COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

Leonel Pereznieto Castro
Jorge Alberto Silva Silva

Derecho internacional privado

Parte especial / Segunda edición



Incluye CD con tratados ratificados por México

OXFORD

Seis años después de la publicación de esta obra, Leonel Pereznieto y Jorge Alberto Silva la renuevan y actualizan en esta segunda edición. Durante ese lapso se hicieron varias reimpresiones del texto que dan cuenta de su calidad y del creciente interés por el Derecho Internacional Privado, parte especial, que se dedica a examinar aspectos particulares de la disciplina.

La sólida experiencia docente y profesional de los autores se refleja en los cambios realizados: ampliaron el estudio de las leyes de cada entidad federativa, incluyeron nuevos capítulos acerca de las sucesiones, los títulos de crédito, bienes y derechos reales de garantías e hicieron un gran esfuerzo para trascender la traspolación de criterios extranjeros y plantear criterios de mayor identidad nacional con base en el derecho comparado y en una "clara idea de la identidad jurídica nacional". Como parte de la renovación de la obra, en esta ocasión los tratados ratificados por México se incluyen en un disco compacto.

A pesar de lo "esotérico" que parece ser esta disciplina (según Juenger y Simeonides), los autores presentan una obra con la mayor claridad posible.

Otro aspecto nodal de esta nueva edición es la inclusión de argumentos precisos para aplicar el DIPr; además, debido a que en "el ordenamiento iusinternacionalprivatista mexicano no existen con frecuencia disposiciones particulares", Pereznieto y Silva plantean respuestas concretas derivadas de las disposiciones generales con base en una "caracterización de instituciones, de conceptos, de puntos de conexión y de normas de conflicto" que serán de gran utilidad a los estudiantes, docentes y profesionales de la materia.

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

derecho@oup.com
www.oup.com.mx

ISBN 978-970-613-846-0





Leonel Pereznieto Castro



Obtuvo su licenciatura en Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) en 1968. Realizó estudios de posgrado en la Escuela Nacional de Administración Pública, en Alcalá de Henares, España, donde obtuvo el Diploma en Estudios Superiores en 1970. Obtuvo también el Diploma en Estudios Superiores en Diplomacia y Relaciones Internacionales del Institut International d'Administration Publique de París en 1971, y en 1975 le fue otorgado el grado de doctor en Derecho Internacional Privado en la Universidad de París.

Fue investigador de carrera en el Instituto de Investigaciones de la UNAM y Coordinador de Humanidades de esa misma institución. Es profesor titular de carrera del Centro de Relaciones Internacionales, en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, donde fue coordinador del posgrado en el área de Relaciones Internacionales. Es profesor por oposición en la Facultad de Derecho de la UNAM e investigador nacional, nivel III (desde 1999).

Ha publicado nueve libros, siete de ellos dedicados al Derecho Internacional Privado, Derecho comparado, Comercio exterior, Arbitraje comercial internacional y Competencia económica, así como 61 artículos en revistas de México y del extranjero y varios trabajos monográficos.

Ha sido conferencista invitado en universidades mexicanas y extranjeras, donde ha impartido también seminarios, y profesor huésped de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, donde impartió el curso La tradición territorialista en el Derecho Internacional Privado en los países de América Latina (1985); de la Universidad de California, donde impartió el curso Derecho comparado México-Estados Unidos (1987); en la Universidad de Valencia, con el tema Derecho convencional en el Derecho Internacional Privado en Latinoamérica (1992). En 1999, en esa misma universidad impartió el curso La inserción de México en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y el sistema de solución de controversias previsto en este Tratado; en la Universidad Central de Venezuela con el tema Garan-

Continúa en el reverso de la contraportada

Jorge Alberto Silva Silva



Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, concluyó estudios de especialidad en Educación y la maestría en Ciencias y técnicas de la investigación. Ha sido miembro de número de diversas organizaciones, destacando la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (de la que fue presidente) y la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado (de la que es su actual presidente).

Fue coordinador del posgrado en el Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, donde fue designado profesor emérito; ha sido profesor en la UNAM, el ITAM, la Universidad Panamericana, la Universidad de Sonora, la Universidad Iberoamericana Noroeste (Tijuana) y en otras más de México.

Como profesor ha impartido los cursos de Cooperación judicial internacional y Derecho sucesorio internacional en la Universidad Central de Caracas, Venezuela, así como en varias universidades de España e Italia.

Ha realizado estancias de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, la Universidad Complutense de Madrid y la Universidad Carlos III de Madrid.

Se desempeña como árbitro panelista internacional del capítulo XIX del TLCAN y asesor externo de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Con motivo de la Quinta Reunión de la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP), convocada por la OEA, fue miembro delegado de México en la negociación de la Convención Interamericana sobre Tráfico de Menores.

Su actividad profesional se enfoca a la cooperación judicial internacional, en la que se desempeña como expert witness of law en diversos tribunales de EUA, y como asesor de despachos de abogados nacionales y extranjeros.

Ha escrito más de 15 libros y más de 60 ensayos relativos a las materias de su especialidad, publicados en diversas revistas nacionales y extranjeras.

Derecho Internacional Privado

Parte especial

COLECCIÓN TEXTOS JURÍDICOS UNIVERSITARIOS

Derecho Internacional Privado

Parte especial / Segunda edición

Leonel Pereznieto Castro
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Jorge Alberto Silva Silva
UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE CIUDAD JUÁREZ

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

OXFORD
UNIVERSITY PRESS

Oxford University Press es un departamento de la Universidad de Oxford,
el cual promueve los objetivos de excelencia en la investigación, el aprendizaje y la educación
de la Universidad mediante publicaciones en todo el mundo. Oxford es una marca registrada de
Oxford University Press en el Reino Unido y en algunos otros países.

Publicado en México por
Oxford University Press México, S.A. de C.V.
Antonio Caso 142, Col. San Rafael, Delegación Cuauhtémoc, C.P. 06470, México, D.F.

D.R. © Oxford University Press México, S.A. de C.V., 2007

Se han hecho valer los derechos morales del autor

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
Parte especial

Segunda edición publicada en 2007

Todos los derechos reservados. Ninguna parte de esta publicación puede ser reproducida, o guardada en algún sistema de recuperación, o puede ser transmitida en cualquier forma o por cualquier medio, sin la autorización previa, por escrito, de Oxford University Press México, S.A. de C.V., o como expresamente sea permitido por la ley, por licencia o bajo los términos acordados con la organización apropiada de derechos de reprografía. Deben enviarse las solicitudes de información acerca de reproducciones fuera del alcance de lo mencionado anteriormente al Departamento de Derechos de Autor de Oxford University Press México, S.A. de C.V., a la dirección mencionada arriba.

Usted no debe hacer circular esta obra en cualquier otra forma
y debe imponer esta misma condición a cualquier comprador.

Textos Jurídicos Universitarios

ISBN 978-970-613-846-0
ISBN 970-613-846-3

Tercera reimpresión

Sobre papel Bond Kromos blanco Alta Opacidad de 68 g
Se terminó de imprimir en Editorial Progreso, S.A. de C.V.,
Calle de Naranjo núm. 248, Col. Santa María la Ribera, C.P. 06400, México, D.F.

Impreso en México

Abril 2012

El tiraje fue de 1 000 ejemplares

Créditos:
Autores: Leonel Pereznieto Castro y Jorge Alberto Silva Silva
Academic consultant: Leonel Pereznieto Castro
Commissioning editor: Flor María Díaz Soto
Dirección editorial: Mario Andrés Aliaga Valenzuela
Edición: Lilia Guadalupe Aguilar Iriarte
Coordinación de producción: Paula Sosa Jiménez
Supervisión de producción: Rutilo Olvera Argüello
Portada: Brenda Reyes Coix
Diseño del CD: José Juárez Solís
Composición y diseño: Erika Salazar Negrete

Si algún tercero considera que parte del contenido de esta publicación, viola sus derechos de propiedad intelectual, puede enviar una notificación al domicilio arriba citado, indicando los datos personales del titular de los derechos supuestamente infringidos.

Oxford University Press México, S.A. de C.V., no se responsabiliza de los contenidos de las páginas Web enlazadas o referenciadas en esta publicación.

Agradecimientos

Los autores dedican esta obra a la memoria de los colegas
y amigos que contribuyeron
a la elaboración de las bases del Derecho Internacional Privado
mexicano contemporáneo:

Ricardo Abarca Landero
Fernando Vázquez Pando
Víctor Carlos García Moreno

Índice de contenido

Prólogo xxiii
Palabras preliminares a la primera edición xxvii
Palabras preliminares a la segunda edición xxxiii
Abreviaturas y siglas xxxvii

1. Parte especial del Derecho Internacional Privado 1
1.1. Consideraciones preliminares 1
Enfoque normativo 1
Enfoque didáctico 3
1.2. Orígenes del curso de DIPr en México 5
Cambios legislativos y políticos en México 6
El impulso doctrinal 9
La realidad internacional 10
Realidad social y económica en México 11
1.3. Contenido de la parte especial 13
La experiencia de España 14
La experiencia de académicos mexicanos 15
La experiencia de la Facultad de Derecho de la UNAM 17
1.4. La parte especial del DIPr 18
Perspectiva dogmática-normativa 19
Perspectiva a partir de los problemas de tráfico jurídico 20
Nuestro enfoque 21

2. Foros nacionales e internacionales 24
2.1. Introducción 24
2.2. Conferencia de La Haya 25
Antecedentes 25
Primera etapa 26
Segunda etapa 27
Tercera etapa 27
Últimos resultados 28
2.3. La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) 28
Antecedentes 28
Orígenes y objetivos 29

Actividades de la comisión 30
Convenciones internacionales 30
Leyes modelo 33
Recomendaciones para la elaboración de textos legislativos 33
Guías jurídicas 34
Reglas uniformes o contratos tipo 34
2.4. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) 35
Antecedentes 35
Etapas 36
Estructura y desarrollo 36
2.5. Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP) 39
Antecedentes 39
Estructura 39
Desarrollo 40
2.6. Seminario Nacional de DIPr y Comparado 41
Primeras experiencias 41
Consolidación nacional 41
La especialización 43
Estructura y funciones 43
2.7. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado 43
Curso para profesores 45
Diplomado que otorga la academia 45

3. El estatuto personal y la ley personal 46
3.1. Introducción 46
3.2. Consideraciones generales 47
3.3. Concepto de estatuto personal y ley personal 48
El sentido o concepto tradicional 49
El sentido o concepto contemporáneo 51
3.4. El estatuto personal o relaciones personales (el supuesto fáctico de la norma) 54
Estado civil 56
Capacidad 60
3.5. La ley personal (la aplicable al supuesto) 61
La nacionalidad en Europa 62
La nacionalidad en América 63
Sudamérica 64
Estados Unidos de América 65
El domicilio 66
Domicilio de las personas físicas 66
El concepto de domicilio 68

Algunos criterios judiciales sobre el domicilio de las personas físicas 69
El domicilio de las personas morales 70
Algunos criterios judiciales sobre el domicilio de las personas morales 71

4. Derechos de la personalidad y de la familia 73
4.1. Introducción 73
4.2. ¿Existe un derecho de la personalidad y de la familia en el plano nacional? 73
Competencia de las autoridades mexicanas para conocer, celebrar, constituir o anular actos del estado civil y derechos de la personalidad con vínculos internacionales 75
Competencia legislativa de las autoridades mexicanas para regular las relaciones de familia y la personalidad con vínculo internacional 76
4.3. La personalidad 78
Caracterización 78
Algunas reglas uniformes 80
Nombre 81
Emancipación 87
Declaración de ausencia y fallecimiento 88
Títulos nobiliarios 90
Cambio de sexo 90
4.4. La familia 91
Implicaciones sociales del derecho de familia 92
Derecho constitucional, convencional internacional e interno 94
4.5. El estado civil en las relaciones de familia y su prueba 96

5. Esponsales, matrimonio y concubinato 100
5.1. Introducción 100
5.2. Esponsales 100
5.3. Matrimonio 102
Fuentes jurídicas internas e internacionales 104
Calificación del matrimonio 105
Órgano del gobierno mexicano competente para celebrar el matrimonio 107
Ley aplicable al matrimonio 111
Forma de celebrar el matrimonio 111
Capacidad para contraer matrimonio 113
Edad 115
Consentimiento 115
Sexo (unisexual o heterosexual) 117
Impedimentos para contraer matrimonio 120
Soltería o viudez como impedimento 121

Matrimonio entre el adoptante o los padres biológicos y el adoptado como impedimento 123
Matrimonio mediante apoderado 123
Relaciones personales entre los cónyuges 126
Las relaciones personales 127
Calificación de las relaciones personales 128
Derecho aplicable a las relaciones personales del matrimonio 129
Conflicto móvil 132
Matrimonio consular 133
Registro del matrimonio 136
Primer tipo de registro 137
Segundo tipo de registro 137
Tercer tipo de registro 138
Cuarto tipo de registro 140
Prueba del matrimonio contraído en el extranjero 144
Reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero 146
Reconocimiento del matrimonio religioso contraído en el extranjero 147
Desconocimiento de los matrimonios poligámicos o poliándricos 148
Rechazo a los efectos del matrimonio extranjero contraído con fraude a la ley 150
Efectos que produce el registro y reconocimiento de un matrimonio contraído en el extranjero 150
Momento en que comienza a producir efectos en México 151
Tipos y contenido de los efectos que produce el matrimonio 152
5.4. Matrimonio *solo consensu*, concubinato y otras formas de convivencia 155
Concubinato 155
Matrimonio por comportamiento y *common law marriage* 157

6. Régimen patrimonial del matrimonio 160
6.1. Introducción 160
6.2. Tipos de regímenes patrimoniales 161
6.3. Calificación del régimen económico 162
6.4. Órgano competente para conocer del régimen económico matrimonial 165
6.5. Ley aplicable 166
a) Forma del convenio patrimonial del matrimonio 167
b) Capacidad para celebrar el convenio patrimonial 169
c) Bienes y derechos que conforman el patrimonio 170
d) Contenido del convenio regulador del régimen económico del matrimonio 172
e) Ausencia de convenio sobre el régimen económico del matrimonio 174

Primer supuesto 174
Segundo supuesto 178
6.6. El *nomen iuris* del convenio 178
6.7. Registro de las capitulaciones patrimoniales 179
6.8. Propiedad inmueble de los cónyuges en zona prohibida 183
6.9. Actos traslativos de dominio entre los cónyuges 185
a) Traslación del dominio entre cónyuges 185
b) Disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges 187
6.10. Modificación y sustitución del régimen patrimonial 189
6.11. Disolución y nulidad de las capitulaciones patrimoniales 191

7. Divorcio y nulidad de matrimonio 194
7.1. Introducción 194
7.2. Divorcio 194
Órganos del gobierno mexicano competentes para conocer del divorcio con vínculos internacionales 195
Procedencia del divorcio 200
El fondo del divorcio. Tipos y causales 201
Derecho aplicable a las causales y requisitos 202
Aplicación de una norma de conflicto extranjera a las causales de divorcio 204
Lugar en que se concreta la causal (*loci factum*) 205
Capacidad para el divorcio 208
Divorcio mediante apoderado 208
Efectos del divorcio. El estado de divorciado 209
Reconocimiento del divorcio extranjero 211
Causales de divorcio 212
Causal desconocida 213
Divorcio unilateral 215
Registro del divorcio extranjero 216
7.3. Nulidad del matrimonio 218
Órgano competente para conocer de la nulidad de un matrimonio extranjero 220
Ley aplicable a la nulidad del matrimonio 223
Causas de nulidad del matrimonio 224
Fraude a la ley y nulidad del matrimonio 226
Reconocimiento de una sentencia extranjera que declara la nulidad de un matrimonio 227
Registro de la nulidad del matrimonio extranjero 228

8. Los derechos del menor 230
8.1. Introducción 230
8.2. El derecho del menor y medidas de protección 231

8.3. Los derechos del menor 234
8.4. Filiación 238
Tipos de filiación 239
Competencia para conocer acerca de la filiación biológica y tutela 240
Títulos constitutivos de la filiación biológica o natural 242
Filiación automática 242
Reconocimiento del estado de hijo biológico 244
Declaración judicial del estado de hijo e investigación de la paternidad 246
Prueba o demostración de la filiación biológica 248
Efectos que produce la constitución de la filiación 250
Ley aplicable a las relaciones padre-hijo 252
Impugnación de la filiación biológica 254
Problemas de filiación relacionados con la inseminación artificial y la clonación 255
8.5. Patria potestad 257
8.6. Tutela y medidas de protección al menor 261

9. Adopción de menores 265
9.1. Introducción 265
9.2. Adopción 265
9.3. Calificación de la adopción 268
9.4. Competencia para conocer y constituir la adopción 270
9.5. Capacidad para constituir la adopción 273
9.6. Constitución de la adopción 274
Derecho convencional internacional 277
Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño 278
Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción Internacional de Menores 279
Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional 280
Derecho interno 281
9.7. Procedimiento preliminar para constituir la adopción 284
9.8. Certificado de idoneidad 285
9.9. Efectos que produce la adopción extranjera 286
9.10. Reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero 288
9.11. Adopción malograda o frustrada 292
9.12. Registro de la adopción extranjera 293
9.13. Sustitución delictuosa de la adopción 294
9.14. Convenio de coordinación interna 295

10. Integración del menor a su familia 297
10.1. Introducción 297

10.2. La convivencia e integración familiar del menor 297
10.3. Derecho de custodia 300
10.4. Derecho de visita y convivencia 302
10.5. Retención y sustracción de menores 307
10.6. Restitución de menores 309
10.7. Objeto y finalidad de los convenios internacionales sobre restitución de menores 314
Competencia internacional para conocer y decidir sobre la restitución 314
Procedimiento tendiente a la restitución 316
Rechazo a la restitución del menor 318
10.8. Complicaciones en la custodia, secuestro y restitución 320
10.9. Convenios de coordinación interna 323

11. Manutención y alimentos para el menor 325
11.1. Introducción 325
11.2. Regulación existente 326
11.3. Competencia internacional para conocer y resolver 329
11.4. Ley aplicable 331
Regla general aplicable 331
La calificación del supuesto y su conexión 332
Ley aplicable 334
Ley aplicable según el derecho convencional internacional 334
Identificación de acreedores y deudores alimentistas 335
La regla material 336
La sanción por incumplimiento en el pago de alimentos 337
Ley *erga omnes* 338
11.5. Procedimiento para la obtención de alimentos 338
Procedimiento mediante una institución intermediaria 338
Procedimiento ante el Estado demandante 339
Procedimiento ante la institución intermediaria 339
Procedimiento mediante exhorto o carta rogatoria 340
11.6. Reconocimiento de las resoluciones extranjeras sobre alimentos 340
Requisitos y condiciones en el derecho convencional internacional 341
Sentencia firme 342
Monto de la pensión 342
Excepción de orden público 343
11.7. Medidas cautelares para la obtención de pensiones alimentarias 344
11.8. Otras reglas especiales 344
11.9. Convenios de coordinación interna 345

12. Sucesión por causa de muerte 347
12.1. Introducción 347

12.2. Autoridades competentes 349
Estado competente ante el cual puede otorgarse un testamento 349
Estado competente para conocer del juicio testamentario o intestamentario 349
12.3. Tipos de testamento 351
El testamento extranjero 352
El testamento hecho en país extranjero 354
12.4. Consideraciones en torno a algunos supuestos normativos relativos al testamento 357
Capacidad para otorgar, modificar o revocar el testamento 358
Forma del testamento 359
Fondo o contenido del testamento 362
Condiciones establecidas en el testamento 366
12.5. Participación de los cónsules en la sucesión por causa de muerte 367
Testamento consular 369
Otras funciones del cónsul mexicano en el extranjero 369
12.6. Otras disposiciones referidas al testamento extranjero 370
Testamento marítimo 371
Testamento a bordo de buque mexicano 372
Testamento a bordo de buque extranjero 373
Ratificación y nuevo otorgamiento 374
Testamento otorgado en campaña militar 375
Testamento otorgado ante autoridades mexicanas 377
Testamento otorgado ante autoridades militares extranjeras 378
12.7. Registro del testamento 379
12.8. Sucesión legítima o intestamentaria 380
Regulación de la sucesión legítima 380
Capacidad para suceder y vocación sucesoria 382
Apertura de la sucesión 385
12.9. Falta de reciprocidad en el extranjero para que los mexicanos adquieran por herencia 386

13. Bienes y derechos reales 388
13.1. Introducción 388
13.2. Definición y calificación de los bienes y derechos reales 389
13.3. Tutela internacional 390
13.4. Regulación constitucional de los derechos reales sobre bienes inmuebles 391
13.5. Competencia judicial 394
13.6. Ordenamiento jurídico aplicable a los bienes y derechos reales 398
a) Extensión significativa del supuesto 399
b) Errónea atracción de los derechos personales hacia los reales 400
c) Los bienes muebles 402

d) Publicidad del registro 402
e) Otros supuestos normativos 403
13.7. Reconocimiento de resoluciones extranjeras relacionadas con bienes y derechos reales 406
13.8. Otros actos jurídicos que involucran bienes y derechos reales 407
a) Actos constitutivos de un derecho real 407
Contrato de arrendamiento de inmuebles 408
Bienes muebles en tránsito, *res in transitu* 411
b) Los bienes en zona restringida 411
c) Expropiación de bienes 414

