apuntalar a la noción de la Costumbre Internacional en el DIPr. Veremos primero el texto de las conclusiones seleccionadas y enseguida haré un comentario de cada una.

2. El Quinto Informe del Comité de Derecho Internacional de las N.U en su Séptima sesión celebrada en Nueva York del 30 de abril-1 de junio 2018 y Ginebra, 2 julio-10 de agosto de 2018¹

Se trata del Quinto Informe sobre la identificación de la costumbre en el Derecho Internacional, lo que significa que la Comisión seguirá trabajando sobre el tema y nos tendrá conclusiones finales una vez que termine con este tema que se tiene que ir consensando entre todos los estados que participan en el Comité; sin embargo, en este estadio de la elaboración de los trabajo pueden ya ser comentados. La Comisión publicó en su Informe 16 conclusiones de las cuales considero que 6 tienen vínculo con el DIPr. y a ellas me referiré a continuación haciendo en cada caso los comentarios correspondientes.

La primera conclusión que comentaremos es la que corresponde a la Segunda conclusión del Informe:

"Para aceptar que se trata de una costumbre internacional hay que saber si es una práctica general y si esa práctica es aceptada como ley (Opinio Juris)"

Como aclara el proyecto de conclusión 2 del Informe, la presencia de un solo elemento constitutivo no es suficiente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. La práctica sin aceptación como derecho (opinio iuris), aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante, mientras que la convicción de que algo es (o debe ser) derecho sin respaldo en la práctica es una mera aspiración; deben concurrir ambas condiciones para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario

En los comentarios a esta y otras conclusiones, Japón manifestó que "la Comisión se justificó argumentando que el alma del tema debe ser que ayude en la determinación, la existencia y el contenido de una regla [surgida de la Costumbre Internacional]" seguramente tendremos al

 $^{^1\,}$ Redactor especial Michael Wood, 14 de marzo de 2018. Doc. A/CNN.4/717 y Doc. A/73/10

final de los trabajos de la Comisión un informe más completo; sin embargo, el actual contiene aspectos novedosos y otros muy interesantes.

La Costumbre internacional planteada en los términos anteriores establece, como lo hemos visto, dos requisitos para saber que estamos frente a una costumbre internacional: la aceptación de la práctica por un sector de la comunidad y su aceptación en la comunidad.

Este tipo de prácticas se estudia en el Derecho Internacional Privado (DIPr) bajo el tema de la Lex Mercatoria, esa expresión en la que condensamos a la Costumbre Internacional como fuente de creación normativa a nivel internacional. Lex Mercatoria son así reglas que se generan de manera paralela a los derechos nacionales e interactúan con éstos en la creación normativa internacional. De forma más concreta, son por lo general reglas emitidas por organismos internacionales gubernamentales, como la UNCITRAL o la Conferencia de La Haya y no gubernamentales, el UNIDROIT o las cámaras de comercio con proyección internacional: la Cámara de Comercio de Estocolmo y la Cámara de Comercio Internacional de París, entre las más importantes. En el caso de determinar si se trata de una Opinion Juris no se presenta gran problema ya que basta verificar si el organismo internacional ha emitido la regla y que los usuarios de la regla la hayan aceptado con su práctica; en ambos casos son dos elementos externos y verificables. Las reglas internacionales a las que nos referimos son normas de comportamiento comercial de buena fe emitidas en una fecha cierta; son claras, evolucionan constantemente y cubren las posibles alternativas para el operador internacional. También muy importante, por lo general son reglas En la Conclusión 12 del Informe se dice, que: "Las resoluciones de organizaciones internacionales y conferencias intergubernamentales no pueden por sí mismas crear una regla de Costumbre Internacional".

Sin embargo, en el caso del DIPr, hay un número de tipo y naturaleza de reglas distintas que requieren de una consideración diferente. En primer lugar son costumbres que se practican en una industria o comercio; así tenemos, por ejemplo una Ley Modelo como las que aprueba UNCITRAL. En la medida en que sea incorporada en los derechos nacionales a través de los congresos y parlamentos, se convierte en norma obligatoria para el Estado que la incorporó, al convertirla, el poder legislativo en una ley. En el caso de los principios UNIDROIT sobre contratos internacionales, serán obligatorios para las partes en el momento que los incorporen en sus contratos. Lo mismo resulta con las UCP-500 (Customs and Practices for Documentary Credit)² que celebran todos los días los bancos en el mundo para obtener el pago de una mercancía importada o la garantía para participar en una licitación internacional. En todos esos casos se cumple con lo previsto en la conclusión arriba citada: se convierte en una práctica general, aceptada como Opinion Juris, en la medida que las partes en sus contratos las incorporan y se convierte en ley entre ellos. En todo caso, con el cumplimiento de los requisitos arriba señalados tenemos una regla de costumbre en el DIPr avalada por las Naciones Unidas, lo que resulta muy importante.

Se trata de uh derecho creado por delegación efectuada y más tarde reconocida por los derechos nacionales mediante su regla de reconocimiento³ —Dicho en otras palabras, el Estado está atento del acontecer nacional y en esa función emite leyes: sin embargo, conforme a sus propias reglas hay conciencia en los poderes de los estados de que existe una realidad externa del comercio que se desarrolla en el mundo conforme a sus propias reglas y cuya naturaleza además requiere de una mutuación dinámica por la rápida actividad de los operadores internacionales de comercio, función que le es imposible de desempeñar al Estado porque su burocracia no se lo permite, de ahí que se trata de una descentralización normativa, en la medida que deja esa regulación de los organismos internacionales o de las reglas establecidas entre cámaras de comercio con proyección internacional a las cuales ya hemos aludido, para su regulación y si es el caso, para su solución de conflictos mediante el arbitraje. Este último concepto, me permite dar un ejemplo:

El arbitraje comercial internacional es un medio de solución de controversias a partir precisamente de la *Lex Mercatoria* que nos dice que entre particulares, con reglas claras aceptadas por toda la comunidad de negocios en el mundo y árbitros honestos, se pueden resolver todos los conflictos comerciales que puedan surgir en el mundo. Este sistema es un buen ejemplo de lo que puede constituir y desarrollar la Costumbre internacional. Ahora bien, volvamos al Informe en el que se insiste de la presencia de los dos elementos para obtener la Costumbre internacional:

² Documento de la Cámara Internacional de Comercio.

³ Para Herbert L.A. Hart, es el tipo de reglas que sirven dentro del orden jurídico para identificar una regla primaria de obligación, ya que se trata de reglas que identifican a otras. El Concepto del Derecho. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires, 1968. (Traducción Genaro Carrió).

Como aclara el proyecto de conclusión 2, "la presencia de un solo elemento constitutivo no es suficiente para identificar una norma de derecho internacional consuetudinario. La práctica sin aceptación como derecho (opinio iuris), aunque sea generalizada y constante, solo puede tener un uso no vinculante, mientras que la convicción de que algo es (o debe ser) derecho sin respaldo en la práctica es una mera aspiración; deben concurrir ambas condiciones para establecer la existencia de una norma de derecho internacional consuetudinario. "El requerimiento de una práctica general como un elemento constitutivo de Costumbre Internacional se refiere a la práctica de los estados como una forma expresa o creativa de las reglas de costumbre del Derecho Internacional".

En el sentido de la práctica expresa o implícita de los estados, en relación al DIPr y en especial a la regla de costumbre internacional; dicha práctica se constituye en la aceptación de ese tipo reglas por las partes en sus contratos que eventualmente pueden ser resueltas ante tribunales nacionales y estos aplicarán directamente dichas regla, que pueden ser de Costumbre internacional. La práctica general será la forma como reiteradamente miles de partes celebran cada día este tipo de contratos en el mundo.

En la conclusión decimosexta, párrafo 2, del Informe se lee: "Para determinar de la existencia y contenido de una regla de la Costumbre Internacional en lo particular, resulta necesario definir hasta qué punto se trata de una práctica generalmente aceptada, por ejemplo, entre los miembros de un gremio de comercio o industria, en la medida que la práctica es aceptada será como ley entre ellos (*opinion juris*) como sería el caso en la industria de las artes gráficas, los servicios de venta de maquinaria, además su entrega y puesta en marcha, supervisión y servicio después de venta, esas son reglas que acepta toda industria de arte gráficas en el mundo. En el DIPr no tomamos en cuenta si se trata de una práctica entre estados, basta conocer que un número importante de operadores internacionales la está usando.

De esta manera tenemos una importante gama de reglas que eventualmente nos llevan a la construcción, identificación o legitimación de una regla de Costumbre Internacional.

3. Conclusión

Las definiciones que nos dan las conclusiones de la Comisión como hemos podido ver, son relevantes en la medida que sirven de puntos de referencia importantes en la interpretación y aplicación de la Costumbre Internacional. El desarrollo de la Costumbre Internacional tiene un enorme dinamismo que desborda siempre a los órdenes jurídicos nacionales; sin embargo puede verse como un problema de colindancia en donde la terminología o parte de ella, llega a ser común. Hay coincidencia en otros principios pero tal parece que la funcionalidad y objetivo del tipo de las fuentes es diferente, más variado y estudiado en el DIPr. Se trata en otras palabras de un caso de colindancia de conceptos en dos disciplinas que se alimentan mutuamente.

4. Bibliohemerografía

ONU, Quinto Informe del Comité de Derecho Internacional de las N.U en su Séptima sesión celebrada en Nueva York del 30 de abril-1 de junio 2018 y Ginebra, 2 julio-al 10 de agosto de 2018. Redactor especial Michael Wood, 14 de marzo de 2018, Doc. A/CNN.4/717 y Doc. A/73/10

UPC-500, Documento de la Cámara Internacional de Comercio.

Hart, Herbert L.A., El Concepto del Derecho, Traducción Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968.

La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana

A veinte años de su entrada en vigencia*

SORILY CAROLINA FIGUERA VARGAS**

Sumario: 1. Antecedentes históricos de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. 2. Metodología y contenido de la LDIPV. 3. Algunas sentencias recientes del Tribual Supremo de Justicia de Venezuela fundamentadas en la Ley de Derecho Internacional Privado. 4. Conclusiones. 5. Bibliohemerografía.

1. Antecedentes históricos de la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana

El 30 de agosto de 1912, el ilustre jurista venezolano Pedro Manuel Arcaya, presentó el Proyecto de Ley de Aplicación del Derecho Internacional Privado ante la Comisión Revisora de Leyes Especiales, la Comisión encargada del escrutinio del Código Civil y de Comercio y la Comisión revisora del Código de Procedimiento Civil y de Enjuiciamiento Criminal, todas pertenecientes al antiguo Congreso Nacional de los Estados Unidos de Venezuela. Ese fue el primer intento que buscó regular esta materia en una ley especial dentro del sistema jurídico de ese país de América del Sur. Para el creador del Proyecto, las

^{*} Este documento se encuentra dentro de la línea de investigación sobre Derecho Internacional Privado que desarrolla la autora como directora del Instituto Jurídico Bartolomé de las Casas https://www.institutojuridicobartolomedelascasas.com/ Este texto es una actualización del artículo: "Análisis de la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana como Propuesta Académica y Logro Legislativo", publicado en el Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Tomo XIII. Madrid, Iprolex, 2013, pp. 815-832.

^{**} Académica Supernumeraria de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca. Magíster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, Universidad Complutense de Madrid. Magíster *Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela. Abogada, Universidad Bicentenaria de Aragua. Licenciada en Derecho en España. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

situaciones jurídicas especiales reglamentadas por leyes extranjeras, no bebían resolverse mediante normas contenidas en los códigos generales de un Estado. De tal manera, Pedro Manuel Arcaya se considera el precursor de la autonomía legislativa y científica del Derecho internacional privado (DIPri) en Venezuela. Es de recalcar que, si bien es cierto que el Proyecto de 1912 recibió buenos elogios de la doctrina, jamás alcanzó su materialización legislativa.

En el año 1958 se retomó el objetivo y bajo la dirección del Ministerio de Justicia de Venezuela, cuyo titular era Andrés Aguilar Mawdsley, se designó una comisión integrada por: Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez-Covisa y Gonzalo Parra-Aranguren, para que elaborarán el Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado. El mismo se finalizó en el año 1963, recibiendo una leve modificación en 1965. En realidad, ese Instrumento no tuvo el impacto legislativo esperado, de hecho, no se discutió en el Parlamento venezolano.

Luego de intentos infructuosos que persiguieron llevar el Proyecto a las cámaras legislativas, el 15 de diciembre de 1995 se celebró la Primera Reunión Nacional Profesores de Derecho Internacional Privado, la misma se llevó a cabo en la Universidad Central de Venezuela en Caracas. En ese encuentro liderado por Gonzalo Parra-Aranguren y Tatiana B. de Maekelt, se acordó que el Proyecto de Ley de 1965 debía permanecer sin modificaciones; así pues, de ser necesarias, lo pertinente era hacerlas dentro de las discusiones que sobre el instrumento se lograran realizar en el Congreso. Igualmente, en esa oportunidad, se pactó el envío de dos comunicaciones, una al Ministerio de Justicia venezolano y la otra a la Comisión Permanente de Política Exterior del extinto Senado, solicitando apoyo de la iniciativa ante el Congreso, actual Asamblea Nacional.²

El 27 de abril de 1996, se celebró la Segunda Reunión Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado, liderada por Tatiana B. de Maekelt en Caracas, específicamente en la Universidad Católica Andrés Bello. En ese encuentro, se concluyó que era necesaria la discusión del Proyecto de Ley de 1965, tomando en consideración los treinta

¹ Parra-Aranguren, Gonzalo, "Los precedentes venezolanos del Código Bustamante", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, núm. 17, 1974, pp. 52-53; Esis Villarroel, Ivette y Resende, Carla "Antecedentes de la Ley de Derecho Internacional Privado", Ley de Derecho Internacional Privado comentada, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005, p. 6.

² Maekelt, Tatiana, Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002, pp. 42-44.

años transcurridos desde su elaboración; así como la reforma del Código Civil (CCV) en materia de familia que se realizó en 1982.³ En esa Reunión se concretaron una serie de comentarios y recomendaciones al articulado del Proyecto de Ley. Se sugirió entonces, ampliar su Exposición de Motivos y destacar la adopción de las instituciones generales del DIPri, resaltando su importancia para la disciplina. En la actualidad, este último punto resulta debatible y será abordado más adelante en el análisis de la Ley. Por otra parte, en la Segunda Reunión de Profesores se consideró la adaptación del instrumento legislativo a la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado,⁴ entre otras recomendaciones que se ven reflejadas en el texto definitivo.

Luego de las gestiones de la Cátedra de DIPri de Venezuela ante el Ministerio de Justicia de ese país, se logró el envío del Proyecto a la Secretaría del Senado, y después de cumplirse con los trámites respectivos, el 27 de mayo de 1997 comenzó su discusión en la Cámara del Senado. De esa manera, el 6 de agosto de 1998 el extinto Congreso de la República de Venezuela promulgó la Ley de Derecho Internacional Privado (LDIPV), en la Gaceta Oficial número 36.511, con una vacatio legis de seis meses, por lo que entró en vigencia el 6 de febrero de 1999.

Es innegable que la labor de los profesores de DIPri de las universidades venezolanas jugó un papel esencial en la elaboración y promulgación de la LDIPV. Gonzalo Parra —Aranguren fue uno de los autores del Proyecto de 1965. Además, Parra— Aranguren y Tatiana B. de Maekelt, como docentes de la Universidad Central de Venezuela y la Universidad Católica Andrés Bello, tuvieron una participación activa en las Reuniones que auparon la llegada, discusión y aprobación de la LDIPV dentro del Congreso venezolano. En el segundo encuentro de profesores se hicieron recomendaciones fundamentales que se evidencian en el resultado definitivo del cuerpo legislativo en cuestión.

En tal sentido, se estima que el origen de naturaleza académica que posee la LDIPV es una de sus principales fortalezas. Un considerable número de egresados de las universidades venezolanas han tenido la

³ Gaceta Oficial núm. 2.990, de 26 de julio de 1982.