14. Derechos reales de garantía sobre bienes muebles 417
14.1. Introducción 417
14.2. El sentido tradicional de las garantías sobre bienes 418
a) La hipoteca 418
b) La prenda 419
14.3. El sentido contemporáneo de las garantías sobre bienes: la garantía sin desposesión 421
a) Prenda sin transmisión de posesión 421
b) Fideicomiso y fideicomiso de garantía 424
14.4. Derechos de crédito, ámbito internacional 425
a) Convención de Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional 426
b) La *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* 429
Aspectos relevantes de la ley 429
c) Proyecto de Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas 431

15. Títulos de crédito 433
15.1. Introducción 433
15.2. Calificación 434
a) Autonomía del derecho cambiario 434
b) Calificación del título de crédito 435
15.3. Fuentes del derecho cambiario 436
a) Derecho convencional internacional 436
b) Derecho interno 437
c) Precedentes judiciales 438
d) Costumbre y usos internacionales 438
15.4. Competencia judicial 439
15.5. Forma del título 440
a) La ley del lugar del otorgamiento 440
b) Opinión contraria al derecho aplicable 440
c) Elementos que contiene un título 441
d) Forma del cheque 442

e) Forma del protesto 442
f) Forma del título internacional 442
15.6. Capacidad en el derecho cambiario 443
a) Regulación convencional internacional 443
b) Regulación interna 444
15.7. Fondo o contenido del título de crédito 445
a) Regulación convencional internacional 446
b) Regulación interna 448
c) La moneda pactada 449
d) Convención de CNUDMI o UNCITRAL 450
15.8. Prescripción y caducidad del título de crédito 451
15.9. Circulación del título de crédito 452
15.10. Elección de la ley u ordenamiento aplicable 454
15.11. Garantía real del título 455
15.12. Plazos y formalidades en el derecho cambiario 456
15.13. Medidas en casos de pérdida o destrucción del título de crédito 457
15.14. Una regulación especial: el cheque de viajero 458
15.15. La acción cambiaria 459

16. Sociedades extranjeras 460
16.1. Introducción 460
16.2. Breve referencia al contexto histórico reciente de México en materia de sociedades extranjeras 462
16.3. Principios que rigen a las sociedades extranjeras en México 465
a) *Código de Comercio* 466
b) *Ley General de Sociedades Mercantiles* 468
c) *Ley de Inversión Extranjera* 469
d) *Código Civil Federal* (CCFed) 471
Primer aspecto 473
Segundo aspecto 474
Tercer aspecto 475
e) Algunas notas de derecho extranjero 477
f) Prácticas seguidas en relación con países no signatarios de tratados internacionales 478
16.4. Derecho convencional internacional 478
a) Convenciones interamericanas 479
b) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas 480
c) Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles 482
d) Convenciones de nuevo cuño 484
e) Tratado de Libre Comercio de América del Norte 485
Principio de la nación más favorecida 485

Principio de trato nacional 486
f) Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones 488
16.5. Desconocimiento de los actos de las sociedades extranjeras 489
a) Contrariedad con el orden público mexicano 490
b) Fraude a la ley 491
c) Violación a una ley imperativa mexicana 491
16.6. La nacionalidad de las sociedades 492
a) Consideraciones generales 492
b) La nacionalidad de las sociedades en la legislación mexicana 495
c) Diferentes criterios para la determinación de la nacionalidad de sociedades 497
El criterio formal 497
El criterio real 499

17. Contratación internacional 501
17.1. Introducción 501
17.2. Conceptos básicos 502
a) Diferentes aspectos de la obligación 502
b) Diferentes enfoques de la obligación 503
c) El contrato en el DIPr mexicano 504
Formación del contrato 508
Ejecución del contrato 510
17.3. Derecho interno 511
a) Capacidad para contratar 512
Constitución general del país 512
Código de Comercio 514
Ley General de Población (LGP) 514
Adquisición por extranjeros de valores y bienes inmuebles y realización de depósitos bancarios 515
Celebración de actos y contratos con fines de lucro 515
Ley de Inversión Extranjera (LIE) 516
Código Civil Federal 518
b) Derecho aplicable a la forma y el fondo del contrato 518
c) Regulación del contrato entre ausentes 521
Código de Comercio 521
Código Civil 522
17.4. La contratación internacional en el sistema convencional. La Convención de México 523
a) Antecedentes 524
b) Introducción a la Convención 526
c) Ámbito de aplicación de la Convención 529
d) Internacionalidad de los contratos 530

e) Reconocimiento de la plena autonomía de las partes 530
f) Ámbito de aplicación del derecho designado aplicable 532
g) Reconocimiento de la *lex mercatoria* 533
h) Comentarios finales 536
17.5. Regulación uniforme 537
a) La Convención de la ONU sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente 539
b) La *Ley Modelo* sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y otros medios conexos de comunicación de datos 540
c) Convención de Cesión de Créditos con fines de financiación 541
d) *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* 542

18. Cooperación internacional al proceso 544
18.1. Introducción 544
18.2. Cooperación internacional 544
18.3. El ordenamiento jurídico aplicable 545
a) Derecho aplicable en el ámbito internacional 545
b) Competencia legislativa interna 546
18.4. Sujetos del derecho cooperacional 548
18.5. Procedimientos 550
18.6. Teleología del derecho cooperacional 550
18.7. Objeto o materia para el cual se coopera 551
18.8. Medios de cooperación en el proceso 552
18.9. Conocimiento del derecho extranjero 553
a) Preámbulo 553
b) Procedimiento ante el requirente 555
c) Procedimiento ante el requerido 556
d) Conocimiento del derecho extranjero de países no signatarios del tratado 556
18.10. Comisiones consulares 557
a) Explicación 557
b) Fuentes jurídicas 558
c) Procedimientos 558
18.11. Comisionados particulares 559
18.12. Autocooperación para un proceso por seguir en el extranjero 561
a) Notificaciones y emplazamientos 562
b) Producción de pruebas 563
c) Imposición de medidas cautelares 563

19. Exhortos o cartas rogatorias 564
19.1. Introducción 564
19.2. Nociones generales 564
a) Concepto del exhorto 564

b) Exhortos y comisiones consulares 565
c) Competencia de los órganos 566
Competencia federal y local 566
Competencia propia y delegada 566
Autonomía cooperacional 568
d) Principio de favorecimiento a la cooperación (*favor cooperationis*) 569
19.3. Regulación jurídica del exhorto o carta rogatoria 570
19.4. Actos ante el órgano exhortante 571
a) Formularios 573
b) Traducciones y anexos 574
c) Legalizaciones 575
19.5. Transmisión del exhorto: su envío y recepción 575
19.6. Actos ante el órgano exhortado 577
a) Revisión del exhorto y sus anexos 577
b) Aceptación de lo solicitado y su diligenciación 580
Aceptación y preparación de la diligencia 580
Asistencia jurídica a los comparecientes 580
Providencias implícitas para cooperar 581
Formalidades adicionales al acto solicitado 582
Formas no correspondientes 584
19.7. Entrega de resultados 586

20. Reconocimiento de documentos, poderes y sentencias extranjeras 587
20.1. Introducción 587
20.2. Reconocimiento de documentos extranjeros 587
20.3. Documentos extranjeros 590
a) Legalización innecesaria 591
b) Legalización necesaria 592
c) Legalización de documentos provenientes de autoridades mexicanas 594
d) Apostillamiento de documentos 595
20.4. Poderes otorgados en el extranjero 596
a) Derecho interno 597
b) Derecho convencional internacional 599
El Protocolo de Washington 599
Interpretación judicial del Protocolo 600
La Convención Interamericana 602
20.5. Laudos y sentencias extranjeras 603
a) Derecho aplicable 603
b) Tratamiento de la sentencia extranjera 605
c) Control de la competencia directa 606
d) Órganos competentes en México 607
e) Reconocimiento y ejecución de sentencias 608

f) Procedimiento de exequátur y de ejecución de sentencias 609
g) Procedimiento de exequátur 612
h) Requisitos para el reconocimiento 613

21. Arbitraje comercial internacional 615
21.1. Introducción 615
21.2. Arbitraje comercial internacional. Aspectos generales 615
a) Aspectos relevantes del arbitraje comercial 616
b) Instituciones administradoras del arbitraje 617
c) Inicio del arbitraje 618
21.3. Consideraciones particulares sobre el arbitraje 619
21.4. Tipos de arbitraje 622
21.5. Fundamentación del arbitraje 623
a) Derecho convencional internacional 623
b) Derecho interno 624
c) Autonomía de la voluntad 625
21.6. Naturaleza del arbitraje 626
21.7. Acuerdo arbitral 627
a) Tipos de acuerdo arbitral 628
b) Autonomía del acuerdo arbitral 628
c) Tipos de cláusulas en el acuerdo arbitral 629
d) Ley aplicable al acuerdo arbitral y al fondo del negocio 631
e) Medios de extinción del acuerdo arbitral 635
21.8. Instituciones administradoras, tribunales y árbitros 636
a) Instituciones administradoras del arbitraje 636
b) Tribunal arbitral 638
c) Árbitros 640
21.9. Procedimiento arbitral 641
a) Elección de las reglas de procedimiento 641
b) Esquema general del procedimiento 644
c) Medios impugnativos 649
d) Incidencias durante el procedimiento 650
21.10. Laudo o sentencia arbitral 650
21.11. Apoyo estatal al arbitraje 652
21.12. Procedimiento de exequátur y homologación 652
21.13. Ejecución del laudo 654
21.14. Nulidad del laudo 654

22. Solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) 658
22.1. Introducción 658
22.2. Antecedentes 660
a) Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) 660

b) Organización Mundial del Comercio (OMC) 661
c) Acuerdos latinoamericanos de libre comercio 662
d) Sistema de la Unión Europea 664
22.3. El sistema de solución de controversias en el TLCAN 666
a) Antecedentes 666
b) Método de remisión a otros acuerdos internacionales 666
c) Método de consultas 668
d) Mecanismos internos de solución de controversias 668
e) Mecanismo supranacional de solución de controversias 669
f) Solución de controversias en materia de inversión 669
g) Solución de controversias en materia de inversión en servicios financieros 674
h) Solución de controversias en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias 675
Revisión de reformas legislativas 676
Revisión de cuotas *antidumping* y compensatorias 677
Revisión en el procedimiento extraordinario 679
i) Procedimientos institucionales para la solución de controversias 679
Bibliohemerografía 683
Índice analítico 703

Prólogo

Esta obra llena un vacío en la bibliografía mexicana. Durante gran parte del siglo XX, el pensamiento jurídico mexicano fue dominado por ideas nacionalistas de mirada estrecha, reacias a que el país se abriera al tráfico jurídico internacional. Por fortuna, en los últimos años se han superado estas ideas y México se ha unido al resto del mundo, abrió sus mercados y participa activamente en el ámbito internacional. Esta nueva actitud ha llevado al gobierno mexicano a firmar un gran número de convenciones internacionales, incluida la adhesión al Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN).

Como resultado de esta actividad internacional, México es hoy país miembro de foros como la Conferencia Permanente de La Haya en Derecho Internacional Privado, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el Instituto para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) y la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP). Se trata de una nueva dinámica que ha ocasionado rápidos cambios internos y planteado grandes retos, con los que México ha debido contender valientemente y deberá seguirlo haciendo con mayor creatividad y decisión. El incremento del intercambio con otros países se expresa en un desarrollo jamás visto de las transacciones internacionales, un fenómeno que requiere nuevas propuestas jurídicas. De manera análoga, el aumento de las inversiones extranjeras en México plantea la necesidad de redefinir instituciones que ya no obedecen a la realidad actual.

Así, en el umbral de un nuevo milenio, México ha adquirido una posición que no tenía antes y en la que el Derecho Internacional Privado, disciplina connatural al regionalismo y al internacionalismo, está destinado a desempeñar un papel importante. Al mismo tiempo, el Derecho Internacional Privado abre una ventana al mundo y expone a los juristas mexicanos a las reglas e instituciones internacionales.

El aislamiento en que permaneció México por más de 70 años ocasionó que escaseara la bibliografía sobre el tema; lo publicado era básicamente de naturaleza teórica, sin posibilidades de ser llevado a la práctica. No obstante, más de dos décadas antes de que el país abriera sus fronteras al mundo, Leonel Pereznieto Castro hizo un gran esfuerzo para escribir una valiosa obra, a la que tituló humildemente *Notas* y que constituyó el primer estudio sistemático y crítico en contra del territorialismo mexicano; este libro sirvió para mostrar la obsolescencia del sistema jurídico y la necesidad de sustituirlo por otro sistema abierto al tráfico jurídico internacional.

A finales de la década de 1970, Pereznieto Castro escribió su libro de texto sobre la parte general de la materia, el cual tuvo una amplia difusión y ha servido como base de estudios a la mayoría de los jóvenes juristas mexicanos. Este trabajo tiene actualmente siete ediciones* y se ha extendido a dos volúmenes, el segundo de los cuales —que es la parte especial— se elaboró en coautoría con Jorge Alberto Silva y es precisamente la obra que hoy me honro en prologar.

Estos dos volúmenes versan sobre un campo de rápida evolución y que representa un formidable reto intelectual: el Derecho Internacional Privado es reconocido como uno de los temas más difíciles en el ámbito de toda escuela de derecho, pues requiere considerables esfuerzos a quienes imparten la materia o escriben sobre ella. Por esta razón suele atraer a académicos de prestigio, como los autores de esta obra.

Educado en México, Leonel Pereznieto Castro obtuvo una maestría en España y su doctorado en Francia bajo la dirección del gran jurista francés Henri Batiffol. Posteriormente realizó una profunda investigación en Estados Unidos de América y fue profesor invitado en la Universidad de California, en Davis, además de otras universidades en Europa y Sudamérica. Es autor de numerosas contribuciones al Derecho Internacional Privado y fue el primer mexicano que enseñó —en este campo— en la prestigiosa Academia de Derecho Internacional de La Haya. Su curso en esta ciudad es una crítica penetrante al territorialismo latinoamericano y está publicado en los *Recueil des Cours* de la Academia.

Leonel Pereznieto Castro es miembro del pequeño grupo de mexicanos internacionalprivatistas que solían reunirse a principios de la década de 1970 en el despacho del distinguido jurista José Luis Siqueiros como participantes del entonces "Instituto", hoy Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, a cuyas reuniones he tenido el privilegio de asistir en varias ocasiones. Además de ser uno de los fundadores del Derecho Internacional Privado moderno, Pereznieto Castro ha contribuido de múltiples formas a su difusión, en especial por haber fundado el Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado —primero como un audaz experimento y ahora como un acontecimiento anual ampliamente conocido—, que se lleva a cabo en diversas universidades del país y que se ha constituido en un foro privilegiado para la discusión y la propuesta de reformas legales, así como en la principal fuente doctrinaria de la materia en México. Este año, el Seminario celebrará su vigésima tercera edición.

De hecho, gran parte de las nuevas disposiciones legales mexicanas en materia de Derecho Internacional Privado se deben al esfuerzo desarrollado en los Seminarios Nacionales, en especial durante el décimo y undécimo seminarios. A principios de la década de 1990, Pereznieto Castro fundó también el primer posgrado en Derecho Internacional Privado en México, en la Universidad de Sonora, de donde ya han egresado varias generaciones; asimismo, ha participado en muchos otros programas en la enseñanza del Derecho Internacional Privado en diferentes universidades y escuelas de derecho del país.

* La octava edición se publicó en el año de 2003. (*Nota de la editora.*)

Por su parte, Jorge Alberto Silva se unió a la Academia y a los Seminarios Nacionales, en donde ha hecho importantes contribuciones. Es un autor ampliamente conocido por sus investigaciones en dos campos de gran crecimiento práctico: el procedimiento civil internacional y el arbitraje. A principios de 1999 publicó una valiosa obra sobre la jurisprudencia mexicana en el Derecho Internacional Privado. Es de los pocos profesores mexicanos que, a pesar de las crisis económicas, siguen dedicando su tiempo a la investigación y a la docencia en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México.

Tanto Silva como Pereznieto participaron en 1994 en la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-V), que tuvo lugar en la Ciudad de México y que presidió José Luis Siqueiros. Esta Conferencia adoptó la Convención Interamericana sobre Ley Aplicable a la Contratación Internacional, uno de los grandes logros en el Derecho Internacional Privado regional. Silva ha sido árbitro panelista en el TLCAN, mientras que Pereznieto Castro, además de haber realizado también esa función, ha representado a México a lo largo de dos décadas ante la UNCITRAL y en las diferentes reuniones de la CIDIP. En su ejercicio profesional como abogado, Pereznieto Castro es desde hace varios años árbitro de la American Arbitration Association y de la Corte de Arbitraje Internacional de la CCI; desde 1998 es miembro del Chartered Institute of Arbitrators de Londres y en 1999 pasó a ser miembro de la London Court of International Arbitration.

En estas condiciones, la parte especial del Derecho Internacional Privado que me honro en presentar es el resultado del trabajo de dos distinguidos mexicanos internacionalprivatistas que son profesores, investigadores y, en el caso de Pereznieto Castro, abogado postulante que combina el conocimiento teórico con la experiencia práctica. Esta combinación es crucial para el Derecho Internacional Privado, una materia que ha trascendido el medio académico y que requiere experiencia —importante por el realismo con el que contribuye— e investigación, pues se necesita una actualización permanente frente al incremento considerable de la bibliografía. Por otra parte, la actualización permite conocer las corrientes doctrinales que se transforman en la medida en que la disciplina también se modifica en un mundo cambiante, debido a que las crecientes necesidades legales requieren nuevos enfoques para resolver los apremiantes problemas de nuestros días.

Leonel Pereznieto Castro y Jorge Alberto Silva son también buenos amigos míos, por lo que es un placer personal escribir este prólogo para un libro que, sin duda alguna, será un éxito editorial no sólo en México, sino también en Latinoamérica, una región sumergida entre la angustia de la integración y su ajuste a una globalización sin precedentes.

FRIEDRICH K. JUENGER
Profesor de Derecho Internacional Privado
de la cátedra Edward L. Barrett Jr., en
la Universidad de California
en Davis, California, otoño de 1999.

Palabras preliminares a la primera edición

Después de casi 70 años de territorialismo, como consecuencia inmediata de la apertura económica de 1986, en 1988 se inició en México la apertura jurídica. Varios hechos contribuyeron a crear las condiciones de esta apertura; entre ellos, pueden mencionarse los siguientes:

En 1975, México participó activamente en la primera Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP) y posteriormente ratificó las convenciones internacionales ahí aprobadas. En 1976 se fundó en la Ciudad de México el Seminario Nacional de DIPr (que celebró en octubre de 1999 su versión número 23)*, que con el tiempo se ha convertido en la fuente de doctrina más importante de la materia y en el eje transmisor del DIPr en el país. También en 1976, México inició su participación en la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.[1]

En 1979 y 1984 se celebraron la segunda y tercera CIDIP, respectivamente, en las que México tuvo una actuación destacada, y más tarde ratificó varias de las convenciones ahí adoptadas; en 1984 pasó a ser país miembro de la Conferencia Permanente de DIPr de La Haya, y en 1986 inició su participación en el UNIDROIT. Con estos acontecimientos se creó conciencia de que era necesario que el sistema jurídico mexicano iniciara el tránsito hacia su internacionalización y, por tanto, se procedió a modificar, en materia de DIPr, los códigos siguientes: el *CCDF*, el *CFPC* y el *CPCDF* (1988), así como el *Código de Comercio* (1989 y 1993).

Por tal motivo, los autores de esta obra decidimos dar cuenta de una serie de aspectos específicos del DIPr que requieren atención y estudio. Sabemos de antemano que un proyecto de esta naturaleza es una tarea muy compleja y que no puede agotarse en una primera edición.

Conscientes de que es la primera vez en la historia del DIPr mexicano que se lleva a cabo un esfuerzo semejante,[2] los autores sabíamos que en un primer intento era

---

* En 2006 se celebrará su edición número 30. (*Nota de la editora.*)

1 En 1977, el profesor Leonel Pereznieto Castro publicó la primera crítica sistemática y completa a las bases del territorialismo todavía imperante (*El principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano*, 2a. ed., UNAM, México, 1982), y dos años más tarde apareció su obra de DIPr, parte general (*Derecho Internacional Privado. Parte general*, 7a. ed., Harper & Row Latinoamericana, México, 1998), en la que, desde una perspectiva moderna, planteó por primera vez diversos métodos para la solución de los problemas derivados del tráfico jurídico internacional.

2 La obra del profesor Francisco José Contreras, publicada en 1997 y denominada *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, sólo analiza algunas de las convenciones ratificadas por México.

muy difícil sistematizar toda la información existente y abordar absolutamente todos los temas y subtemas de la materia, por lo que el lector encontrará algunas ausencias.

En la elaboración de esta obra pensamos en todo momento abordar una temática indispensable hoy día en México, tanto en el campo académico como en el profesional. Por una parte, intentamos elaborar un texto didáctico dirigido a los estudiantes que deseen adentrarse en los diversos problemas particulares del DIPr, y por otra, dotar a los abogados y juzgadores de una obra de consulta que les permita resolver los problemas que encuentran en la práctica diaria.