⁴ Adoptada en la Segunda Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, Montevideo, de 5 de agosto de 1979. Estados partes: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

⁵ Esis Villarroel, Ivette y Resende, Carla, op. cit., pp. 78-88.

invaluable oportunidad de formarse en el área de DIPri con los precursores de la Ley especial en su disciplina. Han recibido de primera mano las ideas que la inspiraron. Aunque pueda resultar retorico, la autora de este análisis es fiel a la idea de que, si todas las leyes que emanan de los sistemas jurídicos de la comunidad internacional, por obligación debieran ser producidas, evaluadas y debatidas entre los académicos de sus respectivas universidades, existiría una verdadera sintonía entre los preceptos y la práctica de los operadores jurídicos.

Cabe resaltar que para el Dr. Leonel Pereznieto Castro, prestigioso académico mexicano, Venezuela es uno de los países sudamericanos con una tradición bien establecida en el campo del Derecho internacional privado. Además, en relación con el desarrollo de esta disciplina, establece que en ese país:

Sus dos primeros códigos civiles (1826 y 1873) transitan desde la concepción territorialista hasta la personalista francesa e italiana. Con autores destacados en materia de DIPr desde el siglo XIX, cuenta desde hace varios años con profesores de reconocido prestigio internacional, principalmente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, quienes le han dado fuerte impulso no sólo al DIPr venezolano, sino también al latinoamericano, sin dejar de contar con importantes cátedras en DIPr como la de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zulia y ahora, en una concepción más práctica, en las universidades Andrés Bello, Santa María y Mérida.⁶

Desde otra perspectiva, es de resaltar que los antecedentes legislativos extranjeros que posee la LDIPV, son: Ley Checoslovaca sobre Derecho Internacional Privado (1963); Ley Polaca sobre Derecho Internacional Privado (1965); Ley Federal Austriaca sobre Derecho Internacional Privado (1978); Decreto Ley sobre Derecho Internacional Privado del Consejo Presidencial Húngaro (1979); Ley Alemana que contiene la Reforma del Derecho Internacional Privado (1986); Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado (1989); Ley que contiene la Reforma del Capítulo Tercero, Título preliminar, del Código Civil del Estado de Luisiana, Estados Unidos (1992); Ley que contiene la Reforma del Libro Décimo del Código Civil de la Provincia de Quebec, Canadá (1991); y Ley Italiana de Derecho Internacional Privado (1995).

⁶ Pereznieto, Leonel, *Notas sobre el derecho internacional privado en América Latina*, México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. 48, septiembre-diciembre 2015, pp. 1076-1077.

2. Metodología y contenido de la LDIPV

La LDIPV en principio acoge un método neoclásico que se sustenta en el empleo de normas indicadoras, pero en definitiva, su objetivo principal es resolver asuntos conectados con varios ordenamientos jurídicos en el marco de la justicia material, renunciando entonces a la exclusividad del criterio formal de la conexión idónea.

Cabe citar las palabras de la Dra. Yaritza Pérez Pacheco, destacada académica venezolana, quien afirma que la LDIPV, "...consagra la autonomía legislativa en la materia, lo cual se corresponde con la tendencia actual".⁷

Es cierto que gran parte de las normas de la LDIPV son de conflicto; por ejemplo, el artículo 16 que determina que la existencia, estado y capacidad de las personas se rigen por el Derecho de su domicilio. No obstante, cuenta igualmente con normas materiales complementarias o aclaratorias, como es el caso del artículo 17 que estipula que el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida. Asimismo, contiene normas materiales independientes, como el artículo 10 que limita la aplicación de normas necesarias a las disposiciones imperativas que regulan los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos.⁸

Este cuerpo normativo se desarrolla en sesenta y cuatro artículos que se distribuyen en doce capítulos que abordan: disposiciones generales, domicilio, personas, familia, bienes, obligaciones, sucesiones, forma y prueba de los actos, jurisdicción y competencia, eficacia de la sentencia extranjera, procedimiento y disposiciones finales.

Otro aspecto a resaltar de la LDIPV es que introdujo al domicilio como punto de conexión, calificado autónomamente como residencia habitual (artículo 11), desplazando a la nacionalidad que imperaba en el antiguo sistema de DIPri venezolano, punto este considerado como medular en la regulación del Derecho civil internacional dentro de esta Ley.

Es oportuno destacar en este punto, a manera de comparación, las palabras de la Dra. María Elena Mansilla y Mejía, académica mexicana con una destacada trayectoria, para quien "...la enseñanza del derecho

⁷ Pérez Pacheco, Yaritza, Aportes de la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana a la Codificación Ius Internacional Privatista, Santiago de Chile, Ars Boni et Aequi, vol. 10, núm. 2, 2014, p. 69.

⁸ Maekelt, Tatiana, op. cit., pp. 49-50.

internacional privado en México sigue la doctrina francesa. En consecuencia, estudia los cuatro temas siguientes:

- Derecho de la nacionalidad.
- Condición jurídica de los extranjeros.
- Conflictos de leyes sustantivos.
- Conflicto de competencia judicial o leyes adjetivas".9

En contraste, se debe indicar que con la promulgación de la LDIPV, en Venezuela el estudio de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros salieron de los programas de la asignatura Derecho internacional privado, en todas las universidades, porque estos temas ya no entraban dentro de su ámbito de estudio.

Se examinarán a continuación algunos de los preceptos esenciales contenidos en los capítulos de la LDIPV en el contexto venezolano.

2.1. Disposiciones Generales

A. Prelación de fuentes

El artículo 1 de la LDIPV establece un sistema de jerarquización de fuentes a las que el operador jurídico tiene que acudir para resolver controversias cuando las relaciones jurídicas tengan contacto con órdenes normativos extranjeros. Señala el precepto que los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por: 1. Las normas de Derecho internacional público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; 2. Las normas de Derecho internacional privado venezolano, en defecto de las primeras, 3. La analogía y; finalmente, 4. Los principios de Derecho internacional privado generalmente aceptados.

En esta norma resultan evidentes la supremacía del Derecho internacional frente al Derecho interno, la adaptación de la teoría general de las fuentes al DIPri y la inclusión de las normas de Derecho internacional público, específicamente, las consagradas en los tratados como fuente primaria de esta disciplina.¹⁰

Ahora bien, cuando el operador jurídico ve agotada todas las posibilidades de aplicación, interpretación e integración de los acuerdos

⁹ Mansilla y Mejía, María Elena, Derecho Internacional Privado, IURE Editores, 2014, p. 26.

¹⁰ Maekelt, Tatiana, op. cit., p. 50.

internacionales para resolver las controversias, podrá emplear las disposiciones contenidas dentro de la legislación estatal, particularmente, las contenidas en la misma LDIPV y las leyes especiales que no se contrapongan a ella.

En cuanto a la analogía, se puede decir que la misma adquirió importancia al ser incluida dentro del orden de prelación contenido en el artículo 1 de la LDIPV, entendida como un "procedimiento lógico que trata de inducir, de soluciones consagradas por el ordenamiento jurídico, el principio íntimo que la explica, para resolver un caso semejante a la misma solución por vía deductiva". ¹¹ Asimismo, trasciende la remisión a los principios del Derecho internacional generalmente aceptados, en cuanto recalca la autonomía de esta disciplina y reafirma que su regulación debe apoyarse en el Derecho internacional. Para Maekelt, tomando en consideración el desarrollo actual de esta materia, el ámbito de los principios generales de carácter internacional, se extiende a la aplicación del ordenamiento jurídico más estrechamente vinculado con el caso, armonía material de soluciones y cumplimiento de los fines últimos del DIPri. ¹²

En el sistema jurídico de México, por su parte, el principio de jerarquía normativa está establecido en el artículo 133 de su Constitución, en los siguientes términos:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.¹³

Ahora bien, México al ser un Estado federal, su sistema básico de conflictos de leyes en el ámbito interno se encuentra establecido en el artículo 121 de la Constitución, ¹⁴ el cual expresa:

¹¹ Madrid Martínez, Claudia, "Ámbito de aplicación de la Ley. Prelación de fuentes", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005, p. 179 y p. 188.

¹² Maekelt, Tatiana, op. cit., p. 52.

¹³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 133.

¹⁴ Pereznieto, Leonel, *Derecho Internacional Privado. Parte General.* 8a ed., México, Oxford University Press, 2007, p. 278.

En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes: I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio, y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él. II. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación. III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leves. Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado, cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio, a la justicia que las pronunció, y siempre que hava sido citada personalmente para ocurrir al juicio. IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros. I-150 V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado, con sujeción a sus leyes, serás respetados en los otros. 15

Se continuará entonces, con el estudio del contenido de la LDIPV junto al desarrollo de algunos análisis comparativos con el sistema jurídico mexicano.

B. Aplicación del Derecho extranjero y ordenamientos jurídicos complejos

Los artículos 2 y 3 de la LDIPV regulan la naturaleza del Derecho extranjero, acogiendo la concepción jurídica, en concordancia con los artículos 60 y 61, referentes a su tratamiento procesal. El artículo 2 prevé que el operador jurídico está obligado a aplicar el Derecho extranjero como lo haría el operador jurídico del Estado de donde este proviene; en otras palabras, respetando los principios generales del ordenamiento jurídico foráneo.

De tal forma, la aplicación del Derecho extranjero supone:

- Que el operador jurídico la realice de oficio, sin que sea solicitado o probado por las partes.
- Que sea correcta, como lo haría su propio operador jurídico dentro del sentido, alcance de los criterios y patrones de interpretación vigentes en su Estado.

¹⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 121.

 Que ningún tipo de interpretación implique una supuesta "inferioridad" del Derecho extranjero respecto al Derecho venezolano.

El artículo en análisis exige al operador jurídico de Venezuela la aplicación del Derecho extranjero con respeto a los principios vigentes en el Estado de donde proviene. De la misma manera, la disposición exige el cumplimiento de los objetivos perseguidos por las normas venezolanas de conflicto, lo cual se resume en lograr la solución equitativa del caso concreto. 16

Es de resaltar que, el artículo 3 de la LDIPV señala que cuando en el Derecho extranjero competente coexista una diversidad de ordenamientos jurídicos, el conflicto de leyes que se verifique entre esos ordenamientos se resolverá de acuerdo con los principios vigentes en el correspondiente Derecho que resultó aplicable. Se hace referencia entonces, a cuando la norma de conflicto venezolana declara competente el Derecho de un Estado plurilesgislativo con base territorial o personal. Por ejemplo, una remisión a un Estado federal como EE.UU., o a un Estado unitario con cierto grado de descentralización jurídica como España. También alude a la remisión a un Estado con una pluralidad derivada de una convivencia de legislaciones con bases religiosas, étnicas o tribales, como la India, Marruecos o, según el criterio de la autora, países con pueblos indígenas reconocidos.

En México, para continuar con un estudio comparativo, se debe decir que el artículo 14 del Código Civil Federal, prevé una concepción jurídica, consagrado en su primer párrafo, que el Derecho extranjero, "se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho".¹⁷

C. Instituciones generales en la LDIPV

En el sistema jurídico venezolano, la LDIPV contempla seis instituciones generales del DIPri, las cuales son: reenvío de primer y segundo grado, con exclusión de los demás grados sucesivos y circular (artículo 4); respeto a las situaciones jurídicas válidamente creadas (artículo 5); cuestión previa (artículo 6); adaptación (artículo 7); orden público (artículo 8); e institución desconocida (artículo 9).

¹⁶ Maekelt, Tatiana, *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 274.

¹⁷ Código Civil Federal de México, 1928, art. 14.

La inclusión de las instituciones generales en la LDIPV de 1998 podría ser debatible, tomando en cuenta que para la época de la promulgación de la Ley, ya existía una evidente tendencia que las descartaba. Tatiana B. de Maekelt como promotora del texto, expuso:

Mucho se ha escrito y hablado en contra de las instituciones generales y no solo en la doctrina angloamericana. Las convenciones internacionales, con la excepción de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, así como las nuevas legislaciones no las incluyen o las incluyen parcialmente. Algunas doctrinas no consideran pertinente ocuparse de estas instituciones por considerarlas abstractas e inútiles en la solución de casos con elementos extraños. La doctrina venezolana, y yo personalmente, no estamos de acuerdo con esta posición. Hago míos los argumentos esgrimidos por los grandes juristas de la talla de Neuhaus y Goldschmidt, para seguir insistiendo en las instituciones generales. El último considera que no puede haber una rama científica sin su parte general que es "...la prenda de la cientificidad de la disciplina". Neuhaus, al titular su obra "Principios básicos del Derecho Internacional Privado" releva la importancia de la parte general a la cual dedica sendas páginas de su libro. Su defensa del clásico sistema del Derecho Internacional Privado incluye la defensa de sus instituciones generales. 18

Para Maekelt, las instituciones generales tenían en el DIPri neoclásico un rol fundamental, por considerarlas elementos coadyuvantes del juez en la búsqueda de la solución en el marco de la justicia material.¹⁹

La autora de este análisis, pupila de Maekelt, estima que es un hecho legislativo la presencia de las instituciones generales del DIPri en la LDIPV. Tal vez hubiese sido acertado, siguiendo una tendencia actualizada, prescindir de ellas. De hecho, no han tenido una acogida contundente en la jurisprudencia venezolana. Sin embargo, allí están, como huellas de la obra de grandes maestros que en su momento histórico apostaron por su permanencia. Como experiencia personal, afirmaré que las instituciones reguladas en la Ley, desde una perspectiva didáctica son muy útiles para la enseñanza del DIPri. En definitiva, esas instituciones están presentes en el sistema jurídico venezolano y, considero, no obstaculizan al operador jurídico en su ejercicio a la hora de inclinarse por una visión novedosa del DIPri. Lo importante es lograr los

¹⁸ Maekelt, Tatiana, op. cit., p. 64.

¹⁹ Maekelt, Tatiana, op. cit., p. 65.

objetivos perseguidos por el articulado de la LDIPV, que como ya se mencionó, se concentran en la solución equitativa del caso concreto.

En cuanto a las instituciones del Derecho internacional privado, el Código Civil Federal de México, en el segundo párrafo del artículo 14 prevé el reenvío. Tal regulación:

a) procura limitar el uso de la figura del reenvío, ya que se remite, en principio, sólo a las normas sustantivas del derecho extranjero, y *b)* el juez, al analizar las circunstancias de cada caso y cuando estime que este lo amerita (abriendo la posibilidad de que de manera paulatina se establezcan criterios jurisprudenciales al respecto), de manera excepcional deberá aplicará la norma conflictual extranjera, que podrá reenviar la solución del asunto a la norma jurídica sustantiva de otro Estado, pero limitándola siempre al reenvío simple y al reenvío en segundo grado.²⁰

Luego, el numeral tercero del artículo 14 del Código Civil Federal mexicano, determina la figura de la institución desconocida; el numeral cuarto consagra la cuestión incidental y el numeral quinto de la misma norma, fija la aplicación armónica del derecho extranjero, de la siguiente forma:

Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.²¹

Seguidamente, el artículo 15 del mismo cuerpo normativo mexicano, contempla la no aplicación del Derecho extranjero, en su primer numeral por la verificación de fraude a la ley por parte del juez y; en el segundo numeral, para evitar la contravención de principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

2.2. Domicilio

El Capítulo II de la LDIPV regula lo referente al domicilio. El artículo 11 dispone que el domicilio de una persona física se encuentra en el territorio del Estado donde tiene su residencia habitual. En el caso de

²⁰ Contreras Vaca, Francisco José, La figura del reenvío y su regulación en el derecho civil mexicano, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2015, p. 143.

²¹ Código Civil Federal de México, 1928, art. 14.

las personas jurídicas no se concibió al domicilio como un punto de conexión para determinar el Derecho aplicable, ya que fue el lugar de constitución la solución acogida por el legislador (artículo 20).

El artículo 12 consagra que la mujer casada ostenta un domicilio propio y distinto del marido, si lo ha adquirido de conformidad con lo previsto en el artículo 11. Por su parte, los menores e incapaces sujetos a patria potestad, a tutela o a curatela, tiene domicilio en el territorio del Estado donde tienen su residencia habitual (artículo 13).

Los preceptos ante citados no tienen efecto cuando la residencia habitual en el territorio de un Estado, se produzca exclusivamente por el ejercicio de funciones conferidas por un organismo público, nacional, extranjero o internacional (artículo 14). Finalmente, el artículo 15 expresa que las normas del Capítulo II se aplican siempre que la LDIPV se refiera al domicilio de una persona física y, generalmente, cuando el domicilio constituye un medio de determinar el Derecho aplicable o la jurisdicción de los tribunales.

En México, "el sistema del DIPRr para determinar el derecho aplicable al estado civil y capacidad de las personas, en materia federal, se rige por el domicilio; de esta manera, dicho concepto cobra una importancia fundamental".²²

Establece el artículo 29 del Código Civil Federal de México respecto al domicilio, que:

El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente, y a falta de este, el lugar del centro principal de sus negocios; en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residan y, en su defecto, el lugar donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.²³

2.3. Personas

Con la regulación de la existencia, estado y capacidad de las personas, aspectos que se rigen por el Derecho del domicilio de los interesados (artículo 16), comienza el Capítulo III de la LDIPV. Dispone el artículo 17 que el cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida. Luego, establece que la persona que es incapaz de acuerdo con las

²² Pereznieto, Leonel, *Derecho Internacional Privado. Parte General.* 8a. ed., México, Oxford University Press, 2007, p. 297.

²³ Código Civil Federal de México, 1928, art. 29.

disposiciones anteriores, actúa válidamente si la considera capaz el Derecho que rija el contenido del acto (artículo 18). Asimismo, se prevé que Venezuela no surte efectos las limitaciones a la capacidad establecidas en el Derecho del domicilio, que se basen en diferencias de raza, nacionalidad, religión o rango (artículo 19).

Como se señaló en el apartado anterior, la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las personas jurídicas de carácter privado se regulan por el Derecho del lugar de su Constitución. Es decir, donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas (artículo 20).

2.4. Familia

El Capítulo IV hace referencia a la familia, iniciando con la regulación del matrimonio. La capacidad para contraerlo y sus requisitos de fondo se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el Derecho de su respectivo domicilio (artículo 21). Posteriormente, el artículo 22 determina que los efectos personales y patrimoniales del matrimonio se encuentran regulados por el derecho del domicilio común de los cónyuges. En caso de poseer domicilios diferentes, el Derecho del último domicilio común será el aplicable. Por último, esta misma norma señala que las capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo con un Derecho extranjero competente, podrán ser inscritas en la respectiva Oficina Principal de Registro venezolana, en cualquier momento. Esto cuando se pretenda que produzcan efectos respecto de terceras personas de buena fe, sobre bienes inmuebles situados en el territorio de ese país.

El artículo 23 consagra que el divorcio y separación de cuerpos se rigen por el Derecho del domicilio del cónyuge que intenta la demanda. Resulta importante resaltar que este artículo mediante una norma material en un único aparte, se refiere al cambio de domicilio exigiendo dos mandatos acumulativos: que el cambio de domicilio del cónyuge demandante sólo producirá efectos después de un año de haber ingresado en el territorio de un Estado (elemento temporal u objetivo); y que el cambio se verifique con el propósito de fijar en él la residencia habitual (elemento intencional o subjetivo).²⁴ Esta estipulación se considera una medida preventiva que evita el fraude a la ley.²⁵

²⁴ Barrios, Haydée, "Divorcio y separación de cuerpo", Ley de Derecho Internacional Privado comentada, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005, p. 571.

²⁵ Maekelt, Tatiana, op. cit., p. 330.

Posteriormente, el artículo 24 señala que el establecimiento de la filiación, al igual que las relaciones entre padres e hijos, se regula por el Derecho del domicilio del hijo. Esto responde a las tendencias modernas que siguen las legislaciones relativas a Derecho de familia, en las que se otorga al derecho del hijo una importancia decisiva para regir las relaciones jurídicas que directamente le conciernen.²⁶

En cuanto a la adopción se prevé que, al adoptante y al adoptado se les aplicará el Derecho de su respectivo domicilio en todo lo concerniente a los requisitos de fondo necesarios para la validez de esta institución (artículo 25). Para culminar el Capítulo, se establece que la tutela y demás instituciones de protección de incapaces se rigen por el Derecho del domicilio del incapaz (artículo 26).

En México, cabe destacar que:

Las relaciones de familia han sido reguladas tradicionalmente por el Derecho interno, pues es el ámbito natural de su desarrollo. No obstante, a medida que dichas relaciones se han extendido a otros país, algunos legisladores internos han tomado en consideración ciertos problemas de tráfico jurídico internacional, como el caso del efecto que producen los matrimonios contraídos en el extranjero o las adopciones sancionadas fuera de México, así como otras relaciones trascendentes.²⁷

Así, por ejemplo, se puede citar el artículo 51 del Código Civil Federal mexicano, que sobre el estado civil en las relaciones de familia, indica:

Para establecer el estado civil adquirido por los mexicanos fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, sujetándose a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, y siempre que se registren en la Oficina que corresponda del Distrito Federal o de los Estados.²⁸

2.5. Bienes

El estatuto real está contenido en el Capítulo V de la LDIPV, específicamente en el artículo 27, al disponer que la Constitución, el contenido y la extensión de los derechos reales sobre los bienes, se rigen por el Derecho del lugar de la situación. Respecto a los bienes en tránsito y

²⁶ Barrios, Haydée, op. cit., p. 591.

²⁷ Pereznieto, Leonel y Silva, Jorge, *Derecho Internacional Privado*, *Parte Especial*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2007, p. 93.

²⁸ Código Civil Federal de México, 1928, art. 51.

los conflictos móviles, el artículo 28 determina que el desplazamiento de bienes muebles no influye sobre los derechos que hubieren sido válidamente constituidos bajo el imperio del Derecho anterior. Pero aclara la norma, que tales derechos sólo pueden ser opuestos a terceros, después de cumplidos los requisitos que establezca al respecto el Derecho de la nueva situación.

En México el Código Civil Federal en el tercer numeral del artículo 13, al igual que en la Ley de Venezuela, consagra el principio *Lex loci rei sitae*, de la siguiente manera:

La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros.²⁹

2.6. Obligaciones

En un principio, el artículo 29 de la LDIPV señala que las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho indicado por las partes. Luego, prevé el artículo 30 que, a falta de indicación válida, las obligaciones convencionales se rigen por el Derecho con el cual se encuentran más directamente vinculadas. Añadiendo la norma, que el tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para determinar ese Derecho.

Los elementos subjetivos aluden a criterios relativos a las partes contratantes, como lo son: la nacionalidad, el domicilio y la residencia habitual de las personas físicas; así como, el establecimiento o sede principal cuando se trate de personas jurídicas. Los elementos objetivos son aquellos criterios que vinculan al contrato con los diferentes ordenamientos con los cuales tiene contactos, destacando: el lugar de celebración del contrato, el lugar de ejecución del contrato y el lugar de ubicación del bien objeto del contrato.³⁰

Seguidamente, el mismo artículo 30 determina que se deberán tomar en cuenta los principios generales del Derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales. Un ejemplo podrían ser los Principios de UNIDROIT. Cabe resaltar entonces, que la LDIPV concedió a la *lex mercatoria* un merecido lugar dentro de la jerarquía de

²⁹ Código Civil Federal de México, 1928, art. 13.

³⁰ Romero, Fabiola, "Solución Subsidiaria", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005, p. 793.

las fuentes. Lo antes señalado, tiene concordancia con el artículo 31 de la LDIPV, cuando indica que además de lo dispuesto en los artículos anteriores, serán aplicados las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, si así corresponde. Al igual que, los usos y prácticas comerciales de general aceptación, con la finalidad de realizar las exigencias impuestas por la justicia y la equidad en la solución del caso concreto.

En otro orden de ideas, el artículo 32 de la LDIPV prevé que los hechos ilícitos se rigen por el Derecho del lugar donde se han producido sus efectos. Pero advierte el precepto, que la víctima igualmente tiene la opción de demandar la aplicación del Derecho del Estado donde se produjo la causa generadora del hecho ilícito. Esta flexibilización responde a la protección del débil jurídico de la relación.

Finaliza el Capítulo VI de la Ley venezolana con el artículo 33, prescribiendo que la gestión de negocios, el pago de lo indebido y el enriquecimiento sin causa se regulan por el Derecho del lugar en el cual se realiza el hecho originario de la obligación.

El Código Civil Federal de México, por su parte, prevé en el numeral quinto de su artículo 13, en relación con el derecho de las obligaciones y la autonomía de la voluntad, que:

Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.³¹

2.7. Sucesiones

En el Capítulo VII de la LDIPV se contempla todo lo relativo a la ley sucesoria. El artículo 34 determina que las sucesiones se rigen por el Derecho del domicilio del causante. Seguidamente, el artículo 35 establece que los descendientes, los ascendientes y el cónyuge sobreviviente, no separado legalmente de bienes; en todo caso, tendrán la opción de hacer efectivo el derecho a la legítima que les concede el Derecho venezolano sobre los bienes situados en ese país.

El artículo 36 prevé que cuando de conformidad con el Derecho competente, los bienes de la sucesión correspondan al Estado, o de no existir o desconocerse los herederos, los bienes situados en Venezuela pasarán al patrimonio de la Nación, siendo este el caso de la herencia yacente.

³¹ Código Civil Federal de México, 1928, art. 13.

En México el Código Civil Federal, por ejemplo, en relación con la sucesión, alude al testamento elaborado en país extranjero, desde el artículo 1593 al 1598.

2.8. Forma y prueba de los actos

El artículo 37 da comienzo al Capítulo VIII de la LDIPV, el cual dispone que los actos jurídicos en cuanto a la forma serán válidos, si se da cumplimiento a los requisitos exigidos en cualquiera de los siguientes ordenamientos jurídicos:

- 1. El del lugar de celebración del acto;
- 2. El que rige el contenido del acto; o
- 3. El del domicilio de su otorgante o del domicilio común de sus otorgantes.

Esta es una norma de conflicto con tres puntos de conexión alternativos, para establecer la ley aplicable a la forma de los actos. Con este precepto, se flexibiliza la regla *locus regit actum* a favor de la ley personal y de la *lex causae* dentro del sistema jurídico venezolano. Estas soluciones flexibles y alternas buscan la verificación del principio *favor validitatis* de los actos jurídicos, dentro de los límites que este principio tiene en la misma legislación del país latinoamericano. Por ejemplo, la exigencia del documento público o privado a efectos probatorios.³²

En relación con los medios de prueba, su eficacia y la determinación de su carga, el artículo 38 estipula que se regulan por el Derecho que rige la relación jurídica correspondiente, sin perjuicio a que su sustanciación procesal se ajuste al Derecho del tribunal o funcionario ante el cual se efectúa.

El Código Civil Federal de México, en el numeral cuarto del artículo 13, prevé el principio *locus regit actum*, con una excepción territorial cuando se trate de materias federales que surtirán efectos en Ciudad de México o la República. Señala el mencionado artículo que:

La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal.³³

³² Esis Villarroel, Ivette, "Forma de los actos", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005, p. 926 y p. 951.

³³ Código Civil Federal de México, 1928, art. 13.

2.9. Jurisdicción y competencia

El Derecho procesal internacional inicia su desarrollo en el Capítulo IX de la LDIPV. El artículo 39 prevé que, adicionalmente a la jurisdicción que concede la ley a los tribunales venezolanos en los juicios intentados contra personas domiciliadas en el territorio nacional, los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción en juicios intentados contra personas domiciliadas en el exterior en los casos contemplados en los artículos 40, 41 y 42 de la misma Ley.

Es importante resaltar que en el sistema jurídico venezolano se evidencia una diferenciación entre la jurisdicción (competencia procesal internacional) y la competencia interna. La jurisdicción delimita la competencia internacional de los órganos judiciales de un determinado Estado, considerados en su conjunto. Por otra parte, la competencia distribuye los litigios entre los tribunales internos que, en virtud de las normas sobre jurisdicción, resultan sometidos a ese Estado. Así pues, en la LDIPV el término competencia procesal internacional se sustituye por el de jurisdicción, dejando la competencia para fines domésticos. Aclarándose adicionalmente, que no está descartada la competencia interna de tribunales distintos, indicados por otras leyes (artículo 52).

Frente al contexto anterior, resulta contundente que en la LDIPV el criterio atributivo de jurisdicción general es el domicilio del demandado, el cual se consagra de forma tácita (artículo 39). Este criterio resulta favorecido porque garantiza la aplicación del principio del debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV).³⁴

Cuando se trata de demandados no domiciliados en el territorio venezolano, la ley distingue tres tipos de acciones: de contenido patrimonial, universalidades de bienes, estado de las personas y relaciones familiares.

Las de contenido patrimonial están reguladas en el artículo 40 de la LDIPV, norma que concede jurisdicción a los tribunales venezolanos para conocer de los juicios:

 Cuando se ventilen acciones relativas a la disposición o la tenencia de bienes muebles o inmuebles situados en el territorio de la República;

³⁴ Maekelt, Tatiana, *op. cit.*, pp. 93-94; CRBV Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 36.860, de 30 de diciembre de 1999.

- Cuando se ventilen acciones relativas a obligaciones que deban ejecutarse en el territorio de la República o que se deriven de contratos celebrados o de hechos verificados en el mencionado territorio;
- Cuando el demandado haya sido citado personalmente en el territorio de la República;
- Cuando las partes se sometan expresa o tácitamente a su jurisdicción.

El primer numeral alude a al criterio de ubicación del bien (*locus rei sitae*), mueble o inmueble, dentro del territorio venezolano para conocer de acciones relativas a su disposición o tenencia. La labor de determinar el lugar de ubicación se efectúa de conformidad con los criterios fijados por el Derecho material venezolano.³⁵ Debe tomarse en cuenta, que la interpretación de este numeral debe hacerse en concordancia con el contenido del artículo 47 de la LDIPV, que establece la jurisdicción exclusiva de Venezuela cuando se trata de controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en este país.

Luego, el segundo numeral del mismo artículo plantea los criterios del cumplimiento o ejecución de las obligaciones (*locus executionis*), celebración del contrato (*locus celebrationis*) y lugar de verificación de los hechos que da origen a la obligación (*locus obligationis causae*).

El criterio de lugar de la citación (*locus citationis*), se plantea en el numeral tercero del artículo en estudio, limitándose al caso de acciones de contenido patrimonial. Se establece como condiciones que la citación sea personal y que se haya practicado en el territorio venezolano. En relación con este numeral surge el debate sobre la aceptación del *forum non conveniens* en el sistema jurídico del país latinoamericano.

La doctrina ha concluido que el artículo 333 de la Ley de Comercio Marítimo,³⁶ contempla el único caso que admite la figura del *forum non conveniens*, cuando dispone que si se atribuye jurisdicción a Venezuela porque el demandado se citó personalmente en el territorio del país suramericano, sus tribunales podrán discrecionalmente declinar la jurisdicción, a solicitud del demandado, a favor de los tribunales de otro país en el cual se hubiere intentado una acción por los mismos hechos y causas, siempre que le otorgasen al demandante iguales garantías para

³⁵ Hernández-Breton, Eugenio, "Acciones patrimoniales", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005, p. 1000.

³⁶ Gaceta Oficial núm. 38.351, de 5 de enero de 2006.

responder de las resultas de dicha acción intentada por ante ese otro Estado.³⁷

Finalmente, el artículo 40 en su numeral cuarto, establece que las partes tienen la posibilidad de someterse voluntariamente, de forma expresa o tácita, a la jurisdicción de los tribunales venezolanos. En los casos de sumisión expresa, esta debe constar por escrito (artículo 44); de allí que, ambas partes deben haber expresado en forma escrita e inequívoca su voluntad de someterse a la jurisdicción de los tribunales venezolanos.