Esta obra se preparó a través de una serie de pláticas y reuniones que los autores sostuvimos durante más de dos años, en las cuales pudimos definir con precisión el plan general y las respectivas cargas de trabajo. Sin embargo, la idea de este proyecto fue anterior y nació de los contactos personales que tuvimos a lo largo de los años en las reuniones del Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado.

Respecto del método de trabajo, cada autor se comprometió a elaborar capítulos específicos. Luego se llevó a cabo el intercambio y la discusión de los textos, y seguramente esto fue lo más importante, debido a que los datos, ideas y observaciones que cada uno de los autores aportó en esta fase confluyeron para enriquecer las experiencias particulares y generar la obra que ahora se da a conocer. Sólo tuvimos una discrepancia de ideas irreductible y así lo hacemos notar en su oportunidad; sin embargo, en todo momento tratamos de armonizar nuestros conceptos, tomando en cuenta las necesidades de los destinatarios. Con el tiempo, este ejercicio de discusión y confrontación de ideas se ha vuelto una costumbre, por lo que es fácil prever —y ésa es nuestra mejor intención— que se incrementará y continuará aportando a la obra sus resultados, que esperamos puedan verse en futuras ediciones.

Las fuentes utilizadas para esta obra, especialmente las propias del derecho comparado, se tomaron directamente de las codificaciones más actualizadas de los países citados. Para una parte importante de los textos extranjeros sobre normas de conflicto se aprovechó la recopilación de José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, en tanto que otros textos se extrajeron de conexiones vía internet con diversos países y organismos internacionales. Estas últimas conexiones se dirigieron principalmente a sus bases de datos para obtener textos legales tanto internos como de derecho convencional internacional. Otra parte, aunque menor, de los textos citados se tomó de la recopilación *Aupereuropaische IPR-Gesetze,* de los autores J. Kropholler, H. Kriiger, J. Samtleben y otros, publicada por el Max Planck Institut de Hamburgo en 1999.

A reserva de dejar para su discusión y explicación en el primer capítulo lo que entendemos por "parte especial" del DIPr, que no difiere mucho de los esquemas que se han intentado en otros países, gran parte de la obra se ha basado en el programa oficial de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), aprobado en 1997, y también en temas e ideas que de esta parte especial ha habido en otros tiempos y lugares, como explicamos en el capítulo 1. La respuesta concreta de lo que ha sido nuestro itinerario está plasmada en el índice de la obra.

Cabe apuntar que esta parte especial del DIPr presupone que el lector ya conoce la parte general del DIPr, por lo que sólo cuando el caso lo merece hay referencia a temas tratados en la parte general, o bien, se menciona un marco teórico o una tendencia de autores únicamente con el afán de encuadrar determinado tema.

El DIPr, parte especial, está escrito para cubrir los programas de estudio establecidos en México; sin embargo, por semejanzas legislativas, doctrinarias y conceptuales, puede servir para otros países latinoamericanos; en este sentido, se hizo el esfuerzo para que, dentro de sus limitaciones, el libro fuese lo más amplio posible y pudiera cumplir ese objetivo.

Los autores consideramos que la obra no debía reducirse a un mero análisis del derecho convencional internacional, sino que debía comprender las normas de derecho interno que resuelven problemas de tráfico jurídico internacional. De esta forma, los dos aspectos que cubre el libro (el del derecho convencional y el del derecho interno) partieron, como lo indicamos, del programa de estudios que publicó recientemente la Facultad de Derecho de la UNAM en lo que se refiere a la parte especial del Derecho Internacional Privado.

Como se sabe, el análisis de las normas de derecho convencional internacional sólo alcanza a resolver una parte de los problemas de tráfico internacional. Incluso puede considerarse que tales normas se aplican en casos excepcionales. Es decir, los tratados sólo se aplicarán cuando las relaciones jurídicas por resolver indiquen, mediante sus puntos de conexión, que están vinculadas con Estados que sean parte de algún instrumento convencional internacional que también México haya ratificado. Pero aunque México es suscriptor de diversos convenios, no todos ellos resuelven la gran problemática que presentan las relaciones de tráfico jurídico. De ahí que nos hubiésemos decidido a destacar con mayor interés las respuestas que proporciona el derecho interno.

En muchos casos presentamos por primera vez soluciones en el derecho mexicano. Otras soluciones provienen de la jurisprudencia y de la doctrina de distintos países, y en varios casos, como se verá, tomamos las respuestas precisamente de la normatividad internacional —por lo general técnicamente adelantadas— que, en varios sentidos, ha permeado al sistema jurídico mexicano. A lo largo de la obra intentamos desarrollar un ejercicio práctico de derecho comparado.

Uno de los problemas que aún aquejan al DIPr mexicano consiste en que las reglas específicas de derecho conflictual son muy escasas, por lo que en la mayoría de los casos tiene que recurrirse a las reglas generales. Además, la doctrina mexicana en materia de DIPr, por ser una reflexión relativamente reciente, no ha abordado aún todos los problemas específicos de Derecho Internacional Privado en el país ni aportado, en muchos casos, las luces necesarias para encontrar soluciones o, al menos, planteamientos particulares. En este sentido, la obra que ahora presentamos pretende abrir una ruta que esperamos continúe siendo explorada por otros autores y, como sucede con frecuencia en la historia de las ideas, que pronto nuestras propuestas puedan ser comentadas, acotadas, precisadas y, por qué no, superadas en beneficio de la ciencia jurídica mexicana, que tanto requiere un desarrollo consistente de pensamiento en este campo del derecho.

El presente texto se ha elaborado a partir de un enfoque didáctico para que sirva como libro de texto en las escuelas de derecho, y se ha procurado también, como ya mencionamos, que en la medida de lo posible sea útil como libro general de consulta para abogados y jueces.

La obra también pretende divulgar la diversidad de respuestas que las normas indirectas del orden jurídico mexicano ofrece para los problemas de tráfico jurídico, sin dejar de mencionar en todo momento la pluralidad de métodos de solución. Salvo pocos especialistas, abogados y juzgadores, los juristas han permanecido ajenos a los temas del DIPr. Las particularidades con que abordamos estos temas conducirán a reconocer la variedad de respuestas que pueden concretarse. Ya no es correcto ni conveniente aceptar o proponer respuestas únicas, como las del tristemente célebre territorialismo que, como lo mencionamos, estuvo vigente en México durante varias décadas y que aisló al país de las principales corrientes del pensamiento jurídico y, al mismo tiempo, lo segregó del intercambio comercial internacional.

Es necesario reaprender el derecho en esta época, en la que todo el sistema jurídico mexicano se encuentra inmerso en una profunda transformación, como sucede con frecuencia alrededor del mundo. De ser México un país cerrado a las corrientes del tráfico internacional, en pocos años su sistema jurídico se abrió, por lo que además de aprender a plantear nuevas soluciones a los problemas que presenta el tráfico jurídico internacional, es indispensable que el jurista de hoy observe con un espíritu comparatista cómo grandes espacios del sistema jurídico mexicano son llenados por conceptos e instituciones procedentes de convenciones internacionales y de leyes modelo, pero primordialmente del *common law*. Este tipo de desplazamientos normativos son frecuentes en la historia del derecho.

En nuestro caso específico, se está echando mano de instituciones, procedimientos y conceptos que le permitan a México insertarse jurídicamente de forma directa y definitiva en el comercio internacional. Éstos son los casos, entre otros, de lo que está sucediendo con la normatividad moderna en los sectores de la energía, el comercio exterior, las telecomunicaciones, la competencia económica, etcétera.

Esperamos que este trabajo, que verá la luz en los primeros meses de haberse iniciado el siglo XXI, se pueda mejorar, precisar y completar en los años subsecuentes, con objeto de que constituya un aporte para la discusión de los temas en el nuevo siglo. También esperamos que los profesores y otros lectores nos confíen sus dudas y nos hagan observaciones que nos permitan mejorar la obra. Mucho se los agradeceremos. Nuestras respectivas direcciones electrónicas (*e-mail*) son:

lpereznieto@bdavalos.com.mx y silvasi@aol.com

Deseamos agradecer el auxilio y el apoyo que recibimos de mucha gente, sin la cual esta obra hubiera implicado un esfuerzo mucho mayor. Ante la imposibilidad de mencionar a todas y cada una de esas personas, expresamos nuestro agradecimiento a través de quienes desempeñaron un papel directo en la elaboración de este trabajo.

Manifestamos nuestra gratitud al Departamento de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid y especialmente al profesor José Carlos Fernández Rozas, con quien tuvimos la oportunidad de compartir largas discusiones sobre numerosos puntos expresados en esta obra y recibir generosamente sus puntos de vista y una copiosa información que aquí se contiene. Agradecemos también la generosa acogida que el profesor Fernández Rozas le brindó al profesor Jorge Alberto Silva durante su estancia de investigación en ese mismo departamento, a fin de recopilar material para la realización de esta obra. Durante su estadía en la Universidad Complutense, el profesor Silva tuvo contactos que mucho agradece con el profesor Antonio Ortiz Arce de la Fuente. Gracias también por la ayuda y el aliento que nos otorgaron el profesor Diego Fernández y los profesores madrileños José Antonio Tomás Ortiz de la Torre y Pedro Pablo Mirallés, este último querido amigo de México.

Agradecemos el apoyo siempre constante del profesor Carlos Esplugues Mota, catedrático de DIPr en la Universidad de Valencia, quien facilitó al profesor Pereznieto estancias de investigación que fueron particularmente importantes para adquirir información que se reproduce en esta obra, así como las sesiones de discusión que organizó dentro del programa "Redes" de la Agencia Española de Desarrollo y que permitieron al profesor Pereznieto discutir varios de los temas expuestos en este libro con catedráticos de diversas universidades españolas.

Agradecemos igualmente el apoyo de la UNCITRAL en Viena y a su secretario general, Gerold Herrmann, por todas las facilidades brindadas y el material que nos suministraron para esta obra; en forma especial, reiteramos nuestro aprecio a Carlos Bueno-Guzmán, jefe de la Biblioteca de la UNCITRAL, por su amplia disposición de ayuda.

Nuestra gratitud también al profesor Rolando Tamayo y Salmorán, querido amigo, quien nos auxilió en la discusión de algunos aspectos, especialmente de teoría del derecho. Nuestra gratitud y recuerdo al profesor Víctor Carlos García Moreno, de la Facultad de Derecho de la UNAM, que en paz descanse, por sus ideas y, sobre todo, por el entusiasmo con que constantemente nos motivó durante la elaboración de esta obra.

A los alumnos de la maestría de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Sonora, quienes encontrarán en este trabajo algunas de las reflexiones que hicimos juntos. Al consultor jurídico de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el licenciado Miguel Ángel González Félix, quien estuvo siempre pendiente e interesado en la elaboración de esta obra y que en todo momento nos proporcionó la información requerida; al licenciado Eli Rodríguez, de la misma Consultoría Jurídica, quien nos brindó su generoso apoyo y nos proporcionó datos valiosos para el desarrollo de este libro.

Queremos dar las gracias muy especialmente a nuestros colegas de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, quienes siempre han estado abiertos a discutir los temas propios de la disciplina y que fueron fuente primera de inspiración de esta obra. También agradecemos a todos los profesores de

DIPr del país con quienes pudimos discutir nuestras ideas y siempre nos aportaron un punto de vista interesante en el foro de los Seminarios Nacionales de Derecho Internacional Privado y Comparado.

A nuestras respectivas familias, a quienes les quitamos largas horas de atención para dedicarlas a la elaboración de este trabajo.

LOS AUTORES
México, invierno de 1999.

Palabras preliminares a la segunda edición

Han pasado seis años desde que publicamos esta obra, lo que nos ha llevado en esta nueva edición a un cambio muy importante en el contenido, inclusión de nuevos capítulos y abandono de otros. La obra fue significativamente ampliada debido sobre todo a las diversas investigaciones que emprendimos en este periodo. Varias de ellas las publicamos en su momento pero, en todo caso, nos brindaron una visión más amplia y completa de los diferentes temas que abordamos ahora. Entre la primera edición, que por fortuna se agotó pronto, y esta segunda, han aparecido varias reimpresiones, lo que nos indica que la temática abordada ha llamado la atención, aunado al hecho de que en varias universidades ya se ha abierto el segundo curso de Derecho Internacional Privado, parte especial, para examinar aspectos específicos de la disciplina. En un país como México, que se inserta rápidamente en el mundo global, el interés por la materia más ampliada constituye una respuesta natural.

Profesores nacionales y extranjeros nos han hecho el favor de sugerirnos cambios, ampliación de explicaciones, precisión de conceptos y comentarios muy útiles, lo que les agradecemos cordialmente. Esta ayuda invaluable ha sido una piedra angular en nuestra nueva obra.

Durante el tiempo transcurrido ha habido cambios en la legislación nacional, tanto federal como local. Cuando se publicó la primera edición aún no se producía la bifurcación entre el *Código Civil Federal* y el *Código Civil para el Distrito Federal*. Este último ha planteado soluciones diversas de las contenidas en el federal. Tales cambios, junto con muchos otros relacionados con el comercio internacional, la adopción de nuevos tratados y la incorporación en varias leyes federales y locales de respuestas al derecho convencional internacional, han merecido nuestra atención y han sido reseñados en esta segunda edición actualizada.

Entre los cambios que hemos introducido, ampliamos el estudio de las leyes de cada entidad federativa. Nuestro análisis anterior se restringía a la ley federal y la del Distrito Federal, de manera que hemos incorporado diversas ideas doctrinarias así como precedentes judiciales de las entidades federativas. Todavía nos falta recorrer un largo camino, pero hemos dado ya el primer paso y esperamos completarlo en nuestras próximas ediciones.

Se incluyeron también nuevos capítulos: sucesiones, títulos de crédito, bienes y derechos reales de garantía, mientras que otros capítulos han sido simplificados o subdivididos o simplemente suprimidos, como sucedió con el de derecho penal internacional, que se eliminó a fin de centrar la atención en el derecho privado.

Otro cambio que hemos intentado en esta edición es acercarnos a criterios de mayor identidad nacional. Esto es, hemos hecho un esfuerzo para que la doctrina extranjera que referimos y que es indispensable en nuestra investigación no sea una mera traspolación de criterios extranjeros, sino que tratamos de pasarla por el tamiz de la idiosincrasia mexicana para que nuestras ideas tengan un sentido práctico y la obra pueda ser extensiva a varios países latinoamericanos, donde ya tiene un mercado, aunque sea incipiente. Con ese propósito nos hemos apoyado en la metodología del derecho comparado y en una clara idea de la identidad jurídica nacional.

En esta edición se clarifican problemas y respuestas derivados de la experiencia académica y profesional, lo que en gran parte se debe a los cursos que impartimos en varias universidades de la República y en el extranjero durante estos seis años, principalmente a nivel de licenciatura y posgrado, sobre el derecho de familia, los bienes y los títulos de crédito, las garantías, el arbitraje y el derecho internacional en sus relaciones con el proceso.

Queremos dejar constancia de nuestra participación en los últimos seis Seminarios Nacionales de Derecho Internacional Privado y Comparado. Esta experiencia fue de trascendental importancia sobre todo por las discusiones que tuvimos la oportunidad de sostener con los asistentes a dichos seminarios. Estamos convencidos de que el seminario nacional es el foro más propicio en México para la creación de un nuevo DIPr. En cuanto a la práctica profesional, esos seis años han sido de enorme valor para afinar y concretar muchas de las ideas que habíamos esbozado en la primera edición, y creemos que ayudará a los abogados, jueces y estudiantes en la resolución de los problemas que se derivan del tráfico jurídico internacional.

Un aspecto central en la obra consiste en el replanteamiento de las ideas que expresamos en la primera edición, en la que con frecuencia nos limitamos a mostrar cuál es el derecho u ordenamiento aplicable; ahora no sólo nos dedicamos a explicar el mecanismo para su aplicación, sino también los argumentos que dan cuenta del porqué ha de aplicarse. Consideramos que una formulación de ese tipo es más completa, más útil y práctica.

En el ordenamiento iusinternacionalprivatista mexicano no existen con frecuencia disposiciones particulares, lo que nos ha obligado a buscar respuestas concretas que derivamos de las disposiciones generales, siempre teniendo presente un esfuerzo de caracterización de instituciones, de conceptos, de puntos de contacto y de reglas de conflicto que esperamos que resulten útiles.

Ofrecemos una disculpa por referirnos con tanta frecuencia a soluciones internacionales de diversos problemas que deben ser resueltos con criterios más locales, como sucede en casi todos los temas que abordamos en esta obra, especialmente los que merecen una regulación de cada entidad federativa, como ocurre en los casos del derecho de familia, de los bienes y de diversos problemas procesales, ya que muchos de estos temas no fueron tomados en cuenta por los legisladores y tampoco por los abogados o juzgadores locales. Una actitud de este tipo no es aceptable pero sí explicable, pues gran parte de estos profesionales se formaron y ejercieron su profesión en la época en que México era aún un país territorialista firmemente cerrado

hacia el exterior. El resultado práctico de todo este proceso ha sido la carencia de respuestas y soluciones acordes con el contexto de nuestra época. Para tratar de remediar esta situación hemos simplificado la presentación de este libro refiriendo una mayor cantidad de ejemplos.

Sabemos por conversaciones personales con jueces, abogados y estudiantes que esta obra ha sido de algún beneficio para encontrar respuesta a sus preguntas. Ya lo hemos expresado en esas ocasiones, pero ahora nos permitimos repetirlo: el análisis del DIPr y su aplicación requiere cuidado, por dos razones principales: porque los juristas (una parte considerable) no están capacitados ni habituados a enfrentar soluciones con elementos internacionales, pero sobre todo porque en esta disciplina, fundamentada en el derecho comparado, hay que aprender a encontrar soluciones flexibles acordes con un mundo globalizado, lo que no siempre resulta una tarea sencilla.

En esta edición, el texto de los tratados ratificados por México se incluyó en un disco óptico (CD) compatible con cualquier sistema de cómputo. Consideramos que es mejor aprovechar el espacio al que ahora nos hemos ampliado en el texto expositivo y dejar el texto de consulta para un sistema al que hoy en día todo estudiante, abogado y juez tiene acceso.

Al igual que en la primera edición, tenemos mucho que agradecer. Son numerosas las personas que generosamente nos han dado apoyo, pero no debemos dejar de mencionar en primer lugar la ayuda que hemos recibido para la obtención de buena parte de la información que ahora presentamos en esta obra. Como antes, se han distinguido en este apoyo nuestros queridos y apreciados amigos españoles. Su generosidad es proverbial y en esta ocasión lo hemos comprobado nuevamente. Deseamos hacer especial mención al profesor José Carlos Fernández, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, por el apoyo constante que nos ha brindado durante nuestras cortas estancias en España y la oportunidad de haber impartido a lo largo de estos seis años varias conferencias en esa prestigiada institución. Al profesor Alfonso Calvo Caravaca por las atenciones prestadas a los autores durante las invitaciones que nos extendió tanto para la participación en seminarios como en la estancia que dispensó al profesor Silva para una investigación en la Universidad Carlos III con objeto de completar el material que nos resultaba indispensable en algunos temas. Igualmente, buena parte del material empleado en la obra fue obtenido de la magnífica biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, donde Jorge Silva realizó una estancia (2000-2001). Otros materiales, consejos y sugerencias los hemos recibido de los miembros de la Academia de DIPr, que mucho agradecemos.

No queremos concluir con nuestros agradecimientos sin mencionar las facilidades que se nos brindaron en las bibliotecas donde tuvimos la oportunidad de consultar algunos materiales complementarios, principalmente la de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Viena); la del Jesus College de la Universidad de Oxford, la del Departamento de Derecho Internacional Privado de la Universidad de París y la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América.

De los lectores esperamos sugerencias y comentarios. Nuestros correos electrónicos son:

lpereznieto@bdavalos.com.mx y silvasi@aol.com

Muchas gracias por el favor que dispensen a esta obra, pues son nuestros lectores los que finalmente, con su generosidad, hacen posible que nos encontremos presentando esta segunda edición.

LOS AUTORES
México, Distrito Federal, y Ciudad Juárez, Chihuahua,
Primavera de 2006.

Abreviaturas y siglas

AAA	American Arbitration Association (Asociación Americana de Arbitraje Comercial)
AD	Amparo directo
ALADI	Asociación Latinoamericana de Desarrollo e Integración
ALALC	Asociación Latinoamericana de Libre Comercio
AMMAC	Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial
art.(s)	artículo, artículos
CAM	Centro de Arbitraje de México
CAMCA	Centro de Arbitraje y Mediación Comercial de las Américas
CC	*Código Civil*
CCDF	*Código Civil para el Distrito Federal*
CCFed	*Código Civil Federal*
CCI	Cámara Internacional de Comercio
CCom	*Código de Comercio*
CEE	Comunidad Económica Europea
CFPC	*Código Federal de Procedimientos Civiles*
CIAC	Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
CIDIP	Conferencia Interamericana Especializada sobre Derecho Internacional Privado
CLN	Proyecto de Convención referente a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de vehículos destinados a la navegación interior
CNUDDCI	Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo del Derecho Comercial
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (United Nations Commission for the International Trade Law, UNCITRAL)
comp.	compilador
coord.	coordinación
CPCDF	*Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal*
CVR	Proyecto de Convención sobre el contrato para el transporte internacional de pasajeros y mercaderías por carretera
D.F.	Distrito Federal
DEA	Agencia antinarcóticos estadounidense
DIF	Desarrollo Integral de la Familia

DIPr	Derecho Internacional Privado
DO	*Diario Oficial de la Federación*
DPI	Derecho penal internacional
ed.	edición
EDI	intercambio electrónico de datos
fasc.	fascículo
fracc.(s)	fracción, fracciones
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio
IDI	Instituto de Derecho Internacional
LDIP	*Ley de Derecho Internacional Privado*
LGP	*Ley General de Población*
LIE	*Ley de Inversión Extranjera*
LN	*Ley de Nacionalidad*
LOAPF	*Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*
núm.(s)	número, números
OEA	Organización de Estados Americanos
OIT	Organización Internacional del Trabajo
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONU	Organización de las Naciones Unidas
p., pp.	página, páginas
párr.(s)	párrafo, párrafos
RCDIP	*Revue Critique de Droit International Privé*
RDIP	*Revista de Derecho Internacional Privado*
RMDIPC	*Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*
s., ss.	siguiente, siguientes
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
secc.(s)	sección, secciones
SECOFI	Secretaría de Comercio y Fomento Industrial
SE	Secretaría de Economía
SRE	Secretaría de Relaciones Exteriores
t.(s)	tomo, tomos
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del Norte
trad.	traducción
UANL	Universidad Autónoma de Nuevo León
UIA	Universidad Iberoamericana
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNCITRAL	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
vol.(s)	volumen, volúmenes

Derecho Internacional Privado

Parte especial del Derecho Internacional Privado

1

1.1. Consideraciones preliminares

Hasta finales del siglo pasado la enseñanza del Derecho Internacional Privado (DIPr) en México se centró en lo que hoy denominamos su *parte general.* La razón consiste en que el sistema jurídico mexicano permaneció cerrado hacia el exterior prácticamente hasta 1987, cuando se produjeron las primeras reformas en la materia como producto de la apertura de la economía en 1986. La *parte general*, como su nombre lo indica, está enfocada a la teoría general del DIPr y se trata sólo de una parte; como señala la doctrina, al lado de esa parte general existe una *parte especial.* De esta última tratará la presente obra. Por lo pronto, en este capítulo nos ocuparemos de precisar su contenido.

Lo que significa y abarca esa parte especial depende de cómo se aborde. En el DIPr hay, entre otros, dos enfoques metodológicos: uno atiende al análisis de las normas del DIPr y se denomina *enfoque normativo,* y el otro se refiere a la forma en que puede explicarse la parte especial; en este caso estamos hablando de un *enfoque didáctico.* Abordaremos ambos, y al hacerlo iniciaremos la exposición del contenido de la parte especial.

Enfoque normativo

La técnica que se siguió tradicionalmente en México, al igual que en otros países, para codificar las normas de DIPr se basaba en las normas generales de la disciplina. Esto exige clasificar previamente las normas del DIPr en *normas generales* y *normas especiales.* Aunque no existe consenso en torno de lo que debe entenderse por unas y otras, procuraremos aclarar dichos conceptos.

Las normas tradicionales del DIPr, esto es, las normas de conflicto, se caracterizan por dar una *respuesta indirecta al supuesto normativo regulado.* Se valen para ello de un punto de conexión o punto de contacto que vincula la ley aplicable con el supuesto regulado.

Ejemplo

Según el CCDed, la capacidad de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio. Ésta es una *regla general* del DIPr porque cubre un sinnúmero de supuestos en los que la capacidad tiene alguna implicación. Dicha regla, por tanto, puede ser aplicable a la capacidad para contratar, adoptar, casarse, comparecer a juicio, etc. Por otro lado, esta regla general dejará de ser aplicable al supuesto fáctico cuando exista una *regla especial* que lo regule. En México, por ejemplo, existe una regla especial para fijar la ley aplicable a la capacidad para suscribir un título de crédito, que no es la del domicilio del signatario, sino la del lugar de la expedición del título.

Este tipo de normas, mayoritariamente acogidas en la legislación mexicana, son las que se denominan *generales*. En otros países, y en forma limitada en México, se han desarrollado normas especiales por medio de leyes, convenciones internacionales y, sobre todo, por la jurisprudencia.

Así como nos referimos a normas generales y especiales, también se alude a *foros generales* y *especiales* para indicar cuál es el tribunal competente en un Estado, en lo general o en lo especial, para conocer de un caso concreto. Por ejemplo, el *foro del demandado* es un foro general, ya que el domicilio del demandado es el punto de conexión que determina la competencia del tribunal ante el que se debe demandar para el cumplimiento de sus obligaciones, pero será especial el foro cuando se pueda demandar en el del *domicilio del actor*, tratándose de divorcio, cuando el domicilio del demandado ha sido abandonado. Esta última es una regla especial que sustituye a la general.

En México, a diferencia de otros lugares, la evolución del DIPr ha sido distinta. Como ya lo mencionamos, después de haber estado cerrado en materia internacional por más de cinco décadas, a partir de 1988 el sistema económico y jurídico de México se abrió paulatinamente, y en la medida en que el nuevo sistema mexicano del DIPr se aplica y se desarrolla, los tribunales han definido criterios, los abogados plantean soluciones y la doctrina propone alternativas. Entonces, el sistema jurídico mexicano en la materia tiende a especializarse y ha generado sus propias pautas.

En México, como también mencionamos, las normas especiales son escasas y hay pocos criterios jurisprudenciales, por lo que para diseñar un curso especial de DIPr decidimos partir de normas generales analizando situaciones concretas con vínculo a dos o más foros y, en forma excepcional, hacer acopio de las escasas normas especiales existentes en el sistema y construir un plan que permita a estudiantes, abogados y jueces contar con un material básico para sus estudios e investigaciones y para la aplicación de la ley. Ello reduce el enfoque metodológico que va a utilizarse.

Cabe señalar que además de las tradicionales normas especiales del DIPr (las propiamente conflictuales) existen otras especiales. Es el caso de las *normas materiales*, tanto internas como convencionales internacionales (y entre ellas las *normas uniformes* y las de *lex mercatoria*). Este conjunto de normas, como se estudia en la parte general, también prescriben normas especiales para regular problemas específicos de tráfico jurídico internacional. Por ejemplo, recordemos los tratados que rigen la compraventa internacional de mercaderías, los títulos de crédito de circulación internacional y el arbitraje comercial mundial, entre otros. Se trata en estos instrumentos de establecer normas reguladoras de situaciones especiales puesto que regulan un área especial del derecho para aquellos Estados que han ratificado los convenios o tratados internacionales donde están contenidas esas normas uniformes; o bien, aquellos Estados que comercian internacionalmente y que, en forma explícita o implícita, aceptan como fuente normativa la *lex mercatoria*.

En suma, dentro de este enfoque normativo la especialidad de las normas de DIPr atiende a que se trata de normas diferentes de las generales y que regulan en lo particular un supuesto normativo específico. Se trata, sin embargo, de normas aplicadas con poca frecuencia (por no ser las habituales o generalizadas).

Enfoque didáctico

Este segundo enfoque metodológico toma en cuenta la forma en que puede enseñarse el DIPr. Para ello se requieren métodos y técnicas que permitan al lector comprender la disciplina del DIPr y, en su caso, aplicarla.

Aquí partimos de la idea de que un curso de DIPr está dividido en una parte *general* y otra *especial*. En la general (tradicional y única, hasta no hace mucho tiempo) sólo se atienden los elementos estructurales de la norma de conflicto, conceptos y definiciones, y se ocupa de los marcos teóricos y conceptuales pero sin analizar situaciones específicas que son objeto de estudio de la parte especial.

El estudio de la parte especial presupone, además, el conocimiento de la parte general, por lo que aquélla estará enfocada a nuevos conceptos y categorías basados en los conceptos generales previamente analizados.

En 1993 la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) elaboró un plan y programa de estudios que estableció dos semestres para el estudio de la disciplina.[1] En dichos cursos no se incluyeron los temas de la nacionalidad ni de la extranjería, que son examinados en un curso especial y autónomo. Tampoco se incluyó en ellos lo que se denomina *regulación jurídica del comercio internacional*, objeto a su vez de otros dos semestres. Un plan de estudios parecido se sigue desde hace algunos años en la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, el Instituto Tecnológico Autónomo de Monterrey (ITAM), la Universidad Panamericana, etc., aunque en estas instituciones su estudio se plantea a partir de materias optativas y no obligatorias, como sucede en la UNAM, o bien en el nivel

[1] Entre 1968 y 1993 se reducía a un semestre. En el curso se incluía nacionalidad y extranjería, así como elementos generales del DIPr.

de posgrado. Incluso, en 1999 el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana lanzó una convocatoria para reformar ese plan y ampliar el tiempo dedicado al DIPr.

Se han diseñado cursos especializados de DIPr para posgrado, como los de arbitraje comercial internacional o derecho de los negocios jurídicos internacionales, impartidos desde hace varios años en la División de Estudios Superiores de la Escuela Libre de Derecho de la Ciudad de México. También destaca la maestría en Derecho Internacional Privado, creada en 1990 en la División de Estudios de Posgrado de la Universidad de Sonora y de la cual egresaron ya varias generaciones.

Existen otros cursos especializados, como módulos, diplomados y especialidades sobre derecho de los negocios internacionales, doble tributación internacional, aspectos jurídicos del comercio internacional y cooperación judicial internacional, entre otros, que demuestran el interés suscitado por la apertura comercial y jurídica en México. Estos cursos especializados también han sido impartidos a los miembros del Poder Judicial y a funcionarios públicos.

Conviene reiterar que en la parte especial se estudian no sólo las normas conflictuales especiales,[2] sino también las materiales especiales (internas, convencionales internacionales y de *lex mercatoria)* y las de aplicación inmediata, que por su carácter imperativo impiden el tráfico jurídico internacional.

Una de las particularidades de esta parte especial consiste en saber cómo abordarla. En México existen dos enfoques metodológicos:

a) A partir de 1993, el curso especial de la Facultad de Derecho de la UNAM se estructuró de acuerdo con el contenido de cada tratado internacional, ratificado por México y ordenado a partir del foro u organismo en el que se aprobó cada instituto internacional (La Haya, UNCITRAL, CIDIP, etcétera).

b) Otro enfoque, en el que se incluye esta obra, parte de los *supuestos normativos, instituciones y disciplinas jurídicas* a las cuales se refieren las leyes o los tratados, pero sin limitarse, como lo hace el enfoque anterior, a cada uno de los tratados. De esta manera, el enfoque metodológico va más allá del enfoque meramente exegético. Se trata de una forma científica de abordar el estudio de la disciplina.

De acuerdo con el primer enfoque, José Francisco Contreras Vaca publicó en 1998 una obra en la que comenta uno a uno los tratados internacionales que México ha suscrito.[3] Consideramos que ese enfoque exegético y dogmático es excesivamente limitado, ya que no cubre todos los temas que requiere la parte especial del DIPr. Por esta razón, estimamos adecuado partir del segundo enfoque metodológico, en el cual, además del aparato dogmático, se examina el teórico, el valorativo y sobre todo

2 Leonel Pereznieto Castro las catalogó como propias del sistema tradicional. Véase *Derecho Internacional Privado. Parte general,* 8a. ed., Oxford University Press, México, 2003, pp. 130 y siguientes.

3 Francisco José Contreras Vaca, *Derecho Internacional Privado. Parte especial,* 2a. ed., Oxford University Press, México, 2006.

el institucional y conceptual, en el que se implica la regulación de instituciones específicas del DIPr y donde pueden confluir dos o más tratados internacionales, disposiciones y jurisprudencias del derecho mexicano. Como explicaremos más adelante, partimos del supuesto fáctico por regular y de la disciplina que lo abarca.

Para entender por qué y para qué desarrollar un curso especial de DIPr (su objeto), a continuación nos referimos a las razones que nos impulsaron (los cambios legislativos, el desarrollo doctrinal —todavía incipiente por cierto—, la realidad socioeconómica de México) y al objetivo: contar con una obra que analice la mayor cantidad posible de aspectos que tradicionalmente estudian las partes especiales.

1.2. Orígenes del curso de DIPr en México

La introducción del primer curso del DIPr (con un enfoque académicamente autónomo) en las universidades mexicanas data del siglo XIX, y se plantearon en los preámbulos de los códigos civiles de esa época. Originalmente, el DIPr formó parte del derecho civil y del derecho natural. En el ámbito académico, la materia se estudió como parte del derecho de gentes y con un enfoque esencialmente iusnaturalista, referido sobre todo a los derechos de los extranjeros y a la adquisición de la nacionalidad mexicana por parte de éstos. Se tomó como base la nacionalidad en tanto punto de contacto o de conexión.[4]

El estudio de la disciplina en México se ofreció dentro de las cátedras de derecho civil que impartieron profesores como José Díaz Covarrubias y Agustín Verdugo, quienes enseñaron el *Código Civil* de 1870, o como Isidro Montiel Duarte, que impartió la materia dentro de la cátedra de derecho constitucional.[5] En 1889 se estableció de manera autónoma la cátedra de DIPr, por primera vez, gracias al profesor José Algara.[6]

4 En otros países, la ausencia de disposiciones propias de DIPr o lo reducido de las mismas impidió que esta disciplina fuese vista como rama autónoma. Lo poco que de ésta se examinaba se hacía en los cursos de derecho internacional (público como hoy lo conocemos). Los profesores se dedicaban a ambas disciplinas, como sucedió todavía hasta la década de 1980 en Italia y en alguna medida en España. La autonomía del DIPr, como curso, es tardía. Gonzalo Parra explica que se introdujo como curso especial en 1876 en los Países Bajos y en Francia y Suiza en 1880. En América, señala, se introdujo en 1875 en Perú, en 1878 en Buenos Aires, en 1880 en El Salvador y en 1884 en Venezuela. En este sentido, veáse el *Curso general de derecho internacional privado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998, p. 245.

5 Una reimpresión de la obra es la publicada en 1877; véase Isidro Montiel y Duarte, *Tratado de las leyes y su aplicación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1978.

6 Para mayor información sobre el DIPr en el siglo XIX véase Leonel Pereznieto Castro, "Consideraciones sobre el Derecho Internacional Privado en México durante el siglo pasado a partir de la Independencia", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 20, mayo-agosto, 1974, pp. 113 y ss. Con relación al estudio de los conflictos entre entidades federativas, véase Jorge Alberto Silva, "Algunos antecedentes históricos que dieron lugar al estudio de los conflictos de órdenes jurídicos entre las entidades federativas mexicanas", en *XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Tijuana, 2002.

Debido al territorialismo imperante en México durante la mayor parte del siglo XX, sobre todo a partir de 1932,[7] el estudio del DIPr se hizo prácticamente innecesario, ya que el *Código Civil* vigente estableció como ley aplicable únicamente la mexicana, sin tomar en cuenta la nacionalidad (que anteriormente era un punto de contacto) o los elementos extranjeros dentro de la relación jurídica. De esta manera, la parte especial de la disciplina ni siquiera fue considerada en las universidades mexicanas. No obstante, como hemos mencionado, la realidad del país cambió y numerosos factores posteriores determinaron la necesidad de un estudio sistemático de esa realidad mediante un curso especial como éste.

Cambios legislativos y políticos en México

La primera vez que se estableció la cátedra de DIPr en la universidad mexicana se hizo con base en la adopción de los planes de estudio de las universidades francesas, y concretamente se transcribió el plan de estudios de la Universidad de París. La justificación existía: la codificación civil mexicana de 1870, además de ser prácticamente una copia del *Código Civil* francés de 1804,[8] introdujo la nacionalidad como punto de conexión para señalar la ley aplicable a la capacidad y el estado civil de las personas, principio que fue confirmado en el *Código Civil* de 1884. En el estudio del DIPr desde 1870 hasta la fecha podemos identificar tres épocas:

a) De la expedición del *Código Civil del D.F.* de 1870 a la del *Código Civil* de 1928, que entró en vigor en 1932.
b) De la entrada en vigor del *Código Civil* de 1932 a 1987.
c) De 1987 a la fecha.

En la primera etapa, la codificación civil del D.F. y de las demás entidades federativas introdujo reglas de conflicto que hacían posible aplicar una norma de derecho extranjero aplicando la conexión de la nacionalidad. Esto llamó la atención de diversos estudiosos, que publicaron obras sobre la materia, entre las que cabe mencionar las de José Algara (1889), Francisco J. Zavala (1903), Pedro Rodríguez (1903), Luis Pérez Verdía (1908) y Miguel Ávalos (1911).

En 1870 José H. Ramírez había publicado una obra limitada al estudio de los extranjeros.[9] Durante esa época se leyeron en México tratados de autores extranjeros como los de Eugenio Florián y Joseph Story.[10] Al finalizar el siglo XIX ya se leían las obras de Joseph Story y de Federico Carlos de Savigny, según puede verse en los trabajos de

7 Fecha en que entró en vigor el entonces *Código Civil para el Distrito Federal y Territorios Federales*.
8 Cabe recordar que este *Código Civil* se inspiró en el *Proyecto de Código García Goyena*, el que a su vez fue un texto copiado casi íntegramente del citado *Código Napoleónico* de 1804.
9 Así lo destaca Alejandro Mayagoitia, "Acerca de la vida y obra de don Manuel Cruzado", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.
10 En este sentido, véase Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado, notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el Derecho mexicano*, 2a. ed., UNAM, México, 1982, pág. 36.

Ignacio L. Vallarta y José Algara. Este último autor abordó los aspectos conflictuales entre las entidades federativas, aunque siguió una idea estatutaria incorrecta.[11]

La segunda etapa fue propiciada por el *Código Civil para el Distrito Federal (CCDF)* de 1928, que entró en vigor en 1932 y desencadenó una modificación similar en la gran mayoría de los códigos del país, varios de los cuales permanecen todavía en esa etapa. Esta codificación no permitió alternativas para seleccionar la ley aplicable, ya que prescribió que sólo se aplicaría la mexicana (la de la entidad federativa correspondiente). Un proceder de este tipo, de naturaleza territorialista, anuló prácticamente el DIPr y, salvo casos excepcionales, la preocupación académica por la disciplina desapareció. Aunque en las universidades mexicanas ya no se impartió la cátedra, más por inercia que por necesidad, lo cierto es que el desánimo invadió a los profesores. En varios centros de enseñanza superior el DIPr fue olvidado, o se refundió en la cátedra de Derecho Internacional Público, o bien se redujo a la enseñanza del derecho de nacionalidad y el de extranjería.

El decaimiento y el desánimo fueron la regla. Pocos estudiosos se preocuparon por la disciplina. Entre los profesores que escribieron trabajos sobre la materia destacan Roberto Esteva Ruiz (1932), Eduardo Trigueros (1938), Guillermo Gallardo Vázquez (1943), José Luis Siqueiros (1945), Alberto G. Arce (1959), Jorge Aurelio Carrillo (1965), Enrique Estrada Aceves (1968), Carlos Arellano García (1974) y Leonel Pereznieto Castro (1977).

La tercera época fue estimulada por las reformas de 1988 al *CCDF*, que también era aplicable en el ámbito federal, a los códigos de procedimientos civiles federal y para el Distrito Federal y posteriormente al *Código de Comercio* (1989). Cabe mencionar que desde 1975, cuando México participó en las conferencias de la CIDIP, se empezaron a publicar estudios sobre la materia. Como dijimos, no todos los códigos de las entidades federativas siguieron este cambio.

En 1990, con motivo de las negociaciones del TLCAN, se reformaron diversos textos normativos federales y de algunas entidades federativas en una franca apertura comercial, para así enfilar a México en favor de un derecho globalizado.

Las reformas a las disposiciones citadas propiciaron mayor congruencia dentro del sistema jurídico mexicano (por lo menos en el federal y en el de algunas entidades federativas). De un sistema de territorialismo absoluto y cerrado se pasó a uno más armónico con los sistemas jurídicos extranjeros. Hoy en día, las reformas legales llevadas a cabo en nuestro país varían según el área de interés. Además, ha crecido el número de tratados ratificados por México, a los cuales se les considera leyes jerárquicamente superiores a lo prescrito en cada una de las legislaciones de los estados de la República Mexicana,[12] donde la reacción a los cambios ha sido lenta o, simplemente, no han repercutido los registrados en el derecho convencional internacional.

11 Véase Jorge Alberto Silva, *Estudios de derecho conflictual sucesorio interestatal durante el siglo XIX*, UACJ, Ciudad Juárez, 2006.
12 Sobre la jerarquía de los tratados en el derecho mexicano se puede consultar Leonel Pereznieto Castro, "El art. 133 constitucional: una relectura", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 25, México, 1995-11, pp. 265 y siguientes.