En cuanto a las universalidades de bienes el artículo 41 de la LDIPV desarrolla dos criterios atributivos de jurisdicción para conocer de juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes, como es el caso de sucesiones y los regímenes patrimoniales matrimoniales. El primero es el paralelismo entre el Derecho aplicable al fondo de la controversia y la jurisdicción (artículo 41 num. 10.), conocido también como criterio Asser. El segundo es el *locus rei sitae*, verificándose cuando en el territorio venezolano se encuentren bienes que formen parte integrante de la universalidad (artículo 41 num. 20.). Basta con que un solo bien de la universidad se sitúe en Venezuela para que a sus tribunales se les atribuya jurisdicción.

Corresponde al artículo 42 de la LDIPV regular los criterios atributivos de jurisdicción sobre litigios relativos al estado de las personas y relaciones familiares. El primer numeral de la disposición contempla el paralelismo entre el Derecho aplicable al fondo de la controversia y la jurisdicción (artículo 42 num. 10.) o criterio Asser. El segundo criterio es la sumisión voluntaria, de forma expresa o tácita a la jurisdicción venezolana, condicionando a que la causa tenga una vinculación efectiva con el territorio venezolano.

Continuando con el análisis de las normas de Derecho procesal de la LDIPV, el artículo 43 dispone que los tribunales venezolanos tendrán jurisdicción para dictar las medidas provisionales de protección de las personas que se encuentren en su territorio, aunque carezcan de jurisdicción para conocer del fondo del litigio.

Un comentario especial requiere la inderogabilidad de la jurisdicción. El artículo 47 prohíbe la posibilidad de derogar convencionalmente la jurisdicción atribuida en el marco de las disposiciones de la Ley en estudio, a favor de tribunales extranjeros o árbitros que resuelvan en el

³⁷ Hernández-Breton, Eugenio, op. cit., p. 1004.

extranjero, cuando la controversia se refiera a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio venezolano. Asimismo, esta negada la posibilidad cuando el litigio aborde materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

El legislador venezolano distinguió tres supuestos enumerados taxativamente en el artículo 47, como posibles excepciones a la regla de la posibilidad de derogación convencional de la jurisdicción, buscando hacer viable la jurisdicción exclusiva de los tribunales venezolanos. Es evidente, que la exclusividad de la jurisdicción en el supuesto de controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles, es automática o directa y que, en los otros dos supuestos (materias no susceptibles de transacción y los principios esenciales del orden público venezolano), deberá analizarse cada caso concreto, a posteriori.³⁸

En otro orden de ideas, el artículo 48 de la LDIPV contempla que siempre que los tribunales venezolanos tengan jurisdicción de acuerdo con las disposiciones del Capítulo IX, la competencia territorial interna de los diversos tribunales se regirá por las disposiciones establecidas en los artículos 49, 50 y 51 de la misma Ley.

2.10. Eficacia de las sentencias extranjeras

El Capítulo X de la LDIPV en su artículo 53 dispone que las sentencias extranjeras tendrán efecto en Venezuela siempre que reúnan los siguientes requisitos:

- Que hayan sido dictadas en materia civil o mercantil o, en general, en materia de relaciones jurídicas privadas;
- Que tengan fuerza de cosa juzgada de acuerdo con la ley del Estado en el cual han sido pronunciadas;
- Que no versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República o que no se haya arrebatado a Venezuela la jurisdicción exclusiva que le correspondiere para conocer del negocio;
- Que los tribunales del Estado sentenciador tengan jurisdicción para conocer de la causa de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el Capítulo IX de esta Ley;

³⁸ Maekelt, Tatiana, op. cit., pp. 97-99.

- Que el demandado haya sido debidamente citado, con tiempo suficiente para comparecer, y que se le hayan otorgado en general, las garantías procesales que aseguren una razonable posibilidad de defensa;
- Que no sean incompatibles con sentencia anterior que tenga autoridad de cosa juzgada; y que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiere dictado la sentencia extranjera.

Una novedad que puede destacarse en la anterior enumeración es la eliminación de los requisitos de reciprocidad y la no violación del orden público, en contraste con los artículos 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil venezolano,³⁹ donde si estaban presentes. Otra innovación sobre el tema dentro del sistema jurídico venezolano, viene a ser la eficacia parcial estipulada en el artículo 54 de la LDIPV, siempre y cuando la sentencia extranjera no pueda desplegar eficacia en su totalidad.

El artículo 55 determina que para proceder a la ejecución de una sentencia extranjera deberá ser declarada ejecutoria de acuerdo con el procedimiento establecido por la ley y previa comprobación de que en ella concurren los requisitos consagrados en el artículo 53 de la LDIPV, anteriormente expuesto.

En México el Código Federal de Procedimientos Civiles, en cuanto a la ejecución de sentencias extranjeras, en su artículo 564 determina que:

Será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos.⁴⁰

Luego, las siguientes disposiciones del cuerpo normativo antes citado, hasta el artículo 577 regulan con profundidad esta materia.

2.11. Procedimiento

Los aspectos básicos sobre el tratamiento procesal del Derecho extranjero están contenidos en el Capítulo XI de la LDIPV. El artículo

³⁹ Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 4.209, de 18 de septiembre de 1990.

⁴⁰ Código Federal de Procedimientos Civiles de México, 1943, art. 564.

56 establece que la competencia y la forma del procedimiento se regulan por el Derecho del funcionario ante el cual se desarrolla.

El artículo 57 dispone que la falta de jurisdicción del Juez venezolano respecto del Juez extranjero será declarada de oficio, o a solicitud de parte, en cualquier estado o grado del proceso. Entonces, la solicitud de regulación de la jurisdicción suspende el procedimiento hasta que haya sido dictada la decisión correspondiente. Si se afirma la jurisdicción de los tribunales venezolanos, la causa continuará su curso en el estado en que se encuentra al dictarse la decisión. La decisión que la niegue deberá ser consultada en el Tribunal Supremo de Justicia, en su Sala Político Administrativa, a cuyo efecto se le remitirán inmediatamente los autos. De ser confirmada se ordenará el archivo del expediente, quedando extinguida la causa.

El artículo 58 por su parte, reconoce la litispendencia internacional, salvo que se trate de la jurisdicción venezolana exclusiva. Dicha regulación colisiona con el contenido del numeral 6 del artículo 53 que exige, en casos del exequátur de la sentencia extranjera, que no se encuentre pendiente, ante los tribunales venezolanos, un juicio sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, iniciado antes que se hubiera dictado la sentencia extranjera.⁴¹

Sobre la cooperación judicial internacional el artículo 59 determina que los tribunales venezolanos podrán dirigirse a cualquier autoridad competente extranjera, mediante exhortos y comisiones rogatorias, para la práctica de citaciones, diligencias probatorias o de cualquier otra actuación judicial que resulte necesaria para el buen desarrollo del proceso. Estos a su vez, tienen la potestad de evacuar dentro de la mayor brevedad, los exhortos y comisiones rogatorias provenientes de tribunales extranjeros que se ajusten a los principios del Derecho internacional aplicables en la materia.

La aplicación de oficio del Derecho extranjero se enuncia en el artículo 60. Esta norma concede a las partes la posibilidad de aportar informaciones relativas al derecho extranjero aplicable. De igual manera, los tribunales y autoridades podrán dictar providencias tendientes al mejor conocimiento del mismo. El artículo 61 prevé que los recursos establecidos por la ley serán procedentes cualquiera que fuere el ordenamiento jurídico que se hubiere debido aplicar, tomando en cuenta la decisión contra la cual se interponen.

⁴¹ Maekelt, Tatiana, op. cit., p. 108.

Finalmente, el artículo 62 expone que con la excepción de lo dispuesto en el artículo 47 de la LDIPV, todo lo concerniente al arbitraje comercial internacional se regirá por las normas especiales que regulan la materia.

3. Algunas sentencias recientes del Tribual Supremo de Justicia de Venezuela fundamentadas en la LDIPV

En los últimos años el Tribunal Supremo de Justicia venezolano (TSJV) ha emitido interesantes fallos con fundamento en la LDIPV. Seguidamente expondremos algunos de esos dictámenes.

La Sentencia núm. 1.187 de fecha 15 de diciembre de 2016, de la Sala Constitucional del TSJV, interpretó el artículo 75 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Fue así que determinó que la jefatura de las familias pueden ejercerla parejas homoparentales. De tal forma, los niños, niñas y adolescentes nacidos en tal categoría de familias tienen la protección del Estado, de la misma forma que cualquier otro niño que haya nacido en una familia tradicional.

El fallo antes mencionado, incorporó en su análisis lo previsto en el artículo 5 de la LDIPV, que regula el reconocimiento de los efectos de las situaciones jurídicas válidamente creadas de conformidad con el Derecho extranjero, esto en relación con una pareja de mujeres, ambas madres del niño cuyos derechos se ampararon en esta sentencia, mediante un método de ovodonación y fecundación *in vitro*; quienes además, habían contraído matrimonio en Argentina, donde se reconoce el derecho al matrimonio civil sin discriminación por orientación sexual, tomando en cuenta que este tipo de uniones no pueden celebrarse bajo el mandato de la ley venezolana. Cabe citar en este punto a Ingrid Araque, quien en relación a este dictamen del TSJV, afirma que "...la decisión vino a dar respuestas sobre circunstancias que el mundo actual cambiante y globalizado reclama".⁴²

Por otra parte, la Sentencia núm. EXE.000399 de la Sala de Casación Civil del TSJV, de fecha 22 de junio de 2016, con fundamento en el artículo 53 de la LDIPV, que resultó aplicable según las normas de

⁴² Araque Sayago, Ingrid, Reproducción humana asistida ¿Maternidad legal o biológica? Consideraciones en torno a problemas jurídicos contemporáneos surgidos con ocasión a las nuevas técnicas de reproducción asistida, Departamento de Derecho Internacional de la OEA, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Ingrid_Araque_Sayago_1.pdf

prelación de fuentes, en razón de la inexistencia de tratados en materia de ejecución de sentencias extranjeras vigentes entre los Estados Unidos de América y Venezuela, se dictaminó un procedimiento de exequátur, concediendo fuerza ejecutoria en Venezuela, a una sentencia dictada en fecha 1 de julio de 2002, con corrección del 17 de julio 2014, por la Corte de Circuito del Decimoséptimo Circuito Judicial del Condado de Broward, Florida, de los Estados Unidos de Norte América, la cual declaró la disolución de un vínculo conyugal.

Siguiendo la línea antes expuesta, se pronunciaron sobre procedimientos de exequátur, la Sentencia núm. EXE.000396 de la Sala de Casación del TSJV, de 22 de junio de 2016, la Sentencia núm. EXE.000674 de la Sala de Casación del TSJV, de 1 de noviembre de 2016, la Sentencia núm. EXE.000966 de la Sala de Casación del TSJV, de 16 de diciembre de 2016; entre muchas otras, que se han dictado desde la promulgación de la Ley aquí estudiada.

4. Conclusiones

Hoy en día la pertinencia y dinamismo de la LDIPV resulta innegable. Que el artículo 5 de la LDIPV sobre el reconocimiento de los efectos de las situaciones jurídicas válidamente creadas de conformidad con el Derecho extranjero, fuese incorporado en el análisis de una sentencia del TSJV, en relación al registro civil y los derechos a la filiación, nacionalidad e identidad, del hijo producto de un procedimiento de reproducción humana asistida, entre dos mujeres que contrajeron matrimonio en Argentina, era impensable hace veinte años, cuando entró en vigor la LDIPV. Pero allí estaba ese cuerpo normativo, con plena vigencia, para responder a las exigencias propias del mundo actual.

La LDIPV representa un cuerpo coherente de normas que regulan el sistema de Derecho internacional privado venezolano. Tiene su origen y raíces en la academia, en los docentes universitarios, lo cual ha permitido que un sin número de operadores jurídicos del país latinoamericano se hayan formado bajo la tutoría de los inspiradores del texto, lo cual es una de sus fortalezas.

Si bien es cierto que la incorporación de las instituciones generales en la LDIPV no responde a la tendencia actual de la disciplina, considera la autora, que esta inclusión es el reflejo de la influencia de juristas como Pedro Manuel Arcaya, Roberto Goldschmidt, Joaquín Sánchez-Covisa, Gonzalo Parra-Aranguren y Tatiana de Maekelt, en el resultado

final de la Ley. Con el transcurrir de los años resulta innegable que la jurisprudencia venezolana no ha acogido con contundencia estas instituciones. Sin embargo, estimo que su utilización desde una perspectiva didáctica resulta valiosa a la hora de enseñar el DIPri, principalmente para establecer sus antecedentes históricos. Dichas instituciones; en definitiva, no representan un impedimento para que los especialistas venezolanos favorezcan una concepción moderna de esta rama del Derecho.

Otros aspectos de la LDIPV resultan ajustados a líneas vigentes seguidas por el DIPri universalmente considerado. La adopción del domicilio como punto de conexión y criterio atributivo general de jurisdicción. Sus disposiciones en materia de Derecho civil internacional y Derecho comercial internacional, en especial, sobre *lex mercatoria*. También destacan, sus normas de Derecho procesal internacional. Todas estas regulaciones la convierten en una Ley de vanguardia, a pesar que su vigencia data de 1999. Serán las generaciones futuras quienes tendrán en sus manos la misión de revisión y actualización de la LDIPV, por lo pronto, continuará con su estudio y aplicación dentro del sistema jurídico venezolano.

5. Bibliohemerografía

- Araque Sayago, Ingrid, Reproducción humana asistida ¿Maternidad legal o biológica? Consideraciones en torno a problemas jurídicos contemporáneos surgidos con ocasión a las nuevas técnicas de reproducción asistida, Departamento de Derecho Internacional de la OEA, http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_In grid Araque Sayago 1.pdf
- Barrios, Haydée, "Divorcio y separación de cuerpo", Ley de Derecho Internacional Privado comentada, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005.
- Contreras Vaca, Francisco José, La figura del reenvío y su regulación en el derecho civil mexicano, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2015.
- Esis Villarroel, Ivette y Resende, Carla "Antecedentes de la Ley de Derecho Internacional Privado", Ley de Derecho Internacional Privado comentada, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005.
- Esis Villarroel, Ivette, "Forma de los actos", Ley de Derecho Internacional Privado comentada, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005.
- Figuera Vargas, Sorily Carolina, "Análisis de la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana como Propuesta Académica y Logro Legislativo", en

- el Anuario Español de Derecho Internacional Privado, t. XIII. Madrid, Iprolex, 2014.
- Hernández-Breton, Eugenio, "Acciones patrimoniales", Ley de Derecho Internacional Privado comentada, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005.
- Madrid Martínez, Claudia, "Ámbito de aplicación de la Ley. Prelación de fuentes", Ley de Derecho Internacional Privado comentada, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. I, 2005.
- Maekelt, Tatiana, Ley venezolana de Derecho Internacional Privado. Tres años de su vigencia, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2002.
- —, Teoría general del Derecho internacional privado, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005.
- Mansilla y Mejía, María Elena, *Derecho Internacional Privado*, México, IURE Editores, 2014.
- Parra-Aranguren, Gonzalo, "Los precedentes venezolanos del Código Bustamante", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello, núm. 17, 1974.
- Pérez Pacheco, Yaritza, Aportes de la Ley de Derecho Internacional Privado Venezolana a la Codificación Ius Internacional Privatista, Santiago de Chile, Ars Boni et Aequi, vol. 10, núm. 2, 2014.
- Pereznieto, Leonel, *Derecho Internacional Privado. Parte General.* 8va Ed., México, Oxford University Press, 2007.
- —, Notas sobre el derecho internacional privado en América Latina, México, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Vol.48, septiembre-diciembre 2015.
- Pereznieto, Leonel y Silva, Jorge, *Derecho Internacional Privado*, *Parte Especial*, 2da. Ed., México, Oxford University Press, 2007.
- Romero, Fabiola, "Solución Subsidiaria", *Ley de Derecho Internacional Privado comentada*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, t. II, 2005.



Las obras artísticas en el campo de los derechos de autor en el ámbito internacional

PEDRO CARRILLO TORAL*

Sumario: 1. Introducción. 2. Derechos patrimoniales. 3. Transmisión de derechos. 4. Limitaciones a los derechos de autor. 5. La reserva de derechos. 6. Conclusión. 7. Bibliohemerografía.

1. Introducción

Corresponde al Derecho internacional privado el análisis de las relaciones jurídicas internacionales, ya sea entre privados, o donde existe un interés privado. Este tipo de relaciones jurídicas tiene la particularidad de tener un elemento extraño, o bien, poco usual en Derecho local, situación que suscita conflictos de jurisdicción o de la ley aplicable, cuyo fin primordial es el de determinar quién puede conocer sobre el tema y cuál debería ser el Derecho aplicable; de allí que surjan la interrelación entre algunas ramas del Derecho como son el Derecho familiar internacional, el Derecho penal internacional, Derecho internacional del proceso, comercio internacional, arbitraje internacional, etc., por mencionar algunos.

No podrían ser ajenos a este tipo de relaciones jurídicas internacionales los derechos de autor o los derechos que se adquieren internacionalmente al registrar una marca, obtener una patente o los derechos adquiridos y que han de proteger al autor de una obra literaria, científica o artística, incluidos estos en el rubro de los derechos humanos.

Independientemente de la fecha de creación o nacimiento, los *derechos humanos* han tomado importancia a raíz de la proclamación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el 10 de diciembre de 1948 en París, Francia; documento donde se establece, por primera

^{*} Académico Supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; Profesor-Investigador de la Facultad de Derecho Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California.

vez, los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero; reiteramos, son derechos que deben protegerse en la esfera mundial.

Documentar los derechos de autor, tanto en el nivel local como en el campo internacional, nos llevaría cientos de cartillas para disertar el tema; sin embargo, por cuestión del breve espacio del que disponemos para tratar el tópico, nos avocaremos a mencionar algunos ejemplos donde el tema de las creaciones artísticas es extraído al ámbito internacional; mientras que otros casos, entre mexicanos, se circunscribe exclusivamente al medio local.

Para efectos del presente trabajo, hemos de referirnos exclusivamente al artículo 27 del ordenamiento mundial en cuestión, mismo que establece: "Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora".

En el mismo tenor y en armonía con la citada Declaración, el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla la protección a los privilegios que se conceden a los autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorguen a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora. Esta disposición constitucional es la que sirve de sustento a las legislaciones sobre derechos de autor y propiedad industrial.

Por otra parte, el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, adoptada el 9 de septiembre de 1886, con una serie de enmiendas hasta llegar a la última modificación del 28 de septiembre de 1979, establece como objetivo principal el de proteger del modo más eficaz y uniforme posible los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas, y establece la protección de todas las producciones en el campo literario, científico y artístico.

De igual forma, nuestro Derecho doméstico establece el reconocimiento y, por ende, la protección en favor de todo creador de obras previstas en le Ley Federal del Derecho de Autor; a la vez, consagra el autor dos tipos de prerrogativas, las concernientes a los derechos patrimoniales y las que se refieren a los derechos morales.

2. Derechos patrimoniales

Establecido en el artículo 24 de la ley de la materia, el derecho patrimonial consiste en que a todo autor de una obra le corresponde una retribución pecuniaria por la explotación, ejecución o *uso* de su obra

que se efectúe en cualquier forma y por cualquier medio. En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su uso o explotación y, *a contrario sensu*, ostenta la facultad de oponerse o prohibir el uso y explotación de su obra por un tercero ajeno.

En nuestro país, conforme lo establece el artículo 29 de la ley autoral, la vigencia de la protección a los derechos patrimoniales es de toda la vida del autor y, a partir de su muerte, cien años más. Cuando la obra les pertenezca a varios coautores, los cien años se contarán a partir de la muerte del último.

Si el titular del derecho patrimonial distinto del autor muere sin herederos, la facultad de explotar o autorizar la explotación de la obra corresponderá al autor y, a falta de este, corresponderá al Estado.

Transcurrido este término, la obra cae en el dominio público y cualquier persona puede utilizarla y explotarla libremente, bajo la condición de no modificarla, salvo autorización expresa del titular de los derechos.

Cobijados por la Ley autoral que contempla en los artículos 148 a 154 de la misma las "limitaciones a los derechos de autor", hemos de presentar algunas reseñas de casos reales referentes a los temas indicados, sin mayor citación de la fuente, toda vez que son comentarios producto de la noticia popular y del dominio público, externadas por los diferentes medios de comunicación masiva, tanto nacional como internacional; así como algunos datos históricos que no requieren, necesariamente, mencionar una fuente bibliográfica directa, en virtud de las multicitadas noticias y comentarios informativos.

2.1. Caso real

En el año 1811, el destacado músico y compositor Ludwig Van Beethoven realizó la obra musical "*La marcha turca*", misma que pasó un tanto desapercibida aún hasta la muerte de Beethoven en marzo de 1827; sin embargo, esta adquirió cierta popularidad cuando en el año 1970 el francés Jean Jackes Perrey creó un disco exclusivamente de música acústica donde incluía, entre otras, la obra de Beethoven; misma que fue exhibida en la obra de teatro "The Elephant Never Forgets" (en español: El Elefante Nunca Olvida).

En el año 1971, el comediante Roberto Gómez Bolaños (Chespirito) dio inicio al programa "El Chavo del Ocho", como parte de la programación de XHTM canal 8 de la Televisión Mexicana, utilizando tres

obras musicales contenidas en el álbum acústico de Perrey, "Baroque Hoedown", "Country Rock Polka" y la que adquirió popularidad mundial "La marcha turca", cuyos derechos habían sido adquiridos por el citado francés Perrey.

En el año 2009, los abogados del prestidigitador Jean Jackes Perrey, notificaron a la casa televisora de Roberto Gómez Bolaños que enfrentaría una batalla legal por los derechos de autor de tres obras musicales, destacando la versión acústica de Beethoven, reconocida mundialmente como el tema que sonorizó durante varios años la producción humorística "El Chavo del Ocho".

El juicio concluyó un año más tarde con un acuerdo entre partes a través de una remuneración económica millonaria por parte de los acusados por el uso indebido de las tres obras musicales utilizadas en televisión, películas, y otros productos artísticos, (la cifra es desconocida; sin embargo, se sabe que fue un pago por casi 40 años de regalías).

3. Transmisión de derechos

Tanto la normatividad local como la internacional, contemplan entre sus preceptos la "transmisión de derechos"; así que el titular de los derechos patrimoniales puede transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas.

La legislación mexicana, en su artículo 30, exige que toda transmisión de derechos patrimoniales de autor deberá ser onerosa y temporal; así mismo, los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan deberán celebrarse, invariablemente, por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno Derecho. De igual manera, estos actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales deberán inscribirse en el Registro Público del Derecho de Autor para que surtan efectos contra terceros; en caso contrario, la autoridad reconocerá los derechos al autor.

Mediante el trámite de registro de contratos, se pueden inscribir los actos, convenios o contratos que en cualquier forma confieran, modifiquen, transmitan, graven o extingan derechos patrimoniales; para realizar dicho trámite es necesario ingresar a la página del Instituto Nacional del Derecho de Autor INDA, llenar el formato correspondiente y realizar el pago de derechos, mismo que actualmente tiene un costo de \$ 1,383.00 (un mil trescientos ochenta y tres pesos 00/100 M.N.);

procedimiento que puede prevenir pérdidas millonarias a los productores o titulares de las obras protegidas por la ley de la materia.

3.1. Caso real

El destacado compositor mexicano Armando Manzanero es autor de "Somos Novios", canción que habrá tenido alrededor de 1.000 versiones. En el año 1970 permitió al cantautor Sid Wayne, quien componía para "El Rey del Rock" Elvis Presley, realizar la versión en inglés intitulándola "It's impossible". En el mundo de los compositores es costumario que cuando una canción tiene letra original, quien hace la versión en otro idioma se lleva el 35% de las ganancias obtenidas, y con Sid Wayne, fue tanto el gusto de Armando Manzanero y gracias al éxito tan grande, que le concedió el 50% al autor de la versión en inglés, según declaraciones del propio compositor mexicano a los medios noticiosos mexicanos.

Debido al entusiasmo y generosidad y, tal vez falta de conocimiento, de Armando Manzanero, concedió el libre uso de la melodía al Sr. Sid Wayne, quien agregó, sin autorización del autor mexicano, varias notas a la frase "It's impossible"; de esta manera, la obra musical coincidía, en alto grado, con la canción de *J'ai mal de toi* (versión original de *The way of love*) interpretada por la cantante Frédérica en 1960 para el Festival de la Canción de Eurovisión.

En virtud de lo anterior, el francés Diéval, representante legal de Frédérica, demandó a Armando Manzanero y Sid Wayne por las canciones "Somos Novios" y "It's impossible", respectivamente, como plagio de la obra musical "*J'ai mal de toi*"; no obstante que la versión de Armando Manzanero había surgido con 20 años de antelación en el mercado musical mexicano.

Manzanero decidió no ejercer reconvención y después de un juicio prolongado, el juez que atendió el asunto sentenció que Sid Wayne perdía todos los derechos de la versión en inglés; Frédérica era la titular de los derechos de la versión francesa y Manzanero conservaría los derechos de la versión en español "Somos Novios". A pesar de lo injusto de la decisión del juez, la versión de Sid Wayne poco a poco cae en el olvido, la versión de Frédérica es prácticamente desconocida, mientras que la versión original de Armando Manzanero se mantiene en el gusto del público en el mercado musical internacional. Consideramos y destacamos la falta de asesoría legal y deficiente defensa hacia el compositor mexicano.

4. Limitaciones a los derechos de autor

El artículo 9.2 de La Convención de Berna sobre la Protección de la Propiedad Artística y Literaria de 1886 establece: "Se reserva a las legislaciones de los países de la unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor".

En armonización con el documento mundial, el artículo 40 de la Ley Federal del Derecho de Autor menciona: "Los titulares de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos podrán exigir una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización y sin estar amparada por alguna de las limitaciones previstas en los artículos 148 y 151 de la presente Ley".

De igual forma, los artículos 51 y 52 del ordenamiento local adicionan como limitaciones al derecho de autor: "las obras del dominio público, cuando éste no da a conocer su nombre manteniendo la obra como de autor "anónimo"; o bien, cuando no existe un titular identificado del derecho patrimonial".

4.1. Caso real

En nuestro país se comercializan una cantidad considerable de obras que encuadran en los artículos anteriormente mencionados, tal es el caso de algunas leyendas y refranes, la imagen de la Virgen de Guadalupe y un sinnúmero de canciones populares.

En este último ejemplo hemos de referirnos al caso de la canción popular "La Cucaracha", al no identificar al autor de la misma, esta ha caído en el dominio público, a grado tal que existen versiones: La Cucaracha versión Cumbia King, La Cucaracha versión rock, La Cucaracha versión española, La Cucaracha interpretada por el coro Ruso Alto nivel, La Cucaracha versión Orquesta Alemana, La Cucaracha versión "Coral Nuevas Voces" Argentina, La Cucaracha versión Coral Antiga y, seguramente muchas versiones más.

Una vez más destacamos la falta de protección hacia la obra de un revolucionario mexicano quien, seguramente, jamás imaginaría la trascendencia internacional de su pieza musical. Con fundamento en el artículo 157 de la ley de la materia, deberán protegerse las obras literarias, artísticas, de arte popular o artesanal, así como todas las manifestaciones primigenias en sus propias lenguas, y los usos, costumbres

y tradiciones de la composición pluricultural que conforman al Estado Mexicano, aun cuando no cuenten con autor identificable. En este sentido debió ejercer presión el Estado Mexicano y rescatar los derechos de la obra musical nacida en la época de la revolución.

5. Reserva de derechos

La reserva de derechos es una figura jurídica contemplada en el artículo 173 de la ley de la materia; dicho ordenamiento separa el registro las obras intelectuales respecto de las reservas de derechos al uso exclusivo, considerando a esta última como la facultad de usar y explotar en forma exclusiva títulos, nombres, denominaciones, características físicas y psicológicas distintivas o características de operación originales aplicados, de acuerdo con su naturaleza, a alguno de los siguientes géneros:

- I. Publicaciones periódicas;
- II. Difusiones periódicas;
- III. Personajes humanos de caracterización, o ficticios o simbólicos;
- IV. Personas o grupos dedicados a actividades artísticas, y
- V. Promociones publicitarias.

El documento en el que se hace constar la reserva de derechos se denomina Certificado de Reservas (formato ISSN), mismo que es expedido por el Instituto Nacional del Derecho de Autor y tiene por objeto proteger las reservas de derechos a que hemos hecho mención.

5.1. Algunos casos reales

No obstante la importancia que guardan las figuras mencionadas registrables dentro del campo de la reservas de derechos como son: las publicaciones periódicas (periódicos y revistas), las difusiones periódicas (programas de radio y televisión), los personajes ficticios o simbólicos (por ejemplo los personajes de caricaturas), personajes humanos de caracterización (por ejemplo los personajes que aparecen en la vecindad del chavo), promociones publicitarias (por ejemplo "los tazos"); en este punto, hemos de referirnos exclusivamente a los grupos dedicados a actividades artísticas.

A. Caso Banda Limón

La Original Banda El Limón, nació en 1965 en el poblado El Limón De Los Peraza, cerca de Mazatlán, Sinaloa, bajo el nombre de "Banda Limón". En aquel tiempo, comandaban la banda los señores Pedro Aramburo, Encarnación Peraza, Lino Quintero, Carlos Peraza y Pedro Peraza.

Al poco tiempo llegó a la banda el invaluable aporte de Salvador Lizárraga, Trinidad Plascencia y Salvador Tirado. Debido a su profesionalismo y amor a la agrupación, la banda otorgó el mando, dirección y representación a Salvador Lizárraga en el año 1976.

Años más tarde, en 1992 le adhieren al nombre "La Arrolladora" Banda El limón en sus producciones y presentaciones. Desafortunadamente, en 1996 Salvador Lizárraga sufre un derrame cerebral, dejando encargada la banda a René Camacho, quién debido al éxito del grupo, aprovecha y abusa de la confianza de su director Salvador Lizárraga para formar en 1997 una nueva agrupación con el mismo nombre, robando el concepto del mismo, haciéndose pasar por "La Arrolladora Banda El Limón".

En ese mismo año, ya un poco recuperado del derrame cerebral, regresa Salvador Lizárraga con toda su banda y la nombran desde ese momento La Original Banda el Limón de Salvador Lizárraga, dejando atrás su eslogan "La Arrolladora" que usaban desde 1992. La compañía discográfica reedito todos sus discos hasta ese entonces cambiando el de "La Arrolladora" por "La Original" y dejando en claro el grupo musical al que le correspondía el calificativo de "la Original" Banda el Limón. De esta forma, hoy en día se presentan a los eventos musicales, por un lado, La Original Banda El Limón de Salvador Lizárraga y por otro La Arrolladora Banda El Limón de René Camacho, reduciendo el aspecto jurídico y los ordenamientos de la materia a una simple mediación.

De los hechos narrados, denotamos un claro desconocimiento hacia los Derechos de Autor, específicamente, hacia la figura jurídica reserva de derechos; así como la falta de asesoría al creador de la Original Banda El Limón.

B. Caso Sonora Santanera

Iniciaba la década de los años cincuenta en nuestro país, se vivía en el ámbito musical la fiebre de la música tropical bajo una fuerte influencia de grupos extranjeros, como la agrupación musical cubana llamada la Sonora Matancera.

Con tales precedentes, en mayo de 1955 el Sr. Carlos Colorado y un pequeño grupo de amigos dan nacimiento al grupo musical llamado "Tropical Santanera", que posteriormente y bajo la fuerte influencia que inyectaba el grupo musical "Sonora Matancera", un joven empresario mexicano, cómico y rey de las carpas populares de nombre Jesús Martínez "Palillo", presentó a la agrupación musical mexicana como "La Sonora Santanera".

A partir de entonces, la agrupación musical obtuvo éxito tras éxito, ya sea en presentaciones en vivo o en venta de discos, abarrotando el mercado, tanto nacional como internacional. Se sabe, por la propia declaración de sus integrantes, que, a través de un documento escrito, la agrupación reconocía como titular y dueño de los derechos de la denominación "Sonora Santanera" al Sr. Carlos Colorado.