Los cambios y las reformas llevados a cabo han sido en mayor número en el ámbito comercial y en menor medida en lo procesal y familiar. En materia familiar, el cambio en la mayoría de las entidades federativas ha sido escaso: se trata de algunas modificaciones sobre la adopción de menores y sólo en algunos códigos se acepta la conexión domiciliar, a la que más adelante nos referiremos (capítulos 4 a 11). Incluso, haremos mención de estos códigos.[13] En el aspecto procesal, los tratados internacionales salvan, en cierta medida, los obstáculos previstos en las leyes de varias entidades federativas, como también veremos en su oportunidad.

En el año 2000, el *CCDF* sufrió un retroceso al volver al territorialismo, aunque ahora ya no es la única regla imperante, pues sobre él se encuentran diversos tratados internacionales que procuran una armonía de órdenes jurídicos, según lo explicaremos más adelante.

En los últimos años han empezado a darse a conocer tanto los cambios legales como las escasas resoluciones judiciales en la materia, los cuales han dejado a la vista un campo de estudio virgen que requiere ser analizado, comprendido y desarrollado.

El incremento en las relaciones jurídicas internacionales ha hecho patente la necesidad de conocer cómo se vinculan los distintos sistemas jurídicos, la forma en que un contrato celebrado en México tendrá efectos en el extranjero y viceversa, así como la naturaleza de esas repercusiones; o bien, qué efecto tiene aplicar una u otra ley o presentar una demanda ante el tribunal de un país o del otro. Actualmente el número de operaciones que implican la aplicación del derecho extranjero es cada día mayor en la medida en que la economía mexicana se desarrolla y se globaliza, como lo demuestra el hecho de las operaciones cotidianas en que se otorgan garantías en contratos internacionales, se aseguran y reaseguran bienes en el plano internacional, se celebran contratos de coinversión, se emiten valores internacionalmente o se adquieren bienes en el extranjero, entre muchas otras. En fin, se trata de situaciones que los estudiantes, abogados y jueces deben conocer, sea que estén o no de acuerdo con las políticas aperturistas.[14]

Además del estrictamente legal, también se ha operado un cambio en los ámbitos político y económico. Antes de la apertura, en México se atendía más a un enfoque de *coexistencia* que a uno de *cooperación*. El enfoque de coexistencia se limitaba únicamente, de manera unilateral, a prever la suerte de los mexicanos en México como un asunto de interés nacional, ignorando los intereses de los mexicanos en el extranjero y más, los intereses de los extranjeros en México. Esta actitud "de avestruz" dio lugar a un concepto de soberanía nacional egoísta y aislacionista que rebasó los límites y provocó un territorialismo agobiante, con leyes draconianas.

13 Para mayor información sobre este tema véase Jorge Alberto Silva, "Los convenios internacionales relacionados con el derecho de familia; su falta de recepción en el derecho interno mexicano", en *XVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Pachuca, 2004.

14 Eduardo Trigueros S., "El abogado y los conflictos internacionales de leyes y jurisdicciones", en *El Foro*, diciembre de 1948, México.

El cambio hacia la concesión de un peso mayor al enfoque cooperacional se ha dado principalmente por las necesidades económicas del país, para liberalizar el comercio, las importaciones y las exportaciones o para resolver diversos problemas internacionales, propios del ámbito de la familia, sobre todo por el hecho de que varios millones de mexicanos viven actualmente en el exterior y el número de extranjeros que residen en México se incrementa día tras día.

Dicho cambio obedece también a la necesidad de mayor respeto a los derechos humanos, entre los que pueden mencionarse la existencia de procesos electorales más transparentes y el pleno reconocimiento del derecho, el respeto a las minorías, entre ellos los extranjeros, y la mayor transparencia de los actos de gobierno.

El impulso doctrinal

Como se mencionó, con la entrada en vigor, en 1932, del *Código Civil* elaborado en 1928, el estudio del DIPr prácticamente desapareció. Un punto de referencia nos indica que durante la vigencia de los códigos de 1870 y 1884 se publicaron más obras que las que circularon mientras permaneció vigente el de 1932, al menos hasta finales de la década de 1980.[15]

A pesar de este territorialismo, que Enrique Helguera llamó *territorialismo a ultranza*, se alzaron algunas voces. En 1968 se fundó el Instituto Mexicano del Derecho Internacional Privado, en el que participaron especialistas en la materia cuyo trabajo significó un antecedente importante de la tercera etapa referida. Sin duda, esa fase ha sido la más rica en experiencias y logros: el antiguo Instituto de Derecho Internacional Privado, creado en plena época territorialista (1968), se transformó en la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado (1992), que muy pronto se convirtió en la actual Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (1994). El número de obras bibliográficas sobre el DIPr producidas a partir de 1976, fecha en que dio inicio el Seminario Nacional de DIPr, superó en más de 50 al total de las generadas con anterioridad. Las revistas especializadas acogieron un buen número de trabajos e incluso se fundó la *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado* (1996), publicación que, a su vez, sirve de caja de resonancia dentro y fuera del país. Las publicaciones hemerográficas han aumentado en todos los órdenes y un gran número de abogados se han interesado en la materia. Desde la década de 1960 principalmente, el incremento de asuntos en México de carácter internacional ha dado como resultado el crecimiento de despachos jurídicos dedicados a estas áreas.

Ante esta diversidad de trabajos doctrinarios y el incremento de la actividad doctrinal en el área, hemos entendido que tal riqueza temática nos daría la oportunidad

15 En 1976 se inició el Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, que fue el impulso fundamental para la publicación de trabajos que ahí fueron debatidos, con lo cual se incrementó sensiblemente el número de estudios sobre la materia publicados hasta esa fecha.

de explicar, al menos en parte, las propuestas planteadas por diversos autores, los primeros pasos de la jurisprudencia y el interés despertado en el foro mexicano, en un curso especial como el que ahora presentamos.

La realidad internacional

Con motivo de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional sufrió un gran cambio. Analicemos tres factores:

a) *La globalización del derecho.* Las ideas decimonónicas de soberanía, según las cuales cada Estado podía regular de manera independiente, dentro de su territorio, las relaciones jurídicas con elementos extranjeros, influyeron profundamente en el esfuerzo de los internacionalistas por plantear la necesidad de establecer un nuevo tipo de normatividad más allá de esas barreras nacionales. A lo largo del siglo XX, los nacionalismos exagerados fueron las principales causas de las guerras. Aunado a lo anterior, la necesidad del comercio internacional ha reducido el poder antes absoluto de los Estados en su propio beneficio, como explicamos más adelante. Pero la globalización (globalización del derecho, *global law* o *droit global*) no sólo se ha referido al comercio. Hay otras áreas globalizadas, producto del incremento en las telecomunicaciones y de los intercambios, como es el caso de los derechos humanos, la exigencia de justicia, las migraciones, la protección del ecosistema, el uso de las tecnologías, el combate a la delincuencia organizada, etcétera.[16]

b) *Desarrollo del comercio.* Con el advenimiento de la Revolución industrial los países europeos encontraron una razón más para desplegar su expansionismo en el mundo, pero esta vez mediante la exportación de sus productos. Se vieron entonces en la necesidad de desarrollar un sistema internacional de protección industrial de patentes y marcas. A finales del siglo XIX se inició un importante movimiento jurídico internacional en esta materia, el cual mostró la posibilidad de hacerse extensivo a otros campos. La Segunda Guerra Mundial marcó el gran cambio en este sentido con la creación de organismos internacionales para impulsar al comercio mundial, incluido el desarrollo de la nueva *lex mercatoria.* Así, con el tiempo se pasó de economías locales a economías internacionales de escala, y más tarde a la globalización de las economías. Esta evolución es la que trata de atender la parte especial del DIPr en su ámbito jurídico.

c) *Migración internacional.* El movimiento de bienes y servicios, la necesidad de mayor mano de obra, el desarrollo de medios de comunicación más rápidos y la ampliación

16 Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, "Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2003.

de centros manufactureros contribuyeron al desplazamiento de grupos humanos. Para no ir más lejos, pensemos en los millones de mexicanos radicados en Estados Unidos de América y en otros países, así como en la gran cantidad de extranjeros radicados en México en áreas del comercio, la industria y los servicios. Este fenómeno determinó el replanteamiento no sólo de las relaciones obrero-patronales, sino también de los actos del estado civil en otros lugares o del pago de impuestos o derechos, entre otros cambios.

Al explorarse las soluciones actuales frente a problemas de tráfico jurídico internacional, se advierte que aquéllas han crecido. Se multiplicaron los tratados especializados en áreas específicas y en muchos países se crearon leyes que ofrecen respuestas a situaciones vinculadas con el exterior. Estas nuevas reglamentaciones, de las que México es parte, transformaron el panorama. Ya no se intenta plantear meras *guías generales para solucionar problemas;* ahora se procura *dar respuestas jurídicas a problemas más particulares,* como los relacionados con el tráfico jurídico internacional, donde se incluyen el tráfico, el desplazamiento y la retención ilícita de menores, la ejecución de pensiones alimentarias, el cumplimiento en los contratos, el acceso a nuevas formas de financiamiento, la cooperación judicial internacional, los métodos alternativos para la solución de controversias, etcétera.

Realidad social y económica en México

Independientemente de los cambios legislativos y de las opiniones de los iusinternacional privatistas, la realidad social y económica de México hace necesaria la apertura de un *curso especial* de DIPr.

La antigua política mexicana de sustitución de importaciones, que imperó entre 1940 y 1986, llegó a su límite y se agotó como modelo económico. Entre las repercusiones del agotamiento de ese modelo están las crisis económicas cíclicas de 1976 a 1994, que dieron lugar a un empobrecimiento generalizado de la población. Destacan una mayor emigración de mexicanos a otros países, así como la desunión de matrimonios, los desplazamientos de menores y el contrabando de mercancías, por mencionar algunos de los fenómenos socioeconómicos más graves.

En el comercio, las nuevas soluciones han tenido que ver con la multiplicación de los medios de transporte de bienes y servicios, con las telecomunicaciones, con los contratos, con las ofertas a través de medios electrónicos, con la movilidad de las grandes empresas y con el acuerdo de los países para uniformar sus leyes de comercio, entre otros fenómenos.

En la familia son problemas característicos los relacionados con el matrimonio y la capacidad para contraerlo. Respecto del divorcio, se ha confrontado a los órganos competentes para celebrarlo; también se ha polemizado sobre el lugar donde pueden concretarse sus causales, al igual que los efectos que producen. En cuanto a la adopción de menores, las dudas aparecen a propósito de las formas de realizarla,

la obligación de pagar alimentos, y el desplazamiento y retención ilícita de menores por alguno de sus padres, por ejemplo.

En 1988, con el inicio de la apertura jurídica en México, diversos textos se quedaron sólo en su planteamiento, lo cual, desde la perspectiva tradicional de nuestros jueces, se trataba de opciones abiertas que algunos tildaron de subjetivas, aunque en realidad se trató del otorgamiento de facultades para resolver (según la idea de Ronald Dworkin)[17] lo que se ha dado en llamar *casos difíciles* y en donde es necesario plantear argumentos para convencer. Por ejemplo, los *reguladores del reenvío* ("se aplicará el derecho extranjero salvo en las especiales circunstancias del caso"), situación en la que podrán tomarse en cuenta, con carácter excepcional, reglas conflictuales de ese derecho (art. 14, fracc. II, *CCFed);* las propias *instituciones desconocidas*, según las cuales se requiere determinar lo que son "instituciones o procedimientos análogos" (art. 14, fracc. III, *CCFed);* las relativas a cuestiones previas, que "no deben resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho" que regula la cuestión principal (art. 14, fracc. IV, *CCFed);* la introducción del *depeçage*, que regula a su vez la aplicación de diferentes normas a una misma relación jurídica, que requieren que se aplique el derecho de manera "armónica" para que se "realicen las *finalidades perseguidas por cada derecho*", y al tomar en cuenta "las exigencias de la *equidad*" en cada caso concreto (art. 14, fracc. V, *CCFed).*

Otras disposiciones consideran la no aplicación del derecho extranjero en casos en que "artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano", en los que el juez debe "determinar la intención *fraudulenta*" o la posibilidad de rechazo por contravención "contrario a *principios o instituciones fundamentales del orden público* mexicano" (art. 15, *CCFed).*

Conforme a los ejemplos anteriores, los jueces disponen de una amplia discrecionalidad que no implica arbitrariedad, sino una responsabilidad que debe asumirse al amparo de la argumentación jurídica y del conocimiento de la disciplina. Los estudios especializados sobre esos criterios judiciales con seguridad darán lugar a trabajos semejantes a los de otros países. Y de ahí podrían surgir jurisprudencia y doctrina mexicanas por desarrollar en el futuro.

Por otro lado, México es un país plurilegislativo. Más de 30 entidades federativas tienen sus propias leyes y órganos de gobierno que, de manera especial, han venido funcionando en los ámbitos civil y procesal. En los últimos años la democracia ha llevado a diversos partidos políticos al poder, lo que se ha traducido en diferencias ideológicas que se reflejan en el trabajo legislativo.

Como método indispensable en el campo del DIPr está el *derecho comparado*, que permite encontrar diversas opciones para resolver el problema en presencia. La *doctrina de los juristas* también desempeña un papel de importancia, y aun cuando no se le otorgue la relevancia necesaria para la relación del tráfico jurídico interno, no ocurre lo mismo en cuestiones internacionales, como lo pone de manifiesto el art. 38 del

17 Ronald Dworkin, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986; así como *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia,[18] así como el auxilio que presta en la argumentación jurídica.

La especialidad de cada relación jurídica requiere un tratamiento específico. Los operadores del derecho deben conocer cómo asignarle una significación a diversos enunciados, que algunos llaman *subjetivos*. La mejor ayuda está en el derecho comparado y en la teoría, más que en la dogmática jurídica. Los jueces y operadores jurídicos no siempre encontrarán precedentes judiciales mexicanos para cada caso, en virtud de que nuestro sistema jurídico ha entrado en terrenos novedosos y se encuentra aún en periodo de gestación.

1.3. Contenido de la parte especial

La parte especial del DIPr no tiene en todos los países un contenido único y unánimemente aceptado. Tal vez los aspectos más aceptados han sido el civil y el familiar, además de los aspectos comerciales y procesales. José Carlos Fernández Rozas sugiere que el DIPr se puede dividir en un DIPr *patrimonial*, otro de la *persona* y otro más de la *familia*.[19] Otros planteamientos han incluido problemas de transporte y reconocimiento de sentencias, así como aspectos procesales, penales, fiscales, laborales, de nacionalidad, sobre condición de extranjeros, de derecho social y de propiedad intelectual e industrial, etcétera.[20]

En el caso mexicano caben tres amplios apartados: uno, relacionado con la familia, otro, con el comercio y, el último, con la solución de litigios.

El ámbito familiar se encuentra centrado, prácticamente, sobre normas conflictuales de derecho interno, con cierta normatividad derivada de convenciones internacionales; el ámbito comercial está apoyado, por lo general, en normas uniformes y de derecho convencional, pero sobre todo en la autonomía de la voluntad de las partes. A su vez, la parte procesal encuentra su fuente en reglas uniformes de derecho convencional internacional, así como de derecho interno, especialmente en lo que se refiere a la cooperación judicial internacional.

Consideramos que el contenido de la parte especial del DIPr debe obedecer a las dificultades propias de cada país, de manera que eso nos llevó a elegir los *problemas de*

18 **Artículo 38.** "1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: [...] *d.* las decisiones judiciales y *las doctrinas de los publicistas* de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59." (Las cursivas son nuestras.)

19 José Carlos Fernández Rozas, Nota de presentación a la obra *Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado. Principios, objetivos y métodos del Derecho Internacional Privado. Balance y perspectivas de una década*, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1995, p. 12.

20 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, vol. I, Artes Gráficas Iberoamericanas, Madrid, 1992, pp. 32 y siguientes.

tráfico jurídico internacional de mayor importancia para nuestro medio. No obstante, al elaborar nuestro programa tuvimos que considerar diversas experiencias que explicamos a continuación. Nos referimos a las experiencias de los programas de estudio de España y a las de autores nacionales (antes de introducirse en la universidad mexicana la parte especial), así como a los trabajos realizados por el Colegio de Profesores de DIPr de la UNAM, y muy especialmente a los planteados en el Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado.

La experiencia de España

En España los programas de estudio coinciden en establecer lo que conocemos como la *parte general* y la *parte especial* del Derecho Internacional Privado; ningún programa de la segunda está elaborado con el objeto de examinar exclusivamente cada tratado o convención internacional de los que ese país es parte (el enfoque meramente exegético y dogmático).

Tanto en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid como en la de la Universidad Nacional de Educación a Distancia se atiende de manera especial a la explicación de la parte civil, dentro de la cual se incluye el derecho de familia (el aspecto teórico-dogmático).

Por su parte, en el programa de Educación a Distancia, el plan de estudios se refiere a las personas físicas y a las personas jurídicas, a la validez de los actos y negocios jurídicos, a la familia y sus mecanismos de protección: se incluye, por ejemplo, el matrimonio, su celebración, validez, nulidad, prueba, efectos, etc. También se examina la filiación, por naturaleza y por adopción; la patria potestad y tutela; la normatividad sobre protección de menores y las sucesiones contractuales y extracontractuales.[21]

En la Complutense de Madrid hay dos tipos de programas, cada uno con su respectivo catedrático. En la parte especial de su programa, el profesor José Carlos Fernández Rozas continúa el esquema planteado por el profesor Julio González Campos, aunque con desarrollos posteriores. En dicho programa se estudia a la persona y los derechos de la personalidad; la capacidad y protección de los incapaces y a las personas jurídicas; las obligaciones contractuales y no contractuales; las cosas y derechos reales; la familia y las sucesiones (matrimonio, divorcio, nulidad de matrimonio); los efectos del matrimonio (su régimen económico), y la filiación y los alimentos.[22]

El otro programa de la Complutense corresponde al profesor Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, que también fuera seguidor del profesor Julio González Campos. Su enfoque se orienta más a las relaciones con la Unión Europea, sobre todo en el aspecto

21 El programa se expone en la obra dirigida por Elisa Pérez Vera, *Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.

22 Julio González Campos *et al.*, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993.

económico. Antes, este catedrático había seguido un programa similar al del profesor José Carlos Fernández Rozas.[23]

En ambos programas se toman en consideración no sólo la ley interna y el tratado, sino también la jurisprudencia de los tribunales; y es que en España la jurisprudencia ha sido rica, a diferencia de México, como en muchas ocasiones lo ha puesto de relieve uno de los autores de esta obra.[24]

Ninguno de estos programas presenta aisladamente y uno por uno los tratados o convenios internacionales que España ha suscrito. Como parte de la dogmática que son, éstos se abordan durante el curso y el profesor hace referencia a ellos cuando se analiza una determinada institución o un problema de tráfico jurídico internacional. Por ejemplo, el divorcio se estudia desde diversas perspectivas: la forma, los requisitos, la capacidad de los contrayentes, etc. Las alusiones al aparato legal y fundatorio se refieren por lo general al *Código Civil*, y si existe tratado, éstas se hacen respecto del mismo.

Se trata, como se advierte, no sólo de dar noticia o informes acerca de leyes y tratados, sino de conformar un aparato científico del DIPr, con la construcción teórica.

La experiencia de académicos mexicanos

Los antecedentes que poseemos en el caso de México son muy escasos en lo referente a la parte especial. Esto se debe sin duda a la territorialidad absoluta que prevaleció en nuestro país durante casi 60 años y que, por desgracia, aún permanece en las leyes internas de varias entidades federativas. No obstante, en la época en que la conexión jurídica se vinculaba con la nacionalidad, el programa de estudios que rigió hasta finales del siglo XIX puede verse reflejado en las obras de Francisco J. Zavala, José Algara y Luis Pérez Verdía.[25]

Seguramente las obras mexicanas más importantes del siglo XIX (aunque en sus postrimerías) fueron las de Francisco J. Zavala y José Algara, que no sólo fueron libro de texto durante algunos años, sino que además se refirieron a una parte general y otra especial del DIPr. Aun cuando la obra de Algara, en la parte general, anuncia la publicación de otra especial, desafortunadamente la última no apareció. No obstante, indicaba que en la especial tendrían cabida aspectos como el matrimonio, la adopción, contratos, etcétera.[26]

23 Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, *Programa de Derecho Internacional Privado*, Universidad Complutense, Madrid, 1997.

24 Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado: su recepción judicial*, Porrúa, México, 1999.

25 Obra precursora de éstas fue la de Isidro Montiel y Duarte (*Tratado de las leyes y su aplicación*, México, 1877), que en forma amplia abordó diversos problemas especiales de DIPr, aunque en libros que no eran específicos para esta disciplina, ya que aún no se establecía como materia autónoma en la universidad.