Desafortunadamente, el 25 de abril de 1986, en aparatoso accidente que tuvo la agrupación musical, muere el Sr. Carlos Colorado; no obstante, el grupo continúa con presentaciones en vivo, giros por toda la República, a la vez que surgen nuevas canciones; quedando al frente del grupo musical en calidad de administradora la Sra., Yolanda Almazán Ortíz, viuda de Colorado, afirmando esta la existencia de malos manejos del patrimonio del grupo, aseveración que ocasionó descontento entre varios miembros del grupo.

Algunos miembros del grupo, un tanto descontentos por el nombramiento y participación de la viuda de Carlos Colorado, deciden expulsarla y modificar el nombre del grupo musical al de "La Única e Internacional Sonora Santanera", ocasionando que la Sra. Yolanda Vda. De Colorado contratara nuevos músicos, entre ellos a una mujer, y continuara con el grupo musical bajo el nombre "Sonora Santanera de Carlos Colorado y María Fernanda", con diversas presentaciones y giras de ambos grupos musicales ostentándose con el nombre genérico de "La Sonora Santanera".

La falta de asesoría jurídica eficaz, ocasionó que otros grupos musicales utilizaran el nombre "Sonora Santanera", situación que se mantuvo por 14 años aproximadamente, hasta que el 17 de noviembre de 2017, los magistrados de la Sala Especializada en Propiedad Intelectual del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, resolvieron de forma definitiva que la señora Yolanda Almazán Ortiz viuda Colorado, es la única que puede explotar la denominación Sonora Santanera, ya que cuenta con el Certificado de Reserva de Derechos al Uso Exclusivo expedido por el INDAUTOR.

No obstante, algunos integrantes del grupo musical antagónicos a la Viuda de Colorado registraron ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial la marca "Única Internacional Sonora Santanera", argumentando que el registro de una marca es superior a una Reserva de Derechos y, en base a ello, continuaría explotando la marca "Sonora Santanera", en presentaciones y discos musicales.

La abogada de la Viuda de Colorado Lic. Rosalba Becerril señaló que luego de 14 años de pelear por el nombre Sonora Santanera, la señora Yolanda Almazán Ortíz, viuda del maestro Carlos Colorado, es la única persona que tiene el derecho legal y exclusivo de usar la denominación Sonora Santanera, según lo determina una ejecutoria de amparo emitida por un Tribunal Colegiado del Primer Circuito.

Agregando que se están preparando acciones penales en contra de diversas Santaneras, pues no tienen derecho a usar ese nombre, además de que exigirán el pago de regalías y el pago del daño moral y económico ocasionado al patrimonio de la señora Yolanda Almazán y la familia de Carlos Colorado.

Finalmente, ya con conocimiento de causa y bajo asesoría legal efectiva, se llevó a cabo el registro del nombre artístico "Carlos Colorado", con el objeto de que otras agrupaciones musicales no utilizaran el nombre de la Reserva "La Sonora Santanera de Carlos Colorado".

Nuevamente quedó en evidencia la falta de conocimiento y de asesoría experta al principio de la controversia en cuestión, por lo menos así lo demuestran 14 años de litigio acerca del nombre de un grupo dedicado a actividades artísticas.

6. Conclusión

Pese a la existencia de acuerdos internacionales en materia de protección a los derechos de autor desde hace más de cien años, el uso y explotación de obras registradas se mantiene como una constante; las infracciones hacia los usurpadores han sido insuficientes, quizás, entre otras cuestiones, debido a la dificultad de conocer obras registradas en el extranjero, principalmente, en épocas de antaño donde las obras literarias y artísticas tan solo se conocían a través de documentos escritos (libros).

A lo anteriormente expresado, contribuyen las nuevas tecnologías, toda vez que resulta muy difícil otorgar una adecuada y eficaz protección a los autores de obras en virtud de la facilidad con que cualquier persona puede obtener, inclusive reproducir y transmitir, obras protegidas, sin mayor esfuerzo que el de contar con internet por cualquier medio instrumental.

En esta nueva *Era de Internet* nos encontramos con dos aristas, por un lado nos enteramos con cierta facilidad del uso indebido de una obra protegida en casi todos los rincones del planeta; por otra parte, las redes sociales como es el caso de *You Tube*, exponen de manera pública las obras, principalmente las musicales, sin la debida autorización del autor.

En virtud de lo anterior, el Parlamento Europeo prevé que plataformas como YouTube Google, etc., deberán obtener las respectivas licencias de los creadores o titulares de obras artísticas cuando utilicen material debidamente protegido y, en su caso, realizar un pago correspondiente por el uso de las citadas obras cuando no se cuente con el debido permiso. Preceptos cuya necesidad amerita sean trasladados a la normatividad mexicana.

En el presente escrito mostramos casos reales como verdaderos ejemplos de la protección que se otorga en algunos países respecto de sus autores, situación que pone en evidencia el desconocimiento que se tiene en nuestro país por parte de los autores de obras, inclusive desconocimiento de asesores y abogados.

Por tal motivo, consideramos de vital importancia el rol que deben jugar las instituciones educativas, las asociaciones de profesionistas y las academias de abogados para intervenir de manera alguna en la asesoría y difusión acerca de esta vital materia, cuya importancia internacional cada vez toma más fuerza.

Bien vale mencionar que las usurpaciones a los Derechos de la Propiedad Intelectual se encuentran codificados en la ley de la materia; no obstante que recientemente se menciona *la violación a los derechos de autor a través de las redes sociales* como un nuevo campo del Derecho; las redes sociales simplemente son la vía, la figura calificada como violación continúa siendo la misma, de allí que no concebimos la necesidad de tratarlo como una nueva forma de usurpar los derechos de los creadores o innovadores de obras cuya protección corresponde a los derechos de autor.

7. Bibliohemerografía

Carrillo Toral, Pedro. "El Derecho Intelectual en México", Editorial Plaza y Valdés. México 2002.

Garza Barbosa, Roberto. "Derechos de Autor y Derechos Conexos". Editorial Porrúa. México 2009.

Obón León, J. Ramón. "Derecho de los Artistas Intérpretes". Editorial Trillas. México 2009.

Jalife Daher, Mauricio. "Crónica de Propiedad Intelectual". Editorial SISTA. México 1989.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México 2019.

Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, París, Francia, 9 de septiembre de 1886.

Declaración Universal de los Derechos Humanos. París, Francia, 10 de diciembre de 1948.

Ley Federal del Derecho de Autor, México 2019.

Notas y entrevistas en diversos programas de televisión; así como en revistas y periódicos del país.

https://www.youtube.com/watch?v=8VOFk7sw6Sw. La historia detrás del mito Sonora Santanera, YouTube 15 de junio de 2013.

Documentos expuestos al público a través de los diversos medios de comunicación.

Entrevistas directas a las partes por los diferentes medios de comunicación, tomando el rango de noticia con fines informativos de carácter público y popular. (en virtud del carácter público de la información, a través de los diversos medios de comunicación, resulta un tanto complicado señalar una fuente directa de los comentarios obtenidos a través de reportajes múltiples.

El reglamento sucesorio europeo

Repercusiones y posible aplicación en México

JORGE OROZCO GONZÁLEZ*

Sumario: 1. Introducción. 2. Presupuestos. 3. El Reglamento Sucesorio Europeo.
 Repercusiones en México. 5. Posible aplicación en México. 6. Conclusión.
 7. Bibliohemerografía.

1. Introducción

La práctica nos exhorta cada vez más a tener estudios y nociones de Derecho comparado, a fin de poder anticipar, planear o resolver situaciones jurídicas que, aunque aparentemente son nacionales, pueden tener un desenlace transfronterizo.¹ Testimonio de lo anterior, es la tendencia cada vez más enérgica de celebrar tratados internacionales o instrumentos internacionales, así como la expedición de leyes generales reguladoras de normas de Derecho internacional privado.

El Reglamento número 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 (en lo sucesivo "Reglamento Sucesorio Europeo" o "el Reglamento"), es un ejemplo de la creación de disposiciones conflictuales que permiten prever y resolver ordenadamente fenómenos sucesorios globales.

^{*} Abogado por la Escuela Libre de Derecho. Titulado con la tesis profesional "Sucesiones Internacionales e Interfederativas. El Juez, el Notario y el Cónsul". Profesor adjunto y sinodal de la materia de Derecho Internacional Privado en la Escuela Libre de Derecho. Autor de diversos estudios en materia de sucesiones transfronterizas. Actualmente abogado dedicado a la carrera notarial.

¹ A manera de ejemplo, la actividad notarial en España se ha visto en la necesidad de incrementar su conocimiento en materia de derecho internacional privado y derecho comparado, especialmente después de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fechas 15 de febrero de 2016, 5 de enero de 2017 y 17 de Febrero de 2017.

País	Residentes en México ²	Mexicanos residiendo en él ³
Alemania	8,878	1,497
Austria	666	1,238
Bélgica	1,072	1,436
Bulgaria	270	10
Chequia	370	479
Chipre	18	68
Croacia	169	32
Eslovaquia	179	206
Eslovenia	24	41
España	18,551	51,140
Estonia	18	41
Finlandia	283	689
Francia	9,376	2,872
Grecia	145	883
Hungría	303	710
Italia	5,679	4,127
Letonia	32	19
Lituania.	46	24
Luxemburgo	16	163
Malta	9	N/D
Países Bajos	1,509	5,985
Polonia	832	504
Portugal	504	501
Rumanía	375	173
Suecia	633	2,469
Total	49,957	75,310

² Estadísticas obtenidas del Instituto Nacional de Migración al año 2009. Puede consultarse en el link que se encuentra a continuación: http://www.politicamigratoria.gob.mx/work/models/SEGOB/CEM/PDF/Estadisticas/Poblacion_Extranjera/ExtranjerosResMex.pdf. Consultado el 1 de Mayo de 2019.

³ Estadísticas obtenidas del Instituto de Mexicanos en el Exterior al año 2016. Puede consultarse en el link que se encuentra a continuación: http://www.ime.gob. mx/gob/estadisticas/2016/mundo/continente/europa/general_europa.html. Consultado el 1 de Mayo de 2019.

A fin de dotar de contenido práctico la presente disertación, especialmente por la alta probabilidad de que el inevitable fallecimiento de estas personas genere supuestos de sucesiones internacionales, presento en la tabla anterior algunas estadísticas relativas a la cantidad de nacionales de los países de la Unión Europea participantes en el Reglamento Sucesorio Europeo que residen en México, así como de los mexicanos que radican en dichas naciones.

Dichas cifras fungen como una mera aproximación a la realidad del fenómeno, pues no se consideran migrantes ilegales, descendientes que adquieren nacionalidad por ius soli o naturalizados. Además, también se puede presentar el caso de nacionales mexicanos, residentes en este territorio, con riqueza mobiliaria o inmobiliaria en la Unión Europea, o viceversa.

El presente trabajo tiene como propósito demostrar la importancia del estudio del Reglamento Sucesorio Europeo, especialmente para poder prever o resolver situaciones que nos sean planteadas por los solicitantes de nuestros servicios, que tengan puntos de conexión con países participantes del mismo o de nacionales de dichas entidades que tengan puntos de contacto con México.

2. Presupuestos

Con la finalidad de desarrollar la exposición de manera fluida, doy por presupuestos los siguientes puntos:

- (i) Tanto los jueces, los notarios y los cónsules, son operadores jurídicos que deben aplicar las normas de Derecho internacional privado en materia sucesoria;
- (ii) Los jueces tienen competencia territorial en función a 3 criterios subsidiarios localizados en la fracción V del artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es decir, el último domicilio, a falta el de la ubicación de los bienes raíces y a falta el del lugar de defunción.

No obstante lo expresado, "(...) la competencia del Juez por el lugar de ubicación de los bienes, se actualiza cuando no exista o no esté demostrado que el de cujus tenga su domicilio en territorio mexicano, y los bienes raíces de la herencia se encuentren ubicados dentro del país (...)".4

⁴ Tesis aislada número 161959 emitida por el Tercer Tribunal Colegiado en materia Civil del Primer Circuito bajo el rubro "Sucesión. Competencia por el lugar de

Es decir, a fin de favorecer la ejecución de las sentencias se le brinda mayor efectividad al "foro patrimonial";

- (iii) De conformidad con los artículos 180 y 181 de la Ley del Notariado para la Ciudad de México, la competencia territorial notarial en las sucesiones intestamentarias depende de que en la Ciudad de México se encuentre el último domicilio o uno o la mayor parte de los bienes del autor de la sucesión (sin distinguir de qué tipo). En sucesiones testamentarias no existe ningún criterio de competencia territorial con base en el principio de libre elección de notario (artículo 30 Ley del Notariado para la Ciudad de México);
- (iv) La competencia de los cónsules en materia sucesoria se limita al otorgamiento de testamentos y actos de repudiación de herencias. Para efectos del presente artículo nos enfocaremos en el primero de estos actos; y
- (v) La ley aplicable al fondo de una sucesión es la vigente en el último domicilio del autor de la sucesión (13 fracción II del Código Civil Federal ("CCF" en lo sucesivo)). El contenido estrictamente testamentario se regirá por el derecho del lugar de otorgamiento de la disposición *mortis causae* (artículo 1593 CCF). No existe excepción a este régimen, por lo que no se considera la alternativa de pactar el Derecho aplicable.⁵

3. Reglamento sucesorio europeo

3.1. Introducción

El 27 de julio de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el Reglamento número 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

UBICACIÓN DE LOS BIENES, CUANDO NO SE ACREDITE EL DOMICILIO DEL DE CUJUS, EN TERRITORIO NACIONAL".

⁵ Para un estudio más profundo sobre la ley aplicable a las sucesiones puede consultarse Orozco González, Jorge, *La ley aplicable a las sucesiones mortis causae en los conflictos internacionales e interfederativos*, Retos Actuales del Derecho Internacional Privado, Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado (22-23 Octubre 2015), México, Páginas 193 a 207.jhttps://www.cjf.gob.mx/transparencia/resources/hrt/A70/FXLI/2017/C3/004_RetosActualesDerechoItlPrivado1aImp.pdf. Consultado el 1 de Mayo de 2019.

mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo, mismo que aplicará únicamente para las sucesiones abiertas a partir del día 17 de agosto de 2015, siendo de lo contrario aplicable el régimen interno de cada una de las entidades.⁶

El Reglamento se encuentra vigente en los siguientes 25 países: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chequia, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumanía y Suecia. No son parte el Reino Unido, Irlanda ni Dinamarca, por lo que para efectos del mismo son considerados como terceros Estados.

3.2. Síntesis

A lo largo de sus 83 artículos, el Reglamento prevé una multiplicidad de supuestos; sin embargo, haré una breve descripción de los 10 puntos más relevantes para efectos de nuestro estudio:

(i) Regula la competencia territorial de los "tribunales" en función a la última residencia del difunto, entendiendo por tales, no solo a los miembros del Poder Judicial, sino a los operadores que ejerzan funciones materialmente jurisdiccionales (artículo 4). En caso de que un operador no sea considerado "tribunal", su competencia se regulará por disposiciones internas. Cada país debe enviar un listado de los operadores que se comprenden bajo el concepto de "tribunal". A manera de ejemplo, España considera que notario no es parte de dicha categoría.

No obstante ello, si el Derecho aplicable es el de un Estado miembro, las partes pueden acordar la competencia exclusiva de un tribunal (artículo 5).