26 José Algara, *Lecciones de Derecho Internacional Privado, México*, Imprenta de Ignacio M. Escalante, México, 1899.

Francisco J. Zavala publicó, en 1887, *Elementos de Derecho internacional privado o conflictos de derecho civil, comercial, de procedimientos y penal entre las legislaciones de diversos países.* La tercera edición apareció en 1903. La obra cuenta con una muy reducida parte general, que corresponde a una introducción al derecho internacional, hoy no examinada por los iusprivatistas. Le siguen diversos capítulos relacionados con la parte especial, en los que se examina a personas, cosas, obligaciones, sucesiones etc. Abre, a manera de libros, otros referidos a la materia mercantil, los procedimientos y la materia penal.[27]

El trabajo de Luis Pérez Verdía, otra de las obras empleadas como libro de texto en la licenciatura, incluyó los siguientes aspectos en la parte especial de su programa: estado y capacidad de las personas ausentes; matrimonio y sus efectos; divorcio, paternidad y filiación; tutela, derechos reales, garantías, derechos personales, contratos, derechos intelectuales, propiedad industrial, derechos hereditarios, testamentos, derechos comerciales, sociedades mercantiles, letra de cambio, quiebras, derecho marítimo, fletamento, averías, derecho procesal, derecho penal y extradición.[28] Se trata de la obra más desarrollada hasta esa época.

De los libros publicados durante el periodo de la territorialidad merece atención el de José Luis Siqueiros. Este autor, en una obra de carácter sintético, aborda el conflicto de leyes, las relaciones jurídicas, entre ellas el matrimonio, el divorcio, la filiación, los bienes, las sucesiones, obligaciones y contratos, patentes y marcas, relaciones de trabajo, derecho marítimo y aéreo, títulos de crédito y quiebras, entre otros.[29]

Otra obra de esa época de territorialidad es la de Alberto G. Arce, que además de incluir lo que podría considerarse parte general del curso, incorpora estado y capacidad de las personas, forma extrínseca del acto, bienes, obligaciones, tutela de menores e incapacitados, obligaciones entre ausentes, obligaciones alimentarias, contratos de trabajo, sucesiones, competencia judicial, ejecución de sentencias, quiebras, propiedad industrial y literaria, derecho penal y extradición.[30]

Aunque con una circulación restringida a su estado (Michoacán), la obra de Enrique Estrada Aceves dio algunas pinceladas a temas especiales como el matrimonio, el divorcio, la paternidad, filiación, tutela de menores, derechos reales, sucesiones, títulos de crédito, contrato de trabajo, quiebras, etcétera.[31]

27 Francisco J. Zavala, *Elementos de Derecho Internacional Privado o conflictos de Derecho civil, comercial, de procedimientos y penal entre las legislaciones de diversos países*, Tip. y Lit. La Europea de J. Aguilar Vera y comp., México, 1903.

28 Luis Pérez Verdía, *Tratado elemental de Derecho Internacional Privado,* Tip. de la Escuela de Artes y Oficios del Estado de Jalisco, Guadalajara, 1908.

29 José Luis Siqueiros, *Panorama del derecho mexicano. Síntesis de Derecho Internacional Privado,* Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1965. S. A. Bayitch y José Luis Siqueiros, *Conflicts of Laws: Mexican and United States,* University of Miami Press, Miami, 1968.

30 Alberto G. Arce, *Derecho Internacional Privado,* Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1973.

31 Enrique Estrada Aceves, *Derecho Internacional Privado mexicano,* Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 1986.

En cuanto a esta experiencia, la atención se dirige a las relaciones de tráfico jurídico internacional e instituciones jurídicas, a las cuales se les pretende encontrar una respuesta en el ámbito normativo, que generalmente, por ese entonces, era la ley interna.

De esta manera, los autores se han enfocado más en plantear respuestas a partir de disposiciones generales. En la época en que estos autores escribieron, salvo algunos trabajos de José Luis Siqueiros, la ley prácticamente abandonó a su suerte los problemas de tráfico jurídico internacional. Los juristas de la antigua época fueron más idealistas al considerar al DIPr como una serie de principios, en lugar de normas. La razón es clara: vivieron según un esquema territorialista y pensaron en ofrecer soluciones más justas que las que daba el sistema jurídico mexicano, de ahí que plantearan soluciones apoyadas en esos principios que no tenían una correspondencia necesaria con la realidad. Ahora, cuando ya existen disposiciones concretas aunque limitadas, es necesario replantear la parte especial con ideas basadas en la experiencia del derecho comparado, y tomar en cuenta la realidad jurídica por la que México atraviesa.

La experiencia de la Facultad de Derecho de la UNAM

Los orígenes de la enseñanza del DIPr en México datan de finales del siglo XX, cuando los temas se orientaron preferentemente a la parte general del DIPr. Y, en términos generales, ésta fue la tónica al fin del siglo XIX y durante el siglo XX. En esas épocas los estudios se basaban en el método conflictual y estatutario. En poco o nada se recurrió a las normas uniformes o a las imperativas. La fuente principal era el derecho interno y en pocas ocasiones se aludió a algún tratado, aunque no dejan de llamar la atención ciertos giros universalistas propios de la época. La codificación habida a finales del siglo XIX produjo algunas contradicciones entre los códigos de diferentes entidades federativas, lo que llevó a ampliar el campo de estudio del derecho conflictual, y se introdujo por primera vez, en la Antigua Escuela Nacional de Jurisprudencia, el estudio de los conflictos interestatales.[32] Todavía hasta 1968 el curso era anual, pero desde ese año ha sido semestral en casi todas las universidades. En 1994 se abrió por primera vez en la Facultad de Derecho de la UNAM el curso especial de DIPr, debido al impulso que dio a la materia el profesor Víctor Carlos García Moreno, tanto en el Colegio de Profesores como en su seminario. En otras universidades, especialmente las de provincia, los planes continúan atrasados y, en ocasiones, los aspectos conflictuales no parecen existir.

En virtud del gran optimismo con el que se vio el derecho convencional internacional en la UNAM, los programas se orientaron inicialmente al *estudio casuístico* de

32 Jorge Alberto Silva, *Estudios de derecho conflictual sucesorio interestatal durante el siglo XIX, op. cit.* Igualmente Jorge Alberto Silva, "Algunos antecedentes históricos que dieron lugar al estudio de los conflictos de órdenes jurídicos entre las entidades federativas mexicanas", en *XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Tijuana, 2002.

cada uno de los tratados y convenciones de los que México ha formado parte. A finales de 1998 y 2004 se hicieron ligeros cambios al programa, que aun cuando en la parte especial mantiene un marcado énfasis en el derecho convencional internacional, permite examinar y explorar la parte especial del DIPr.[33]

1.4. La parte especial del DIPr

Nos interesa ahora saber cuál es el contenido de la parte especial. ¿Qué debe estudiarse en ella? Nos encontramos aquí frente a la materia de conocimiento, que es necesario definir y precisar.

Como decíamos, la parte especial del DIPr puede plantearse desde dos perspectivas: *a*) el *aspecto normativo* (propio de un formalismo positivista del siglo XIX), y *b*) los *problemas o supuestos de tráfico jurídico* por resolver.

En la *perspectiva normativa*, el estudio se inicia a partir de la norma, tal como la prescribe el legislador, esto es en su aspecto meramente dogmático. Aquí el profesor toma en cuenta la disposición normativa y hace una exégesis de ella. En cambio, en la perspectiva que parte de los *problemas o situaciones de tráfico jurídico internacional* (los supuestos regulados), el profesor presenta cada uno de ellos en busca de soluciones. Mientras en la primera el aparato crítico es inexistente para construir explicaciones que den respuesta a los problemas, en la segunda se basa tanto en la realidad como en los supuestos regulados, les busca respuesta y construye teoría. No es lo mismo partir de *soluciones dadas* que *ir en busca de soluciones.* La realidad nos ha mostrado que los casos que llegan a los despachos de los abogados contienen elementos que plantean precisamente problemas reales, a los que hay que buscarles respuestas jurídicas, no dificultades jurídico-normativas, en los que cabría elucubrar supuestos hipotéticos.[34]

La perspectiva normativa implica contar con un gran acervo de normas especiales de derecho conflictual y también con disposiciones especiales de normas materiales, tanto internas como convencionales internacionales, con las que afortunadamente ya se cuenta en México en un creciente número. Más tarde explicaremos ambos enfoques metodológicos, pero adelantamos ahora que una norma especial de DIPr es aquella en la que (si se trata de norma conflictual) se vincula con una respuesta sustantiva prescrita en una norma jurídica, que (en nuestra disciplina) se localiza en un orden jurídico extranjero.

[33] Los datos sobre el programa fueron proporcionados por el profesor Víctor Carlos García Moreno cuatro días antes de ser brutalmente asesinado dentro de su casa. Esperemos que pronto se haga justicia: reclamo urgente de quienes siempre lo reconocimos como un intelectual honesto e independiente.

[34] El jurista que sólo considera las palabras del legislador y las idealiza, normalmente se cierra a las realidades y valores y tiende a *cientifizar* los errores y las bondades de cuanto diga el legislador.

Perspectiva dogmática-normativa

Enfocar el estudio de la parte especial del DIPr exclusivamente hacia las normas *especiales* legisladas de éste (los enunciados conflictuales especiales legislados) no sólo nos instalaría en viejas épocas, sino que nos dejaría cortos en perspectivas. Debe tomarse en cuenta que a partir del siglo XX, además de las reglas de conflicto se plantearon otros métodos, como los relacionados con normas uniformes internacionales y normas materiales internas. El número, la calidad y relevancia de estas últimas ha crecido a tal grado que ignorarlas implicaría negar elementos de trascendental importancia en nuestra disciplina. En todo caso, el enfoque dogmático-normativo legislado de la parte especial deberá incluir tanto normas de conflicto (las tradicionales del DIPr) como las que contribuyan a resolver problemas de tráfico jurídico internacional en forma directa.

Los avances habidos en la teoría del derecho aconsejan abandonar la enseñanza que se reduzca a un enfoque meramente dogmático. Las ideas de H. L. Hart, que adicionan principios y directrices, son de la mayor importancia en nuestra disciplina.[35]

Un ejemplo de programa elaborado desde una perspectiva dogmática-normativa es el de la Facultad de Derecho de la UNAM, aunque se reduce a normas de derecho convencional. Cuando líneas arriba nos referimos a él, señalamos que redujo el *objeto de conocimiento del DIPr al examen de cada uno de los tratados o convenios internacionales signados por México,* sin preocuparse por las normas especiales de DIPr vigentes ni por las normas materiales (tampoco por las internas ni por las de *lex mercatoria*). Aunque este programa puede servir de guía para atender la parte especial, presenta algunos problemas al ser examinado en el plano didáctico:

a) Atomiza en exceso el derecho y se desconecta de las soluciones para problemas específicos de tráfico jurídico internacional; es decir, sólo se preocupa por textos legislados, olvidándose de realidades y principios.

b) Multiplica los problemas por examinar, ya que el alumno está obligado a estudiar cada tratado, uno por uno. Así, por ejemplo, el hecho de analizar reglas específicas sobre exhortos que derivan de CIDIP, y luego las de La Haya, significa realizar un análisis a destiempo. Y es que mientras un día se examina una convención sobre obtención de pruebas (la de CIDIP), uno o dos meses después se efectúa la de otra convención semejante (la de La Haya). Esto ocurre porque en el programa se atiende a los tratados en relación con su materia, pero también respecto del *organismo* del cual se derivan. En todo caso, la solución que puede plantear el tratado es, por definición, particular, y no del supuesto que regula. El examen de tratados a partir de cada foro u organismo en los que éstos surgen conduce más a un estudio limitado de los temas que a los problemas reales que se deben resolver.

[35] En forma especial véase Herbert Lionel Adolphus Hart, *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980.

c) Deja sin cubrir soluciones previstas por el DIPr de fuente interna, pues las normas que responden a estos problemas no se contemplan en un programa que sólo aborda los tratados internacionales. No se prevén, por ejemplo, los problemas sobre registro de matrimonios, divorcios, tutelas, sucesiones, etcétera.

d) Al enumerar tratados específicos, el programa no aborda otros diferentes de los que se listan en el mismo, los cuales también dan soluciones a problemas de tráfico jurídico internacional. Como veremos más adelante, existen convenios bilaterales o multilaterales que no se enfocan específicamente en cuestiones del DIPr, sino en temas de derecho internacional público. No obstante, en ellos se incluyen normas propias de nuestra disciplina. Por ejemplo, en ciertas convenciones consulares encontramos aspectos sobre tutela, matrimonio, sucesiones, legalizaciones, etcétera.

e) En Europa se ha criticado a los juristas mexicanos, e incluso a los latinoamericanos (y seguramente con razón), por el *exagerado optimismo en su derecho convencional* a raíz de los trabajos del CIDIP. En realidad, el derecho convencional en América, en especial en México, es incipiente.

No todo problema del DIPr está previsto en los tratados, y cuando se suscita uno, su análisis queda muchas veces como una buena intención, porque no todos los países son signatarios de los mismos tratados. Ese exagerado optimismo debe reducirse a lo que la realidad nos presenta. Son pocos los tratados que podrán desempeñar un papel protagónico en los años venideros, y relativamente pocas las áreas que cubren.[36]

f) La consecuencia de este diseño programático, inspirado en un enfoque meramente dogmático-normativo y convencional, conduce a un examen *exegético* (descartado desde finales del siglo XIX) en el que prácticamente se partía de comentarios artículo por artículo, olvidando los marcos teóricos y conceptuales de referencia que resultan útiles para entender el contexto en el que se está desarrollando el tema, y se dejan a un lado también las diversas direcciones metodológicas que enriquecen al DIPr dogmático y teórico. Se olvidan así las comparaciones con otros derechos y las soluciones jurisprudenciales, al igual que los enfoques sociológicos y axiológicos.

Perspectiva a partir de los problemas de tráfico jurídico

La otra perspectiva para examinar la parte especial coincide prácticamente con la mayoría de las obras especiales del DIPr actuales, e incluso con los programas vigentes en varias universidades extranjeras. Desde este punto de vista se cubren todas las

[36] Por ejemplo, aunque existan tratados en CIDIP sobre ejecución de sentencias o sobre títulos de crédito, ninguno de ellos ha sido signado por Estados Unidos de América, país con el que México tiene el mayor número de lazos familiares y comerciales. Las relaciones de tráfico jurídico internacional en las que participan Estados firmantes de tratados sobre títulos de crédito son verdaderamente insignificantes frente al número de problemas con Estados no signatarios de esos tratados.

áreas y campos de un sistema jurídico, dependiendo de los supuestos que de hecho nos interesa resolver. Se trata de los supuestos concretos de tráfico jurídico internacional con los que se enfrentan los abogados en su práctica cotidiana. En principio, los problemas se ordenan con base en la disciplina o institución que se hace cargo de su estudio. En México, por ejemplo, podemos referirnos a un DIPr sobre el divorcio, a un DIPr sobre el matrimonio, a un DIPr sobre la adopción, a un DIPr sobre el proceso, etc.; es decir, *existe un DIPr para cada grupo de problemas de tráfico jurídico* agrupados en la disciplina o institución jurídica que los estudia. Dicho de otra manera, de esta forma se atiende más a los aspectos funcionales que a los dogmático-formales.

Como es sabido, no todos los problemas de tráfico jurídico merecen un mismo tratamiento. La experiencia en la doctrina y la jurisprudencia nos han demostrado que existen diversos tonos y matices para cada uno de ellos. De este modo, no es posible tratar de la misma forma un contrato de compraventa que uno de trabajo. El trato a los bienes en una sucesión intestamentaria también es diferente del que se da a los bienes de una empresa mercantil o a la operación bursátil con títulos de crédito o valores cambiarios. En las diferencias importan las medidas y los valores, sin los cuales no cabría un examen objetivo.

Con lo anterior queremos decir que la especialidad del DIPr está vinculada con la *especialidad en el tratamiento de los diferentes problemas de tráfico jurídico internacional*, a diferencia de un examen casuístico. Esto nos lleva a afirmar que existe un DIPr para cada tipo de problema y de institución jurídica. En este sentido tenemos el matrimonio, el concubinato, el régimen patrimonial del matrimonio, el divorcio, la nulidad de matrimonio, las relaciones paterno-filiales (con las especialidades que implica, como la adopción, la custodia, la restitución de menores, los alimentos, etc.), las sucesiones, las relaciones obrero-patronales, las sociedades extranjeras, la contratación internacional, la propiedad intelectual e industrial, la cooperación procesal y el arbitraje comercial internacional, entre otros.

Por tanto, pensamos en todas estas áreas o ramas especiales del derecho que se preocupan por encontrar respuestas para cada problema de tráfico jurídico internacional. Como cada una de ellas prevé un trato especial para sus problemas, así nosotros optamos, también, por darle un trato especial a cada una de estas áreas o problemas de tráfico jurídico internacional.

Nuestro enfoque

Cuando afirmamos la existencia de una parte general y de una parte especial del DIPr no nos referimos a dos tipos distintos de DIPr. En realidad se trata de uno solo, pero su principal diferencia se observa sobre todo desde un ángulo didáctico y no normativo. Así la diferencia se matiza, pues en un enfoque se pretende generalizar acerca de los datos o elementos básicos del DIPr, mientras que en el segundo se busca particularizar sobre un grupo normativo de supuestos; es decir, áreas específicas, disciplinas o instituciones jurídicas. Como se advierte, no se trata de una distinción de la naturaleza de los enunciados normativos, sino de los grupos

específicos de supuestos normativos. Esto supone que el enfoque metodológico no se queda en el meramente dogmático, sino que pretende desarrollar el funcional (las realidades) y el axiológico (los valores), esto es, todo el enfoque argumentativo y teórico.

Consideramos, además, que no basta que el estudiante retenga memorísticamente alguna disposición jurídica, sino que es necesario que sepa interpretarla y le asigne los sentidos correctos, recurriendo para ello a la argumentación jurídica, con lo cual logra la armonía de órdenes jurídicos.

Por todo lo hasta aquí expuesto estimamos que la parte general del DIPr se enfoca primordialmente en la historia, la teoría de las normas del DIPr y su clasificación, incluidos los métodos generales conocidos para solucionar problemas de tráfico jurídico internacional, la explicación general de las excepciones a la aplicación de las normas extranjeras, el lenguaje, la terminología especial sobre la que descansa la disciplina, etc. Como lo explica el profesor Juenger, la llamada *parte general* del DIPr surgió luego de los trabajos de Mancini. Algunos autores estadounidenses han preferido denominar *problemas persuasivos* a esta parte general, otros la clasifican como *tópicos preliminares,* y otros más como *consideraciones generales.*[37] Juenger da, incluso, una lista de temas para ese apartado que se constituye por aspectos tales como la calificación, reenvío, orden público, cuestión preliminar y otros aspectos de este tipo.[38]

En la parte especial partimos de los *problemas o áreas específicas o particulares del tráfico jurídico internacional* y no precisamente de leyes o tratados (que sólo servirán para fundar nuestras respuestas). Pero se tratará en todo caso de problemas y áreas especiales integrados en un todo y no solos ni aislados.

De acuerdo con nuestra experiencia docente, para un alumno es más fácil partir de los supuestos de hecho y sus tratamientos (en los niveles interno e internacional) en una forma ordenada, sistemática y congruente, que hacer una presentación casuística de cada ley o de cada tratado internacional, pues ello podría conducir a un trabajo de exégesis o de formalismo positivista meramente dogmático, esto es, a simples enunciaciones que desde la perspectiva docente no resultan un método pedagógico, ni didáctico, ni eficaz. De alguna manera es necesaria la explicación del sistema, punto al que están llamados los profesores y cualquier operador jurídico. Dicho en otros términos, lo que pretendemos es hacer congruentes el *análisis* y la *síntesis* como una función del jurista académico.[39]

Nos referimos a un *corpus* organizado y funcional, y así abordaremos la parte especial: a partir de un DIPr familiar, uno comercial y otro procesal. A su vez, estas

[37] Friedrich K. Juenger, *Choice of Law and Multistate Justice,* Netherlands Nijhoff, 1993, p. 43. (Traducción al español en edición, Porrúa.)

[38] Friedrich K. Juenger, "La *Lex Mercatoria* and Private International Law", en *Revue de droit uniforme*, vol. V, núm. 1, Roma, 2000, p. 175.

[39] Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, Themis, México, 1996, pp. 162 y 163.

áreas especiales también son susceptibles de subdividirse en tantas partes o *corpus* especiales como se presenten necesidades. Por ejemplo, dentro del DIPr familiar podemos referirnos a un DIPr sobre el matrimonio, uno sobre el divorcio, uno más sobre la adopción, otro sobre los alimentos, etc. Éste es, en conclusión, el enfoque metodológico que seguiremos en la obra.

2 Foros nacionales e internacionales

2.1. Introducción

Durante el siglo XX el Derecho Internacional Privado (DIPr) se desarrolló más que en épocas anteriores. En especial, sus normas (se consideraba que sólo eran de la competencia interna de cada Estado) se convirtieron en buena medida en instrumentos de derecho convencional internacional,[1] los cuales, por cierto, son cada día más numerosos.

Ciertos antecedentes de lo ocurrido en el siglo XX pueden encontrarse a finales del siglo anterior. La característica de esta etapa histórica fue la canalización de esfuerzos aislados en la materia hacia la codificación del DIPr. En este esfuerzo desempeñaron un papel protagónico los abogados, los juristas y los investigadores, pero de manera significativa los hombres de negocios, que deseaban más apertura y facilidad para realizar sus actividades en el plano internacional. Éstos contribuyeron especialmente a que la mayor parte de los países cambiaran las viejas ideas por otras más evolucionadas, se rompieran esquemas nacionalistas y se transitara de la codificación interna a la codificación convencional internacional.

En este capítulo presentaremos una sinopsis de los principales grupos y foros internacionales y nacionales que han contribuido al desarrollo del DIPr.

a) Conferencia de La Haya.
b) Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI).
c) Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT).
d) Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado (CIDIP).
e) Seminarios nacionales de Derecho Internacional Privado y Comparado.

[1] Sólo en casos muy especiales como el de la propiedad industrial, en el siglo XIX se desarrolló desde sus inicios con una perspectiva internacional.

2.2. Conferencia de La Haya

Antecedentes

A finales del siglo XIX se iniciaron los procesos de uniformidad normativa, primero en el Instituto de Derecho Internacional (IDI), dos de cuyos fundadores, el profesor holandés Tobías Asser y el italiano Pascual Estanislao Mancini, tuvieron un papel destacado.

En su famoso artículo publicado en la *Revue de droit international et de legislation comparée* con el título "Droit international privé et droit uniforme", Tobías Asser propuso que en una futura conferencia —que él mismo estaba preparando en La Haya, Holanda— se discutiera un conjunto de tratados para que, una vez adoptados por los países signatarios, se facilitaran las relaciones jurídicas privadas internacionales en aras de "la reafirmación de principios de los derechos nacionales".[2]

Por su parte, en 1882 Mancini planteó en el propio IDI la necesidad de organizar convenciones internacionales entre los Estados europeos con el fin de sentar bases que permitieran solucionar problemas derivados de las divergencias normativas entre dichos países. Un movimiento semejante se inició una década antes en Sudamérica.

En 1883, un foro sobre propiedad industrial, el de la Unión de París, dio como resultado una convención sobre uniformidad normativa en la materia.[3]

En 1885 Mancini volvió a insistir en la propuesta de alcanzar una unificación legislativa mediante instrumentos internacionales que respetaran la soberanía de cada Estado, y que se acordaran reglas obligatorias y uniformes que, en cada caso, permitieran decidir cuál de las leyes en conflicto debía ser aplicada, con qué modalidad y en qué forma.[4] La proposición de Mancini fue retomada en 1891 por Tobías

[2] Citado por C. C. A. Voskuil, "The Hague Conference on Private International Law (1883-1993)", en *Netherlands International Law Review*, vol. XL, núm. 1, 1993, p. XII. Para más información acerca de Tobias Asser, véase G. J. W Steenhoff. "Asser et la fondation de la Conference... ", en *RCDIP 2*, 1994, pp. 297 y siguientes.

[3] No debe olvidarse que en 1873 se fundó en Gante, Bélgica, el Institut de Droit International, presidido por Mancini, y que continúa funcionando hasta la fecha. En el mismo año se fundó la International Law Association, originalmente Association for the Reform and Codification of the Law of Nations, que actualmente tiene su sede en Londres.

Ya en el siglo XX (1951) destacaron el Instituto Hispanoluso-Americano de Derecho Internacional, con sede en Madrid; la Comisión de Expertos de la Sociedad de las Naciones para la Codificación del Derecho Internacional, y luego la Comisión de Derecho Internacional de la Organización de las Naciones Unidas. A la cabeza también figura la Academie de Droit International de La Haya, que sobresale por sus cursos generales y especiales; el profesor Pereznieto Castro encabezó uno de ellos (1985).

[4] José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, "Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, evolución histórica y convenciones adoptadas", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1993, p. 7.

Asser, quien por medio del gobierno de su país convocó a las demás naciones europeas a una conferencia diplomática que se celebró en la ciudad de La Haya en 1893.[5]

En el memorándum que ese año envió el gobierno de los Países Bajos a las naciones participantes en la primera conferencia se establecieron los objetivos de ésta. A continuación citamos uno de los párrafos más relevantes: "La necesidad de precisar y uniformar reglas para resolver los conflictos de leyes se hace sentir cada vez más difundida, en particular respecto de las personas, el derecho de familia y la ley en materia de sucesiones, como también sobre procesal civil... no hay otra manera que mediante acuerdo internacional, en la forma de convenciones o de legislación armonizada, como los conflictos de leyes puedan resolverse en una forma efectiva..."[6]

El profesor José Antonio Tomás Ortiz de la Torre distingue tres etapas en la evolución de la Conferencia de La Haya.[7]

Primera etapa

Se inició en 1893 con una conferencia diplomática y concluyó en 1904 con la celebración de la cuarta Conferencia; la de 1893 fue preparatoria y en ella se definió el temario que se desahogó posteriormente. Los temas aprobados fueron disposiciones relativas al matrimonio, a los actos judiciales o extrajudiciales concernientes a cartas rogatorias y aspectos sobre sucesiones. A esta primera reunión asistieron representantes de Alemania, Imperio Austrohúngaro, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Holanda, Italia, Luxemburgo, Portugal, Rumania, Rusia y Suiza.[8]

La segunda reunión se realizó en 1894 y participaron en ella los mismos países que en la primera, a los cuales se unieron Suecia y Noruega. De ahí surgieron propuestas de reglas para ser sometidas a la consideración de los gobiernos. Dichas normas tenían que ver con las condiciones y validez del matrimonio, así como sus efectos sobre la cónyuge y los hijos; divorcio y separación de cuerpos, tutela, actos judiciales y extrajudiciales; cartas rogatorias, fianzas para comparecer en juicio (*cautio judicatum solvi*), asistencia judicial y medidas personales de apremio; quiebra, sucesiones, testamentos y donaciones por causa de muerte, etc. Como resultado de esta reunión, en 1896 se ratificó la primera convención sobre reglas relativas al procedimiento civil, con un protocolo adicional.

La tercera Conferencia se realizó en 1900 y en ella se volvieron a discutir los temas planteados en la segunda, aunque se añadieron otros: bienes de los cónyuges, jurisdicción en materia de divorcio y separación de cuerpos, tutela de mayores y expedición de certificados sobre la legislación en vigor, llamados *certificados de costumbre* y que ahora conocemos como *certificados de prueba* y existencia de derecho extranjero. Esta tercera Conferencia concluyó con tres proyectos de convenciones

5 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *idem*, pp. 8 y siguientes.
6 Voskuil, *op. cit.*, pp. XV y XVI.
7 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *ibidem*.
8 *Idem*.

sobre conflicto de leyes en el caso del matrimonio, conflicto de leyes y de jurisdicciones en materias de divorcio y separación de cuerpos, y conflicto de leyes y de jurisdicciones sobre tutela de menores. Estos proyectos se elevaron a la categoría de convenciones, las cuales fueron firmadas en 1902 por algunos de los países participantes y más tarde entraron en vigor.

La cuarta Conferencia, con la que se cierra esta etapa, se efectuó en 1904. A los países que habían participado en las anteriores se unió Japón. El resultado fue la aprobación de cinco proyectos de convenciones. Uno era la revisión de un texto ya aprobado sobre procedimiento civil, y los cuatro restantes tenían que ver con sucesiones, efectos del matrimonio sobre los derechos y deberes de los cónyuges, interdicción y quiebra. Estas convenciones fueron firmadas por algunos países participantes en 1905 y entraron en vigor pocos años después.

Segunda etapa

Ésta abarca de 1925 a 1928,[9] periodo durante el cual se celebraron dos reuniones. En la primera (1925), a los países participantes que mencionamos arriba se unieron Checoslovaquia, Finlandia, Hungría, Letonia, Polonia, Reino Unido y Yugoslavia, pero Rusia se retiró. Los temas fueron régimen de la quiebra, derecho sucesorio y ejecución de sentencias extranjeras.

En la conferencia de 1928 no se aprobaron convenciones, sólo se acordaron asuntos de poca importancia, lo cual provocó un ambiente de escepticismo que dio como resultado que la Conferencia no se volviera a reunir sino hasta muchos años después, en 1951, sobre todo porque en ese periodo estalló la Segunda Guerra Mundial, que detuvo todos los proyectos.

Tercera etapa

La última etapa abarca de 1951 a la fecha; la iniciaron Alemania Federal, Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Reino Unido, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Suecia y Suiza,[10] países a los cuales se les fueron uniendo otros Estados del Oriente Medio y del continente americano, como Canadá, Estados Unidos de América, Brasil y Argentina y, en 1984, México, entre otros.

Como parte de la Conferencia se han celebrado 32 sesiones, por lo que ésta ya tiene un estatus permanente, y en su seno se han aprobado 34 convenciones. En 1999 se celebró la trigesimocuarta reunión de la Conferencia Permanente con la asistencia de 69 países de todas las regiones del mundo, lo que le dio una gran riqueza temática y de discusión.

9 *Idem*.
10 *Idem*.

La Conferencia de La Haya ha celebrado 20 Sesiones Diplomáticas y una Comisión Especial con carácter diplomático con respecto al Convenio del 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos. En su seno se han aprobado 36 convenciones. En el año 2005 se celebró la vigésima Sesión Diplomática, donde se aprobó el Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro, la cual contó con la participación de 45 Estados representativos de todos los continentes, así como de múltiples organizaciones internacionales. Es importante mencionar que en gran medida las convenciones aprobadas en la tercera etapa se refieren a normas de conflicto de leyes.[11]

Últimos resultados

Los temas abordados en las convenciones de la tercera etapa de la Conferencia Permanente de La Haya son los siguientes: procedimiento civil, venta, transferencia de propiedad, venta-foro contractual, ley nacional-ley del domicilio, reconocimiento de sociedades, ley aplicable, alimentos para los hijos, medidas en materia de protección de menores, forma de los testamentos, legalización, adopción, notificación, ejecución general, protocolo de competencia, divorcio-reconocimiento, accidentes de circulación, obtención de pruebas, administración, sucesiones, responsabilidad civil por productos, alimentos-ejecución, alimentos-ley aplicable, regímenes matrimoniales, matrimonio, intermediarios, sustracción de menores, acceso a la justicia, *trust*, contratos de venta y ley aplicable a las sucesiones.

En la Conferencia de La Haya participan países pertenecientes a diversas familias, no sólo las de la romano-germánica o la del *common law*, sino también la musulmana. Aunque las diferencias hacen más complejos sus trabajos, los resultados parecen más calibrados. México es miembro permanente de la Conferencia Permanente de La Haya desde 1984.

2.3. La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

Antecedentes

A 50 años de su fundación, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se encuentra en un proceso de redefinición de estructuras, funciones y objetivos. Así, se prepara con el fin de afrontar los retos que se suceden a partir de las nuevas realidades internacionales. Para ello cuenta con la Comisión de Naciones Unidas para el

[11] Agradecemos a la maestra Mayela Celis, Legal Officer (*Collaboratrice juridique*) en The Hague Conference on Private International Law, su auxilio para actualizar los datos numéricos que aparecieron en la primera edición y ajustarlos para esta segunda.

Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), mejor conocida por sus siglas inglesas: UNCITRAL (*United Nations Commission for the International Trade Law*). Desde su fundación en 1966, esta comisión ha desempeñado un papel de suma relevancia en el apoyo que brinda la ONU al comercio internacional; es uno de los instrumentos más importantes para el desarrollo de la economía mundial.

Orígenes y objetivos

En el decimonoveno periodo de sesiones de la Asamblea General de la ONU, la delegación de Hungría presentó una propuesta que fue discutida y aprobada en el siguiente periodo (1965). El planteamiento consistía en examinar "las medidas que deberían adoptarse para impulsar el desarrollo progresivo del DIPr con miras, en particular, a fomentar el comercio internacional".[12] De esta forma, con base en la Resolución 2102 (XX) de la Asamblea General, del 20 de diciembre de 1965,[13] se solicitó que el secretario general de la ONU presentara en los siguientes trabajos de la asamblea un informe "sobre la unificación y armonización del derecho en materia de comercio internacional". Se le pedían pormenores de "la labor realizada; métodos y criterios adecuados; organismos a los que podrían encomendarse funciones para estimular la cooperación y el fomento en esta materia".[14] Con el informe del secretario general, preparado por el profesor Schmitthoff,[15] la Asamblea General tomó la Resolución 2205 (XXI) del 17 de diciembre de 1966, mediante la cual se creó la CNUDMI, con el objetivo de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional, a partir de:

a) la coordinación de la labor de las organizaciones que realizan actividades en este campo y el estímulo de la colaboración entre ellas;

b) el fomento de una participación más amplia en las convenciones internacionales existentes y una mayor aceptación de las leyes modelo y de los proyectos legislativos de ley uniforme (guías legislativas);

c) la preparación y el fomento de nuevas convenciones internacionales, leyes modelo, así como el impulso de la codificación y una aceptación más amplia de las condiciones, disposiciones, costumbres y prácticas comerciales internacionales, en colaboración, cuando corresponda, con las organizaciones que actúen en esta esfera;

[12] Decimonovena asamblea, docto. A/5728, anexo 2.

[13] Anuario UNCITRAL, 1968-1970, t. I, p. 19.

[14] Manuel Olivencia, "UNCITRAL: hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI", en *Revista de Derecho Mercantil,* núm. 207, Madrid, enero-marzo, 1993, p. 9. Este trabajo se recomienda como fuente importante de consulta sobre el tema.

[15] *Idem,* p. 14. El profesor Clive M. Schmitthoff se refiere a las labores de la UNCITRAL o CNUDMI en su obra *L'exportation,* Júpiter, París, 1975, pp. 80 y siguientes.

d) el fomento de métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes en el campo del derecho mercantil internacional;

e) la reunión y difusión de información sobre las legislaciones nacionales y sobre la evolución jurídica moderna, incluida la jurisprudencia, del derecho mercantil internacional;

f) el establecimiento y mantenimiento de una estrecha colaboración con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo;

g) el mantenimiento de un enlace con otros órganos de las Naciones Unidas y con los organismos especializados que se ocupan del comercio internacional, y

h) la adopción de cualquier otra medida que pudiera considerar útil para desempeñar sus funciones.[16]

Actividades de la comisión

La CNUDMI desarrolla sus actividades con base en cinco métodos: convenciones internacionales, leyes modelo, recomendaciones para la elaboración de textos legislativos, guías jurídicas y reglas uniformes.

En los cuatro primeros intervienen grupos de países con interés en participar en un proyecto determinado, así como organizaciones internacionales de juristas, representantes de organismos internacionales relacionados con el tema y operadores comerciales internacionales. Los participantes son, por lo general, especialistas en la materia. Estos grupos de trabajo se reúnen dos veces al año durante periodos de una o dos semanas. Sus trabajos se llevan a cabo a partir de documentos preparados por la secretaría general de UNCITRAL y se incrementa su desarrollo mediante grupos de expertos. La elaboración de cada proyecto tarda de tres a cuatro años. Cuando alguno está listo, se discute y aprueba en lo general en una reunión plenaria. Después se somete a votación de la Asamblea General de la ONU. En seguida explicamos en qué consiste cada método.

Convenciones internacionales

Como se mencionó, los proyectos de convenciones internacionales son elaborados por grupos de trabajo y más tarde se aprueban en sesiones plenarias. El proyecto final se pone a la consideración de la Asamblea General de la ONU la que, a su vez, convoca a una conferencia diplomática de plenipotenciarios para su adopción. Mediante este método se han aprobado siete convenciones internacionales; algunas de ellas cuentan con un número de países adherentes que supera al de convenciones internacionales

[16] Manuel Olivencia, "La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: balance de un decenio 1968-1977", en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo,* Civitas, Madrid, 1981, pp. 753 y siguientes.

en materia de DIPr y derecho mercantil internacional. En orden cronológico, las convenciones mencionadas son las siguientes:

a) La relacionada con la prescripción en materia de compraventa internacional de mercaderías, aprobada el 14 de junio de 1974, y el protocolo que la modificó el 11 de abril de 1988. México ratificó estos instrumentos el 6 de mayo de 1988.[17]

b) El convenio sobre transporte marítimo de mercancías del 31 de marzo de 1978, conocido como *Reglas de Hamburgo.* México no lo ha ratificado.

c) La convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías del 11 de abril de 1980,[18] conocida como *Convención de Viena*. México la ratificó el 17 de marzo de 1988.

d) La alusiva a la representación en la compraventa internacional de mercaderías, del 17 de febrero de 1983, que México ratificó el 10 de noviembre de 1987.

e) La convención sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales del 9 de diciembre de 1988, ratificada por México el 27 de enero de 1993.[19]

[17] Las fechas corresponden a la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* de la promulgación de las convenciones.

[18] En la preparación del proyecto de esta convención (1978-1979), así como en la sesión plenaria y conferencia diplomática (1980), México participó por primera vez en la CNUDMI. La delegación mexicana estuvo presidida por Roberto Mantilla Molina y Jorge Barrera Graf, y como asistentes de los primeros, Jorge Sánchez Cordero y Leonel Pereznieto Castro. Sobre esta convención véanse Jorge Adame Goddard, "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de Derecho Privado,* año 3, núm. 8, mayo-agosto, 1992, México, pp. 257 y ss.; "Introducción a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de Derecho Privado*, año 1, núm. 2, mayo-agosto, México, 1990, pp. 165 y ss.; "La formación del contrato de compraventa en el *Código de Comercio* y en la Convención sobre compraventa internacional", Centenario del *Código de Comercio,* UNAM, México, 1991, pp. 25 y ss.; Jorge Barrera Graf, "La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el derecho mexicano. Estudio comparativo", en *Jurídica,* núm. 13, t. II, México, 1981, pp. 925 y ss.; Michael Joachim Bonell, "Restatement of Principles for International Commercial Contracts: as Academic Exercise or a Practical Need?", en *Homenaje a Jorge Barrera Graf,* t. II, UNAM, México, 1989, pp. 227 y ss.; John Honnold, "International Sales Law and the Open-Price Contract", en *Homenaje a Jorge Barrera Graf, op. cit.*, pp. 915 y ss.; Jelena Vilus, "Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention", *ibidem,* pp. 1431 y siguientes.

[19] Los textos de las convenciones ratificadas por México pueden consultarse en la obra *Tratados celebrados por México,* Senado de la República y Secretaría de Relaciones Exteriores, 28 tomos. También en Leonel Pereznieto, *Derecho Internacional Privado. Parte general,* 8a. ed., Oxford University Press, México, 2003. Sobre la convención en particular se puede consultar a José María Abascal Zamora, "Letra de cambio y pagaré internacionales. Por fin una reglamentación uniforme", en *Homenaje a Jorge Barrera Graf,* t. I, *op. cit,* pp. 9 y ss; "Nota introductoria a la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales", en *Revista de Derecho Privado,* UNAM, año 1, núm. 1, enero-abril, México, 1990, pp. 95 y ss.; Claude Belair M., "Comentarios a la convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas", en *Revista de Investigaciones Jurídicas,* año 8, núm. 8, t. I, México, 1984, pp. 343 y siguientes.

f) El convenio sobre responsabilidad de los empresarios de terminales de transporte en el comercio internacional del 19 de abril de 1991, aún no ratificado por México.

g) La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiamiento privado, de 2000.

h) La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, de 2001.

i) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las firmas electrónicas, de 2001.

j) Las Disposiciones Legales Modelo sobre Proyectos de Infraestructura con Financiamiento Privado, de 2003.

k) La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional, de 2002.

l) La Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales, de 2005.[20]

Como se advierte, se trata de instrumentos internacionales que por su materia y naturaleza constituyen una normatividad de primera importancia en el comercio internacional. La técnica utilizada en dichas convenciones es la de "derecho uniforme", un conjunto de normas que los jueces y operadores jurídicos de cada Estado parte deben consultar para resolver los casos sometidos a su consideración. De esta forma se asegura una aplicación normativa homogénea en el país miembro, con resultados más o menos parecidos en el tratamiento de problemas comunes derivados del tráfico jurídico internacional.

En la convención sobre contratos de compraventa de mercaderías se pone énfasis en que para interpretar dicho instrumento "se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación, y asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional".[21] Dicho en otros términos, se trata de que en su análisis el juez nacional o aplicador procure desligar la convención de su derecho nacional para darle una interpretación internacional, ya que su sentencia constituirá un precedente para los tribunales de su país y también para otros jueces nacionales que la apliquen. Estas directrices y prácticas fomentan la internacionalización del derecho en materia de comercio.[22]

[20] http://www.uncitral.org/uncitral/es/index.html

[21] Artículo 7o., primer párrafo.

[22] Desde 1994, el profesor Michael Will, de las universidades de Ginebra y Saarbruchen, prepara anualmente una obra que, en su sexta edición (en 1995 se publicaron dos ediciones), da cuenta de las diferentes decisiones judiciales nacionales que se toman en el mundo relacionadas con la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías. El informe del profesor Will se refiere a disposiciones judiciales que se tomaron de 1981 a 1988, fecha de la última edición (*International Sales Law, under* CISG. *The* UN *Convention on Contracts for International Sales of Goods [1980], First 444 Decisions*). Faculté de Droit, Université de Genève, Ginebra, 1998.

Leyes modelo

Las leyes modelo se elaboran con el sistema de grupos de trabajo y de sesión plenaria mencionados, y en función de los requerimientos de los sistemas jurídicos de un grupo de países. Dichas leyes se ponen a disposición de los Estados que las necesitan, los cuales pueden integrarlas a sus legislaciones internas, con lo que se convierten en leyes nacionales. La ventaja de ellas es que en su elaboración participan especialistas, así que el país que las haga suyas podrá estar seguro de que se basan en principios actualizados.