(ii) El Reglamento regula el "estatuto sucesorio" en el artículo 23, comprendiendo: a) las causas, el momento y el lugar de apertura de la sucesión; b) la determinación de los beneficiarios, de sus partes alícuotas respectivas y de las obligaciones que pueda haberles impuesto el causante, así como la determinación de otros derechos sucesorios, incluidos los derechos sucesorios del cónyuge o la pareja supérstites; c) la capacidad para suceder; d) la desheredación y la incapacidad de suceder

⁶ Las entidades aplicarán sus disposiciones internas cuando la sucesión no tenga tintes internacionales. Al no existir una definición clara de dicho concepto, dependerá del operador, en función a los elementos personales y reales del caso, determinar si se trata de una herencia de este tipo.

por causa de indignidad; *e*) la transmisión a los herederos y, en su caso, a los legatarios, de los bienes, derechos y obligaciones que integren la herencia, incluidas las condiciones y los efectos de la aceptación o renuncia de la herencia o del legado; *f*) las facultades de los herederos, de los ejecutores testamentarios y otros administradores de la herencia, en particular en orden a la venta de los bienes y al pago de los acreedores; *g*) la responsabilidad por las deudas y cargas de la herencia; *h*) la parte de libre disposición, las legítimas y las demás restricciones a la libertad de disposición mortis causa, así como las reclamaciones que personas próximas al causante puedan tener contra la herencia o los herederos; *i*) la obligación de reintegrar o computar las donaciones o liberalidades, adelantos o legados a fin de determinar las cuotas sucesorias de los distintos beneficiarios, y *j*) la partición de la herencia.

- (iii) Sobre este punto, salvo que exista designación de Derecho aplicable, la ley reguladora del fondo de la sucesión será la de la última residencia del causante, entendida según nuestro Derecho también como último domicilio⁷ (artículo 21.1).
- (iv) De forma excepcional, si el causante mantenía vínculos manifiestamente más estrechos con un Estado distinto del de su residencia habitual, aplicará dicha ley (artículo 21.2). Esta disposición es particularmente útil para nuestros efectos, tal como se verá más adelante.
- (v) Existe la posibilidad de que el testador designe la ley de su nacionalidad como aplicable al fondo de su sucesión (*professio iuris*). Esta designación debe constar en forma de disposición *mortis causae*, sin ser necesario que se otorgue como tal en un testamento, inclusive, puede ser implícita (artículo 22).

Es importante reiterar que se está acordando la ley aplicable a la sucesión, y no solamente al testamento, por lo que la designación, explícita o implícita, es válida inclusive en las sucesiones intestamentarias.

⁷ Es interesante el contenido del artículo 34, ya que establece como imperativo el uso del reenvío siempre que la residencia habitual se encuentre en un tercer estado y se trate de un reenvío de primer o segundo grado, en este último caso solo si el tercer país haría aplicable su propia ley. Este reenvío no es aplicable al derecho que rija el fondo del testamento, en el supuesto en el que se designe derecho aplicable en el testamento, ni en caso de que se aplique el derecho del lugar con el cual el difunto tenía vínculos más estrechos. La finalidad de la presente disposición es procurar armonizar las distintas leyes aplicables. Para profundizar en el tema se sugiere la lectura de Carrascosa González, Javier, *Reenvío y Reglamento Sucesorio Europeo*, Revista Chilena de Derecho Internacional Privado, Chile, número 4, Año IV, https://docs.wixstatic.com/ugd/6a2b57_67b979dcbf974232ba19b9ba9987ef7b.pdf. Consultado el 1 de Mayo de 2019.

(vi) El artículo 26 determina el contenido del "estatuto testamentario", rigiendo los siguientes supuestos: a) la capacidad del disponente para realizar la disposición mortis causae; b) las causas específicas que impidan al disponente disponer en favor de determinadas personas o que impidan a una persona recibir bienes sucesorios de aquel; c) la admisibilidad de la representación a efectos de realizar una disposición mortis causa; d) la interpretación de la disposición mortis causa; e) el fraude, la coacción, el error o cualquier otra cuestión relativa al consentimiento o a la voluntad del disponente.

En mi opinión, las legítimas no son parte del estatuto testamentario, tal como se puede apreciar de la lectura del artículo 23.2 inciso h).

(vii) Los supuestos a que se refiere el punto anterior se regirán en primer lugar por la ley designada por el testador, siempre que sea la de su nacionalidad en los mismos términos del artículo 22 (artículo 24.2); de lo contrario, se regirá por la ley que sería aplicable si el testador hubiere fallecido en ese momento, es decir, por la ley de la residencia que tuviere en ese momento o por el punto de conexión con el que el causante tuviere vínculos más estrechos (artículo 24.1). A esto se le ha llamado doctrinalmente "ley anticipada o hipotética".

(viii) De conformidad con el artículo 27.1, una disposición *mortis causae* será válida en cuanto a su forma si fue otorgada de conformidad con cualquiera de los siguientes derechos: a) el del Estado donde la otorgó; b) el del Estado de su nacionalidad al otorgamiento o al fallecimiento; c) el correspondiente al domicilio-residencia habitual del testador al otorgamiento o fallecimiento; y d) respecto a bienes inmuebles, si es válido en el lugar donde se encuentran situados.

Como se puede apreciar, el Reglamento recoge el principio de favor testamentii en términos semejantes a lo establecido en el artículo 10. de Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, disposición que vale la pena tener en cuenta en virtud de que se encuentra en vigor para más países que el Reglamento.

(ix) El Reglamento prevé la existencia de un certificado de heredero que permite acreditar en los Estados miembros el carácter de causahabiente por causa de muerte con mayor sencillez (capítulo VI).

⁸ El artículo 27.3 equipara a cuestiones formales las disposiciones relativas a edad, nacionalidad o cualquier otra condición personal del testador o a la necesidad de testigos.

(x) En todos los casos, la ley aplicable puede ser la de cualquier país, incluso la de aquellos que no son parte del Reglamento (artículo 20).

4. Repercusiones en México

Como se puede apreciar el Reglamento regula casi la totalidad de los aspectos de una sucesión,⁹ en algunas ocasiones usando múltiples conexiones, por lo que quisiera detenerme en los siguientes puntos en donde considero puede resultar útil su conocimiento, ya sea porque una sucesión se tramite en México para su ejecución en la Unión Europea, o en caso de que se tramite en alguno de dichos países para su ejecución en territorio nacional:

(i) Se abre el abanico para la posibilidad de aplicación de Derecho mexicano al permitir al difunto la designación del Derecho de su nacionalidad como Derecho aplicable, situación que puede ser útil para mexicanos que testen en Europa, temerosos de disposiciones incompatibles con las nacionales, como son las asignaciones forzosas o "cuotas legítimas" o la responsabilidad ilimitada de los herederos en ciertos países. ¹¹Se recomienda designar el Derecho aplicable incluyendo la entidad específica, no solo el país.

También podrá tener aplicación el Derecho mexicano en función a los criterios de residencia habitual o por ser el derecho del país con el cual el difunto tenía mayores vínculos.

- (ii) Se le da mayor importancia a la residencia habitual, por lo que es importante cuidar el domicilio que se declara al otorgamiento de testamento, en instrumentos públicos o al declarar el del difunto en el acta de defunción.
- (iii) No considero que los acuerdos de elección exclusiva de foro (artículo 5.1) sean oponibles a autoridades u operadores nacionales, especialmente porque más adelante el indicado artículo regula la obligación de abstenerse por parte de los Estados miembros; es decir, circunscribe su aplicación a los Estados miembros.

⁹ Entre otras cosas, no regula la entrega de los bienes ni la inscripción de los mismos en registros.

De la lectura del considerando número 38 de la exposición de motivos del Reglamento se desprende que dicha designación es válida para lograr el propósito indicado sin que constituya fraude a la ley.

¹¹ Hasta donde tengo conocimiento ningún país impone la responsabilidad *ultra vires*, aunque es posible aceptarla.

(iv) Existe la posibilidad de "fraccionar" una sucesión en caso de que existan bienes en un tercer Estado, y a instancia de alguna de las partes se solicite la abstención de deliberación con respecto a los mismos por el temor de que no se declare ejecutiva la resolución en la materia (artículo 12.1).

En este caso, es posible que se solicite al juez que conozca de una sucesión únicamente por algún bien, debiendo, en mi opinión, reconocer hasta donde sea posible las resoluciones genéricas otorgadas previamente, especialmente las declaraciones de herederos y/o administradores de la herencia. Lo anterior es especialmente útil para saber en qué país es conveniente denunciar la sucesión.

- (v) Es importante conocer los criterios de competencia territorial para el caso de ejecución en territorio nacional, especialmente por lo que se refiere a la que está prevista para los "tribunales" y la interna prevista para los operadores que no tengan ese carácter.
- (vi) Por lo que se refiere al reconocimiento y ejecución de resoluciones, el capítulo respectivo no es aplicable a las que provengan de terceros Estados.
- (vii) Por último, no tienen efecto en México los certificados sucesorios que se expidan al amparo del Reglamento, ya que están destinados para su circulación en los países que se han adherido al indicado reglamento (artículo 62.1). Es importante recalcar que los mismos no sustituyen los procesos internos destinados a la acreditación del carácter de causahabientes (artículo 62.3)

5. Posible aplicación en México

5.1. El reenvío en México

Tratándose de una norma que contiene normas conflictuales, el Reglamento puede ser utilizado por operadores mexicanos a través de reenvío. Repasemos brevemente su regulación en el Código Civil Federal.¹²

Artículo 14.—En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:(...)

¹² Llama la atención que el reenvío no se encuentra regulado en la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, a diferencia de gran parte de los demás supuestos del artículo 14 citado.

II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer estado; (...)

El reenvío, como herramienta excepcional en manos del operador jurídico, nos permite hacer una remisión a las normas conflictuales del Derecho del país cuyas normas han sido designadas como aplicables. Es decir, en vez de acudir a las normas materiales del Estado de recepción, el operador mexicano hará uso de sus normas de conflicto siempre y cuando ellas a su vez conduzcan al derecho sustantivo mexicano (reenvío de primer grado) o de un tercer Estado (reenvío de segundo grado).

El artículo no define cuáles son esas condiciones excepcionales, aunque en opinión de quien escribe, dichas circunstancias encuentran su origen en la falibilidad de la norma de conflicto con relación a las miras que persigue, corrigiendo su operación a fin de obtener la correcta y adecuada localización del Derecho aplicable en esos casos especiales.

En el mismo sentido Frisch, González y González opinan que

(...) esta "especialidad" puede presentarse en varias formas esencialmente distintas, así la liga especialmente estrecha del caso con determinado orden jurídico A, en cuyo favor deberán aplicarse normas conflictuales de un derecho extranjero B que conduzcan como puente de reenvío a la aplicación sustantiva del orden jurídico A como una posibilidad, o que la finalidad de la norma remisoria corresponda a los efectos de un reenvío, por ejemplo la protección de menores ampliamente expresada en una ley sustantiva alcanzable por dicho reenvío "excepcionalmente" aplicable según la distinción citada, por la otra. 13

Silva también considera que la armonización de las soluciones puede ser una de las justificaciones. 14

Descarto la aplicación del reenvío según la "foreign court theory", en donde el operador mexicano también utiliza las normas de reenvío del Estado cuyo Derecho originalmente se hace aplicable.¹⁵

15 Idem.

¹³ Frisch Philipp, Walter, González Quintanilla, José Arturo y González Elizondo, José Arturo, Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional, 3a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 97.

¹⁴ Silva, Jorge Alberto, Aplicación de normas conflictuales. La aportación del juez, México, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez y Fontamara, México, 2010, p. 239.

Por último, la escasa aplicación del reenvío en nuestro país no es óbice para su empleo, por lo que la exposición que se hace a continuación se encuentra completamente amparada por el texto legal del indicado dispositivo legal.

5.2. Utilidad en la aplicación del Reglamento a través de reenvío

Partiendo de que existe competencia territorial para el juez o notario mexicano y encontrándose el último domicilio del difunto en alguno de los países en donde se encuentra en vigor el Reglamento, ¿en qué casos es posible y a la vez aconsejable utilizar el reenvío?

Aunque el Reglamento y el CCF son coincidentes en prever como punto de conexión para la determinación de la ley aplicable al fondo de la sucesión la de la última residencia del causante, lo que haría inútil el reenvío, el Reglamento permite hacer excepción a lo anterior en caso de que el centro principal de intereses del difunto se encuentre en lugar diverso (artículo 21.2).

Lo anterior quiere decir que, en atención al principio de efectividad, y siempre que se acrediten las condiciones excepcionales correspondientes, se podrá usar el reenvío para hacer aplicable el Derecho mexicano o el Derecho de un tercer país en tanto esté concentrada en alguno de esos lugares la mayor cantidad de intereses sucesorios.

Vale la pena resaltar que considero inaplicable, al hacer uso del reenvío, lo dispuesto por el artículo 36.1 del Reglamento en materia de remisión a sistemas plurilegislativos, es decir, aquel sistema de remisión subsidiaria por el cual se acude a las normas conflictuales internas del país de remisión, para que ellas señalen la entidad específica cuya ley será empleada. Me parece que la expresión "a falta" que reza al inicio de la fracción 2 debe entenderse en caso de que no exista dicha norma, o de que el propio país haya cedido su aplicación, como sería en el caso en donde el propio CCF considera aplicable por reenvío el Reglamento. Lo anterior conduciría nuevamente al Estado con el cual el causante mantenía vínculos más estrechos de acuerdo con el indicado artículo 36.2.16

¹⁶ Para profundizar en el tema considero indispensable la lectura de los siguientes textos: Quinzá Redondo, Pablo y Christandl, Gregor, Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, España, número 3, 2013. http://www.indret.com/pdf/992.pdf; Consultado el 1 de Mayo de 2019 y Álvarez González,

A continuación, enuncio algunos de los supuestos donde puede resultar útil hacer uso de la indicada herramienta, principalmente en aras de emplear el reenvío de retorno para aplicar Derecho mexicano:

- (i) En casos donde sea conveniente determinar como Derecho aplicable el mexicano, por encontrarse en nuestro territorio la totalidad o la mayoría de bienes o intereses patrimoniales que integran el acervo hereditario.¹⁷
- (ii) En supuestos donde exista poco arraigo con el domicilio, por ejemplo, por residencias recientes, las generadas por motivos laborales, las forzadas o donde existieren varias de difícil determinación.
 - (iii) Si el Derecho aplicable prevé el fraccionamiento de la sucesión.
- (iv) Si del análisis de las circunstancias se desprende la utilidad de someter a un mismo régimen el fondo del testamento y el de la sucesión. Pensemos en el caso donde se otorgó testamento en el extranjero sin que el testador tuviere conocimiento de las disposiciones de dicha entidad, y se encontrara domiciliado en territorio nacional. En este supuesto se está haciendo uso del reenvío para hacer aplicable la norma de conflicto prevista en el artículo 24.1 del Reglamento, en lugar de la prevista en el artículo 1593 del CCF.
- (v) Si con ello se conservan principios elementales de nuestro Derecho sucesorio, por ejemplo, para evitar la responsabilidad ilimitada de los herederos o la imposición de cuotas forzosas distintas de los alimentos (las llamadas "cuotas legítimas"¹⁸).
- (vi) Para obtener mayor armonización con las demás circunstancias del caso, por ejemplo, con las normas relativas a la liquidación del fondo conyugal o por encontrarse en esta entidad un concurso o quiebra del difunto.

No omito mencionar que todo lo expuesto es aplicable, además de a las normas conflictuales de producción interna de otro país, a otros

Santiago, El Reglamento 650/2012, sobre Sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos", Revista de Derecho Civil, España, Volumen II, número 4 (octubre-diciembre 2015), pp. 7-28. http://www.nreg. es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/175/130. Consultado el 1 de Mayo de 2019.

¹⁷ Véase al efecto Lorente Martínez, Isabel, *La Sentencia Del Tribunal Supremo* De 12 De Enero De 2015. Derecho Sucesorio Internacional Y Lectura Económica Del Reenvío, Cuadernos de Derecho Transnacional, España, Volumen 7, Número 2, pp. 466-475.https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/2797/1578. Consultado el 1 de Mayo de 2019.

¹⁸ Que además se encuentran asociadas con instituciones como la colación hereditaria, desconocidas en nuestro sistema.

tratados que contienen disposiciones en materia sucesoria, como los Tratados de Montevideo de 1889 y 1940, en vigor para Argentina, Bolivia, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay (el último de ellos aplicable únicamente para Argentina, Paraguay y Uruguay). 19

6. Conclusión

Ante la entrada en vigor del Reglamento Sucesorio Europeo, y por la especial cercanía que guarda México con gran parte de la Unión Europea, es indispensable allegarnos de su contenido y prever las implicaciones que puede tener en las sucesiones que se nos encomienda planear, administrar, resolver o ejecutar. En casos excepcionales, podremos hacer uso del mismo a través de reenvío.

7. Bibliohemerografía

- Álvarez González, Santiago, El Reglamento 650/2012, sobre Sucesiones, y la remisión a un sistema plurilegislativo: algunos casos difíciles o, simplemente, llamativos", Revista de Derecho Civil, España, Volumen II, número 4 (octubre-diciembre 2015), pp. 7-28. http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/viewFile/175/130
- Calvo Vidal, Isidoro Antonio, El reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones, Bitácora Millennium DIPr, Revista 1, http://www.millennium-dipr.com/ba-6-el-reenvio-en-el-reglamento-ue-650-2012-sobre-sucesiones
- Carrascosa González, Javier, Reenvío y Reglamento Sucesorio Europeo, Revista Chilena de Derecho Internacional Privado, Chile, número 4, Año IV, https://docs.wixstatic.com/ugd/6a2b57_67b979dcbf974232ba19b9ba9 987ef7b.pdf
- Espiñeira Soto, Inmaculada, El reenvío en el Reglamento Europeo de Sucesiones. https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/doctrina/articu los-doctrina/el-reenvio-en-el-reglamento-europeo-de-sucesiones/
- Frisch Philipp, Walter, González Quintanilla, José Arturo y González Elizondo, José Arturo, Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional, 3a. ed., México, Porrúa, 2005.
- Lorente Martínez, Isabel, La Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2015. Derecho Sucesorio Internacional y lectura económica del reenvío. Cuadernos de Derecho Transnacional, España, Volumen 7, Número 2, pp. 466-475. https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/viewFile/2797/1578

¹⁹ Los artículos 44 y 45, de idéntico contenido, regulan el foro patrimonial con mayor rigor, por lo que en ciertas ocasiones también puede ser útil.

- Quinzá Redondo, Pablo y Christandl, Gregor, Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español, Indret, Revista para el Análisis del Derecho, España, número 3, 2013. http://www.indret.com/pdf/992.pdf
- Silva, Jorge Alberto, *Aplicación de normas conflictuales. La aportación del juez*, México, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez y Fontamara, México, 2010.

Índice

Parte I

Ponencias magistrales

El rol del Derecho internacional privado como garante del derecho humano fundamental de acceso a la justicia efectiva

CECILIA FRESNEDO DE AGUIRRE

1. Un rol básico del Derecho internacional privado: garantizar	
el derecho de acceso a la justicia	3
2. Normas de jurisdicción internacional	6
2.1. La jurisdicción en el Derecho internacional privado	6
2.2. Foros generales y especiales	9
A. El domicilio del demandado —actor sequitur forum rei	9
B. El criterio Asser	11
2.3. Equilibrio entre intereses opuestos	14
A. Los derechos del actor y del demandado	14
B. Justicia en el caso concreto y certeza jurídica	14
2.4. Foros de protección	17
2.5. Foro de necesidad	18
3. Las llamadas jurisdicciones exorbitantes	21
4. ¿Es posible calificar <i>a priori</i> un foro como razonable o exorbitante?	22
4.1. ¿Existen algunos foros que sean exorbitantes per se?	22
4.2. Ejemplos de uso razonable de foros que generalmente son	
calificados como exorbitantes	23
A. Foro del domicilio del actor	23
B. Forum arresti	24
4.3 Remedios para el uso exorbitante de la jurisdicción	25
A. El orden público internacional	26
B. El forum non conveniens	26
C. El no reconocimiento de sentencias extranjeras dictadas	
por tribunales que ejercieron la jurisdicción de manera	
exorbitante	30
5. Conclusiones	30
6. Bibliohemerografía	31

Eduardo Picand
La prohibición de reconocimiento de divorcios no judiciales en Chile
Camila Fernanda Quintana Castillo
1. Introducción
obtenidos en el extranjero
por una vía no judicial
5. Implicancias en el derecho de no reconocer en Chile los divorcios administrativos y notariales obtenidos en el extranjero
7. Bibliohemerografía
Parte II
El proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, aspectos internacionales a considerar
Cuestiones de competencia judicial que deberán incorporarse al nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares
Francisco José Contreras Vaca
Introducción
y Familiares

2.2. Reconocimiento de la competencia asumida por las autoridades extranjeras (competencia indirecta)	77 78
Desarrollos en el Derecho internacional privado, nuevas tecnologías y el proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares. Una ventana de oportunidad para la armonización normativa	

1. Introducción y antecedentes	79
2. Apostillas	83
3. Cooperación procesal internacional	85
4. Información sobre el derecho extranjero	88
5. Conclusión	90
6. Bibliohemerografía	90
Anexo	92
Problemas que afectan la regulación de la adopción internacional en el ordenamiento jurídico mexicano	
HAYDÉE V. BARRIOS QUEVEDO	
1. Consideraciones generales	101
2. Inicios de la regulación de la adopción nacional e internacional,	
en México	102
2.1. Legislación civil promulgada en el marco de la Constitución	
de 1857	102
2.2. Legislación civil promulgada en el marco de la Constitución	
de 1917	
3. La regulación de la adopción en México: efectos jurídicos y prácticos	
4. Conclusiones	112
5. Bibliohemerografía	114
Apuntes en torno a la regulación de la cooperación procesal internacional en el pretendido Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares	
Carlos Enrique Odriozola Mariscal	
1. El foro denominado "Diálogos por la justicia cotidiana"	115
2. La reforma constitucional en materia de justicia cotidiana	
3. El Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares3.1. Iniciativa del PRI para el Código Nacional de Procedimientos	
Civiles y Familiares	120

400	Índice

3.2. Iniciativa del PAN para el Código Nacional de Procedimientos Familiares	121
4. Los retos del nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles	
y Familiares	
5. Bibliohemerografía	130
Parte III	
Arbitraje comercial internacional	
y mecanismos alternativos de solución de controversias	
Alternate dispute resolution means. Use and effectiveness in Private International Law	
Juan Ilich Pérez García	
 Introduction	136 137 137 138 139 139 140
10. Final Comments	
11. Proposal	
12. References	144
¿Ser o no ser?, ese es el dilema. La remisión al arbitraje cuando hay cuestionamientos sobre el acuerdo arbitral	
Francisco González de Cossío	
1. El dilema de compétence 2. Compétence en México. 2.1. Tropiezo remediado 2.2. Asimilación 2.3. Compétence a prueba 3. Conclusión: ¿ser o no ser?: ese es el dilema	151 152 155 156

Medios alternos de solución de conflictos en el Derecho mercantil Armida Ramírez Dueñas	l
1. Introducción	159
2. Una mirada a la teoría general del conflicto	
3. Problemas actuales del acceso a la justicia	
4. Ventajas de la conciliación y la mediación en la administración	
de justicia	
5. Procedimientos orales mercantiles	
6. Conclusiones	
7. Bibliohemerografía	173
La mediación en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado	
María Elena Mansilla y Mejía	
1. Consideraciones previas	175
2. Aspectos generales de la mediación	
2.1. Antecedentes	
2.2. ¿Qué es la mediación?	177
2.3. Naturaleza jurídica de la mediación	177
2.4. Principios de la mediación	178
2.5. Clases de mediación	
2.6. Estándares mínimos de formación de los mediadores	
2.7. Las partes	
2.8. Características del mediador	
2.9. Principios del mediador	182
2.10. Mecanismos de la mediación	
2.11. El acuerdo: resultado de una correcta mediación	
2.12.¿Cómo debe ser el acuerdo?	
2.13. Áreas de aplicación de la mediación	105
2.14. Principios generales internos e internacionales del procedimiento de mediación	196
3. Mediación familiar en la Constitución Política de los Estados	100
Unidos Mexicanos	187
4. Convención de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción	107
internacional de menores de 1980	197
4.1. Guía de Buenas Prácticas, en virtud del Convenio de La Haya,	107
de 25 de Octubre de 1980, sobre los aspectos civiles de la	
sustracción internacional de menores	188
4.2. Mediación internacional, naturaleza jurídica de la mediación	100
del Convenio de 1980	188
4.3. Proceso de Malta	188
A. Modelos y métodos de mediación	189
B. Procedimiento de mediación en el proceso de Malta	189

402 Índice
4.4. Acuerdo de mediación y sentencia de restitución1925. Conclusiones1936. Bibliohemerografía193
Procedimiento derivado de la Ley Modelo sobre Conciliación Comercial Internacional
ARTURO GONZÁLEZ CORTÉS
1. Introducción1952. Ámbito de aplicación1953. Interpretación1964. Inicio del procedimiento de conciliación1965. Designación de conciliadores1976. Sustanciación de la conciliación1977. Terminación del procedimiento de conciliación1988. Conclusiones1989. Bibliohemerografía198
Panorama del arbitraje de inversión.
Caso de Argentina, Ecuador y México
Francisco Jesús Goytortúa Chambon
1. El arbitraje de inversión como garantía al desarrollo económico
Parte IV
Cooperación procesal internacional en materia de protección de menores
Cooperación procesal internacional en materia de protección de menores RAÚL HORACIO ARENAS VALDÉS
1. Introducción

Índice	403
 2.1. Sistema continental europeo	. 219
de menores	. 220
5. Las limitaciones de los sistemas de protección nacionales	
6. Conclusión	
7. Bibliohemerografía	. 226
Convenio de La Haya de 1980 y su articulación con el de 1996, colaboran en un sistema que potencializa aspectos en reconocimiento, ejecución y cooperación en materia internacional BLANCA COLMENARES SÁNCHEZ	
	227
Introducción	
sustracción y retención internacional de infantes	
4. Competencia	
5. Transferencia de competencias	
6. Medidas en caso de urgencia	
7. Ley aplicable, cooperación, reconocimiento y ejecución	
8. Cooperación, derecho de contacto y medios alternos de solución	
de conflictos	
9. Vinculación de los convenios con los sistemas estatales	
10. Conclusiones11. Bibliohemerografía	
11. bibliolicilici ografia	. 240
Parte V	
Técnicas de reproducción humana asistida y DIPr	
Hacia una regulación en México sobre la gestación por sustitución a partir de los criterios judiciales más recientes en la materia	
Rosa Elvira Vargas Baca	
Introducción	. 245
competencias estatales y federales sobre el tema	. 246

404	Índice
3. La regulación estatal en México de la gestación por sustitución 4. Los criterios judiciales sobre la temática	254 257 259 260
Problemas de Derecho internacional privado en la responsabilidad civil médica en materia de reproducción asistida	
Elí Rodríguez Martínez	
1. Introducción	263
2. Responsabilidad civil derivada del empleo de las técnicas de reproducción asistida	265
3. Problemas de Derecho internacional privado: foro competente	
y Derecho aplicable	
3.1. Problemas de competencia judicial	
A. En el Derecho nacional	
B. En el Derecho internacional	
A. En el Derecho nacional	
B. En el Derecho internacional	
4. Conclusiones	
5. Bibliohemerografía	
Parte VI	
Nuevas tecnologías y su impacto en el DIPR	
Contratos inteligentes y su impacto en el Derecho internacional privado	
Wendolyne Nava González	
1. Introducción	285
2. Características de los contratos inteligentes	286
3. Aplicación de los contratos inteligentes en el Derecho internacional	
privado	
4. Retos de los contratos inteligentes	
5. Conclusión	
6. Bibliohemerografía	293

Índice 405

Las nuevas tecnologías y el Convenio Iberoamericano
sobre el uso de la videoconferencia

Erick Armando Pérez Venegas	
1. Introducción	295
2. Convenio Iberoamericano sobre el uso de la videoconferencia	
y su Protocolo Adicional	
3. Las cuestiones jurídicas	
3.1. Fortalecer la cooperación internacional	
3.2. La importancia de incrementar las nuevas tecnologías	
3.3. La forma y tramitación de las solicitudes	303
3.4. La cooperación mutua en materia civil, comercial, penal e incluso otras materias	304
4. Conclusiones	
5. Bibliohemerografía	
5. Diolionemerografia	500
Parte VII	
Temas selectos de Derecho internacional privado y comparado	
Algunas notas sobre la teoría de la incorporación	
del derecho extranjero	
Jorge Alberto Silva	
1. Introducción	311
2. Un primer acercamiento	
2. On primer acercannento	312
3. La lex loci factum	315
•	315
3. La lex loci factum	315 318 319
 3. La lex loci factum	315 318 319 320
 3. La lex loci factum	315 318 319 320
 3. La lex loci factum	315 318 319 320 321
 3. La lex loci factum	315 318 319 320 321
 3. La lex loci factum	315 318 319 320 321 322 322
 3. La lex loci factum	315 318 319 320 321 322 322 322
 3. La lex loci factum	315 318 319 320 321 322 322 322 323
 3. La lex loci factum	315 318 319 320 321 322 322 323 323
 3. La lex loci factum	315 318 319 320 321 322 322 323 323 323 324
 3. La lex loci factum	315 318 319 320 321 322 322 323 323 324 324
3. La lex loci factum	315 318 319 320 321 322 322 323 323 324 324 325

7. Aplicación e incorporación del orden jurídico extranjero. Algunos ejemplos ilustrativos	333
La costumbre internacional, a la luz del último informe de la Comisión Jurídica de las Naciones Unidas	
LEONEL PEREZNIETO CASTRO	005
 Introducción El Quinto Informe del Comité de Derecho Internacional de las N.U en su Séptima sesión celebrada en Nueva York del 30 de abril-1 de la comité de la c	
junio 2018 y Ginebra, 2 julio-10 de agosto de 2018	
4. Bibliohemerografía	
La Ley de Derecho Internacional Privado venezolana. A veinte años de su entrada en vigencia	
SORILY CAROLINA FIGUERA VARGAS	
1. Antecedentes históricos de la Ley de Derecho Internacional Privado	
venezolana	343
2. Metodología y contenido de la LDIPV	347
2.1. Disposiciones Generales	348
A. Prelación de fuentes	348
B. Aplicación del Derecho extranjero y ordenamientos jurídicos	
complejos	
C. Instituciones generales en la LDIPV	
2.2. Domicilio	
2.3. Personas	
2.4. Familia	
2.5. Bienes	
2.6. Obligaciones	
2.7. Sucesiones	
2.8. Forma y prueba de los actos	
2.9. Jurisdicción y competencia	360
2.10. Eficacia de las sentencias extranjeras	
2.11.Procedimiento	304
3. Algunas sentencias recientes del Tribual Supremo de Justicia de Veneguela fundamentados en la LDIRV	267
de Venezuela fundamentadas en la LDIPV	366
4. Conclusiones	
5. Bibliohemerografía	368

Índice 407

Las obras artísticas en el campo de los derechos de autor en el ámbito internacional

PEDRO	CARRILLO	TORAL
-------	----------	-------

TEDRO CARRIELO TORAL	
1. Introducción	371
2. Derechos patrimoniales	372
2.1. Caso real	
3. Transmisión de derechos	
3.1. Caso real	375
4. Limitaciones a los derechos de autor	376
4.1. Caso real	376
5. Reserva de derechos	377
5.1. Algunos casos reales	377
A. Caso Banda Limón	377
B. Caso Sonora Santanera	378
6. Conclusión	380
7. Bibliohemerografía	381
El reglamento sucesorio europeo. Repercusiones y posible aplicación en México	
Jorge Orozco González	
1. Introducción	383
2. Presupuestos	
3. Reglamento sucesorio europeo	
3.1. Introducción	
3.2. Síntesis	387
4. Repercusiones en México	390
or a colore uprioueloss on a recinco vivivivivivivivivivivivivivivivivivi	391
5.1. El reenvío en México	391
5.2. Utilidad en la aplicación del Reglamento a través de reenvío	393
6. Conclusión	395
7 Ribliohemerografia	395



Esta obra se terminó de componer, imprimir y encuadernar el día 20 de septiembre de 2019 en
PorrúaPrint

Ganaderos 149, col. Granjas Esmeralda,
09810, Iztapalapa, Ciudad de México