Las leyes modelo implican un método indirecto de uniformidad[23] y su adopción permite a un sistema jurídico contar en un área determinada con una normatividad idéntica o similar a la de otros países con los que comercia. La ventaja de esto consiste en que los operadores de comercio de uno y otros países tienen la seguridad de que las reglas del juego son semejantes.

Entre las áreas en torno de las cuales se han creado leyes modelo están las de arbitraje comercial internacional (1985), transferencias internacionales de créditos (1992), contratación pública (1993) y transferencia electrónica de fondos (1994).

Aunque todavía hay muchos temas por desarrollar siguiendo el método referido, las leyes modelo han sido bien acogidas por diversos Estados, porque han llenado vacíos. Ejemplos de ello son la *Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional,* que ahora constituye el Título Cuarto del Libro Quinto del *Código de Comercio* de México, de manera que los que comercian con nuestro país conocen las reglas en materia arbitral y saben, por tanto, a qué atenerse, lo cual da seguridad y certeza a ese tipo de transacciones, así como la *Ley Modelo sobre Insolvencia Transfronteriza*, que en gran medida constituye hoy la *Ley de Concursos Mercantiles,* y la *Ley Modelo sobre Comercio Electrónico*, cuyas disposiciones fueron acogidas por el *Código de Comercio*, entre otras.

Recomendaciones para la elaboración de textos legislativos

Una técnica distinta es la de las guías legislativas, que son recomendaciones para que los países que lo requieran puedan elaborar textos jurídicos sobre diversas materias. A diferencia del diseño de leyes modelo, la CNUDMI propone a los Estados la adopción de cierto tipo de regulaciones acerca de temas que internacionalmente pueden ser sensibles. Les pide además que, en la medida de lo posible, legislen en relación con dichos temas, para lo cual les suministra la información y las pautas que internacionalmente se consideran más apropiadas, además de ayudarlos con metodología y definición de objetivos.

Uno de los proyectos más importantes llevados a cabo por la CNUDMI en este campo se relaciona con el valor jurídico de los registros computarizados mediante el sistema de procesamiento automático de datos. Este proyecto, terminado en 1985,

[23] Manuel Olivencia, "UNCITRAL, un derecho mercantil uniforme", *op. cit.*, p. 18.

estableció los métodos para eliminar los obstáculos legislativos y administrativos con el propósito de constituir una red internacional de registros de esta naturaleza para facilitar las transacciones internacionales. La finalidad es la misma que en el caso de las convenciones y las leyes modelo: lograr una uniformidad legislativa nacional que permita un comercio internacional más seguro y cierto. Otras, de gran importancia, son la *Guía legislativa de la* CNUDMI *sobre proyectos de infraestructura con financiación privada,* de 2000, así como la *Guía legislativa de la* CNUDMI *sobre el régimen de la insolvencia*, de 2004.[24]

Guías jurídicas

El propósito de estas guías didácticas es orientar a los legisladores o a los operadores del comercio en torno de cierto tema. Una guía "contiene datos y análisis; describe la materia y sus problemas; orienta sobre posibles soluciones, ventajas y dificultades y recomienda las convenientes".[25] El método en que se basa ha sido utilizado en tres ocasiones: para la constitución de la *Guía jurídica sobre transferencia electrónica de fondos* (1986), en la *Guía jurídica para la redacción de contratos internacionales de construcción de instalaciones industriales* (1987)[26] y en la *Guía jurídica para las operaciones de comercio compensatorio internacional.*

Además de desarrollar los métodos citados, que constituyen la columna vertebral de las actividades de la CNUDMI, esta comisión realiza actividades relacionadas con la promoción y el fomento de la armonización y unificación del derecho mercantil internacional. Con ese fin organiza seminarios y conferencias en varios países sobre temas de interés del comercio internacional; asimismo, asesora a gobiernos nacionales y a organismos internacionales que se lo solicitan. Tiene diversas publicaciones especializadas y desde su fundación edita un *Anuario* en el que informa de sus actividades y reproduce textos sobre comercio internacional.

En conclusión, la labor de la CNUDMI es muy importante en tanto que favorece el desarrollo del derecho mercantil, con lo cual contribuye al desenvolvimiento del comercio entre los países.

Reglas uniformes o contratos tipo

Las partes contratantes pueden hacer suyas este tipo de reglas o cláusulas incluyéndolas en sus contratos, con la seguridad de que contienen los elementos jurídicos

[24] http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts.html

[25] *Ibidem,* p. 22.

[26] Así, por ejemplo, en esta guía se indica "que se propone servir de ayuda a las partes en la negociación y redacción de contratos internacionales de instalaciones industriales, señalando los problemas jurídicos propios de esos contratos, examinando la manera de abordarlos y sugiriendo, cuando se juzga oportuno, soluciones que las partes podrían incorporar en sus contratos", en *Guía jurídica de la* CNUDMI, ONU, 1988, p. 2.

necesarios para que la operación por realizar se desarrolle con certeza jurídica. Estas reglas constituyen lo que internacionalmente se conoce como *lex mercatoria,* o sea, un derecho elaborado de manera descentralizada y que las partes hacen suyo en sus operaciones de comercio; al integrarse en convenios y contratos de las partes se vuelve obligatorio para ellas, y cuando surge un conflicto, esas reglas o derecho son reconocidos por los tribunales nacionales, en virtud de haberse constituido en ley entre los contratantes.[27]

México participa activamente en la CNUDMI desde 1976.

2.4. Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

Antecedentes

Como vimos en los antecedentes de la Conferencia Permanente de La Haya, a finales del siglo XIX se plantearon propuestas encaminadas a armonizar los diversos sistemas jurídicos mediante convenciones internacionales. El primero que tuvo éxito se dedicó a la materia de la propiedad industrial con la Unión de París, en 1883.

En cuanto al DIPr, se procuró sobre todo unificar o armonizar normas o reglas de conflicto. Es decir, se intentó crear normas semejantes que pudieran ser utilizadas por los jueces de cada Estado. De esta manera se buscaban soluciones a problemas que planteaba la diversidad de sistemas jurídicos nacionales de esos tiempos. Y esto ocurría tan pronto se manifestaba la diferencia de normas de conflicto. En aquella época se inició así una tarea de unificación legislativa en aspectos fundamentales del derecho.

El profesor J. M. Bonell sostiene que fue Eduard Lambert quien por primera vez se refirió, a principios del siglo XX, al concepto *droit commun legislative*,[28] fundamentalmente por influencia de los importantes movimientos en materia de propiedad industrial que más tarde se ampliaron a otros temas. Además del Convenio de la Unión de París, en 1886 se celebró el de Berna, sobre propiedad intelectual. La unificación de normas en materia ferrocarrilera se logró con el convenio de Berna de 1890; se estableció el de derecho marítimo de Bruselas (1910), así como la normatividad general emitida por la Organización Internacional del Trabajo a partir de la

[27] Sobre este tema, consúltese Leonel Pereznieto, *Derecho Internacional Privado..., op. cit.*, pp. 185 y 186.

[28] Citado por Gonzalo Parra Aranguren, "La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas,* núm. 86, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992, p. 41.

creación de este organismo en 1919. Después de la Primera Guerra Mundial, con la fundación de la Sociedad de las Naciones se crearon también organismos internacionales especializados. Entre los encargados de la cooperación cultural destaca el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), creado en abril de 1926 en Roma, cuyo objetivo es estudiar mecanismos que permitan armonizar y coordinar el derecho privado entre los Estados o entre grupos de Estados, así como preparar gradualmente la adopción, por parte de éstos, de una legislación de derecho privado uniforme.

Etapas

El profesor Gonzalo Parra Aranguren afirma que el UNIDROIT ha tenido tres etapas:[29]

a) La primera se inicia desde su fundación y puesta en operación en 1927 hasta 1939, cuando Italia se separa de la Sociedad de las Naciones. Durante ella se prepararon proyectos relacionados con letras de cambio, pagarés y cheques, y estudios comparativos de las obligaciones civiles y mercantiles.

b) La segunda etapa se inició en 1939 con la redacción del *Estatuto Orgánico*, que dotó al organismo de autonomía internacional y fue aprobado en 1940 por 21 Estados.

c) La tercera etapa comenzó al terminar la guerra y al establecerse las relaciones internacionales, y llega hasta la actualidad. En ella se han producido numerosos estudios, así como convenciones internacionales y proyectos para el establecimiento de las mismas.

Estructura y desarrollo

La estructura del UNIDROIT difiere de la que caracteriza a los dos organismos mencionados (Conferencia de La Haya y CNUDMI). Mientras que en estos últimos se sigue el sistema tradicional de representación de países mediante delegados, en aquél participan como invitados, además, profesores o profesionales cuyo trabajo científico contribuye con frecuencia al desarrollo de los grandes temas del organismo.

También, a diferencia de otras instituciones, el UNIDROIT elabora estudios y proyectos para organismos como los dos antes mencionados, o bien, para discutirlos y afinarlos en su propio seno. Una característica propia del UNIDROIT es que organiza congresos de derecho comparado y privado, los cuales tienen gran trascendencia en la vida del derecho internacional, y muy especialmente en los procesos de unificación del derecho.

Entre los principales trabajos del UNIDROIT se encuentran los siguientes 25 proyectos o convenciones:

29 *Idem*, pp. 42 y siguientes.

1. El proyecto de Convención de La Haya del 1o. de julio de 1964, que establece una ley uniforme sobre formación de los contratos de compraventa internacional de bienes muebles corporales.
2. El proyecto de Convención de Bruselas del 23 de abril de 1970 sobre contratos de viaje.
3. El proyecto de Convención de Washington del 26 de octubre de 1973, que establece una ley uniforme sobre la forma del testamento internacional.
4. Convención de Ginebra del 17 de febrero de 1983 sobre representación en materia de compraventa internacional de mercaderías.
5. Convención de Ottawa del 28 de mayo de 1988 sobre arrendamiento financiero internacional.
6. Convención de Ottawa del 28 de mayo de 1988 sobre factoraje (*factoring*) internacional.[30]
7. Las reglas uniformes en materia de franquicia.
8. El proyecto de Convención de 1954 sobre la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, UNESCO).
9. El proyecto de Convención europea sobre el establecimiento de sociedades de 1955 (Consejo de Europa).
10. El proyecto de tratado Benelux (Bélgica, Holanda y Luxemburgo) de 1955, relativo al seguro obligatorio de la responsabilidad civil en materia de vehículos de motor.
11. El proyecto de Convención de 1956 relativo al contrato de transporte de mercancías por carretera-CMR (Comunidad Económica Europea en colaboración con la Organización de las Naciones Unidas).
12. El proyecto de Convención de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de obligaciones alimentarias respecto de los niños (Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado).
13. El proyecto de Convención europea de 1959 relativa al seguro obligatorio de responsabilidad civil en materia de vehículos de motor (Consejo de Europa).
14. El proyecto de Convención de 1961 sobre la protección de los artistas, intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión (Organización Internacional del Trabajo [OIT] en colaboración con la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI).
15. Convención europea de 1962 sobre la responsabilidad de los hoteleros respecto de los objetos aportados por los viajeros (Consejo de Europa).
16. Protocolo Número 1 relativo a los derechos reales sobre barcos de navegación interior, y Protocolo Número 2 alusivo al embargo preventivo y a la ejecución forzosa en cuanto a los barcos de navegación interior, adicionales a la Convención de 1965 sobre la matriculación de los barcos de navegación inte-

30 *Report on the Activity of the Institute, 1991*, Roma, 1992, pp. 17-22.

rior (Comunidad Económica Europea en colaboración con la Organización de las Naciones Unidas).

17. El proyecto de Convención de 1974, que fue la base para la Convención de las Naciones Unidas de 1980 en relación con los contratos de compraventa internacional de mercaderías (CNUDMI).[31]

18. El proyecto de Convención sobre el contrato para el transporte internacional de pasajeros y mercaderías por carretera (CVR), adoptado en Ginebra en 1973 con los auspicios de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas.

19. El proyecto de Convención referente a la limitación de la responsabilidad de los propietarios de vehículos destinados a la navegación interior (CLN), adoptado igualmente en Ginebra, en 1973, con los auspicios de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas.

20. El proyecto de Convención sobre el contrato para el transporte internacional de pasajeros y mercaderías por aguas interiores (*inland waterway*), adoptado en 1976 en Ginebra con el patrocinio de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas.

21. El proyecto preliminar de *Ley Modelo* sobre fondos de inversión, que sirvió de base a la Recomendación formulada en 1972 por la Comisión de Ministros del Consejo de Europa.

22. El proyecto preliminar de *Ley Uniforme sobre Arbitraje* en asuntos de derecho privado en las relaciones internacionales, utilizado para preparar la Convención Europea que establece una *Ley Uniforme sobre Arbitraje,* adoptada en 1966 con los auspicios del Consejo de Europa.

23. El proyecto de *Ley Uniforme* sobre la responsabilidad civil de los motoristas, que sirvió de base a la Convención Europea de 1973 sobre la responsabilidad civil derivada del daño causado por los vehículos de motor.

24. El proyecto de articulado para una convención sobre la responsabilidad civil derivada del daño causado durante el transporte de mercaderías peligrosas por carretera y ferrocarril y en buques de navegación interior, utilizado para preparar la convención sobre la materia, que fue aprobada en Ginebra en 1989 con el respaldo de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas.

25. El proyecto preliminar de Convención sobre los Operadores de Terminales de Transporte, que sirvió de fundamento para la convención adoptada en Viena en 1991, con los auspicios de la CNUDMI.[32]

26. Convention on International Interests in Mobile Equipment (Ciudad del Cabo, 2001).

27. Protocol to the Convention on International Interests in Mobile Equipment on Matters Specific to Aircraft Equipment (Ciudad del Cabo, 2001).

31 *Report, 1991, op. cit.*, pp. 22-25.

32 *Report, 1991, op. cit.*, pp. 26 y 27.

2.5. Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP)

Antecedentes

Después de más de 20 años de inactividad en Latinoamérica en el ámbito del DIPr, la Organización de Estados Americanos (OEA) planteó una nueva iniciativa: en 1965 su Consejo Interamericano de Jurisconsultos recomendó convocar a una conferencia especializada para abordar nuevos temas susceptibles de desarrollar convencionalmente.[33]

Sin embargo, la iniciativa no tuvo una respuesta rápida. No fue sino hasta tiempo después cuando la profesora Tatiana B. de Maekelt, a la sazón subsecretaria de Asuntos Jurídicos de esa organización, impulsó el proyecto en 1971. Así, la Asamblea General de la OEA aprobó la creación de una conferencia especializada. Con ese objetivo recomendó la integración de un grupo de trabajo que preparara un proyecto encaminado a establecer una conferencia interamericana en materia de DIPr.[34]

Luego de vencer trabas burocráticas y gracias al empeño de la profesora Maekelt, finalmente se creó la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP), la cual inició sus trabajos en 1975[35] con motivo de la Primera Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado que se celebró en la ciudad de Panamá.

Estructura

La CIDIP es una comisión de la OEA cuyo objetivo es organizar la conferencia especializada interamericana sobre DIPr. El temario de ésta y algunos anteproyectos de convenciones son propuestos por el Comité Jurídico Interamericano de Río. Posteriormente los discuten los países miembros, que los acotan y precisan, además de calendarizarlos en las reuniones de expertos. En éstas se preparan los proyectos de convención que serán sometidos a la consideración de la conferencia especializada. El temario definitivo, así como el lugar y la fecha para la realización del acto deben ser aprobados por la Asamblea General de la OEA, que se encarga además de asignar los presupuestos correspondientes. La CIDIP se organiza cada cinco o seis años. Como en toda actividad

33 José Luis Siqueiros, "El aporte del sistema interamericano al desarrollo del derecho internacional privado", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 1, México, octubre de 1996, p. 36.

34 Tatiana B. de Maekelt, "Conferencia especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I)", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, p. 20. Esta obra se recomienda para su consulta sobre la formación de la CIDIP.

35 Leonel Pereznieto Castro, "La codificación interamericana en Derecho Internacional Privado, ¿es todavía una opción?", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 1, México, octubre de 1996, pp. 71 y siguientes.

diplomática de este tipo, después de que las convenciones son discutidas y aprobadas se someten a la firma de los Estados y quedan abiertas para ratificación.

Desarrollo

En la Primera Conferencia Especializada (CIDIP-I), que se efectuó en la ciudad de Panamá, se aprobaron seis convenciones sobre los aspectos siguientes: conflictos de leyes en materia de cheques; régimen de poderes para utilizarlos en el extranjero; letras de cambio, pagarés y facturas; arbitraje comercial internacional; exhortos o cartas rogatorias, y recepción de pruebas en el extranjero. Nuestro país ratificó las cinco últimas convenciones; por tanto, son parte del derecho positivo mexicano.

La Segunda Conferencia Americana Especializada en DIPr (CIDIP-II) se realizó en Montevideo, Uruguay, durante abril y mayo de 1979. En ella se aprobaron ocho convenciones que tratan los temas siguientes: conflictos de leyes en materia de cheques; medidas cautelares; eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros; domicilio de las personas físicas en el Derecho Internacional Privado; sociedades mercantiles; prueba e información respecto del derecho extranjero, y normas generales de Derecho Internacional Privado. También se formuló el Protocolo Adicional a la Convención sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, firmada en Panamá. México ha ratificado las seis últimas convenciones.

La Tercera Conferencia Americana Especializada en DIPr (CIDIP-III) se llevó a cabo en La Paz, Bolivia, en mayo de 1984. En ella se aprobaron cuatro convenciones referentes a estos temas: competencia en la esfera internacional para la eficacia internacional de las sentencias extranjeras; Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero; adopción de menores, y personalidad y capacidad de las personas jurídicas en el DIPr. México ratificó estas convenciones.

La Cuarta Conferencia Americana Especializada en DIPr (CIDIP-IV), cuya sede fue nuevamente Montevideo, se efectuó en julio de 1989; se aprobaron en ella tres convenciones: restitución internacional de menores, obligaciones alimentarias y transporte internacional de mercancías por carretera. México ratificó las dos primeras.

La Quinta Conferencia Americana Especializada en DIPr (CIDIP-V) de 1994 fue celebrada en la ciudad de México. Ahí se aprobaron dos convenciones: la primera sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales y la segunda en torno del tráfico internacional de menores. México ya ratificó la primera y falta ratificar la otra.

En cuanto a la Sexta Conferencia, se llevó a cabo en 2002 en la ciudad de Washington. Aunque los temas ya habían sido aprobados por los Estados miembros de la OEA, la sede se cambió en varias ocasiones. Los temas fueron: ley modelo sobre garantías mobiliarias y la elaboración de un protocolo que reglamente lo relativo al conocimiento de embarque para efectos de dicha convención.[36]

México participa desde los orígenes de esta Comisión en 1975.

[36] Respecto de la CIDIP-VII, la Asamblea General de la OEA aprobó la agenda siguiente: Protección al consumidor– Ley aplicable, jurisdicción y restitución monetaria y garantías mobiliarias: registros electrónicos para la implementación de la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*. Se prevé que durante el año de 2006 se generen los documentos que sirvan de soporte para la celebración de esta conferencia, a fin de que se lleve a cabo durante 2007.

2.6. Seminario Nacional de DIPr y Comparado

El principal foro de DIPr de México es el Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado. Se trata de reuniones académicas que se han celebrado ininterrumpidamente durante 30 años. Su última versión (número 30) se efectuó en 2006 en la Ciudad de México. Sus aportaciones han sido de gran trascendencia en la materia, como veremos a continuación.

Primeras experiencias

En 1976 un reducido grupo de estudiosos del Derecho Internacional Privado organizó los primeros seminarios. Coincidentemente, en esa época se encontraba en discusión la propuesta de que México ingresara en el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). En el año anterior se había celebrado la primera reunión de CIDIP en Panamá.

El profesor Leonel Pereznieto Castro, fundador y organizador del seminario mencionado, en colaboración con Fernando Vázquez Pando, Víctor Carlos García Moreno, Laura Trigueros y Claude Belair, junto con el profesor alemán Jürgen Samtleben, inauguraron como conferencistas y ponentes lo que hoy se conoce como *seminarios nacionales de DIPr*. La primera reunión se realizó en la Coordinación de Humanidades de la Universidad Nacional Autónoma de México.

En los dos años siguientes se llevaron a cabo sendas reuniones en el mismo lugar. En ellas se contó con la presencia de los profesores Henri Batiffol, Fausto Pocar, Arthur von Meheren, Friedrich K. Juenger, Edoardo Vitta, François Rigaux, José Luis Siqueiros, Leonel Pereznieto Castro y Víctor Carlos García Moreno. A partir del quinto seminario las reuniones empezaron a realizarse en diferentes universidades del país. En el seminario número 30 se intenta darle un nuevo formato a la reunión, continuar con la discusión de propuestas académicas pero incrementar la discusión de temas prácticos y profesionales para estar acordes con las necesidades modernas del DIPr mexicano. Se intenta mantenerlo, al menos en los próximos años, en la Ciudad de México, y se introducen además talleres para el estudio de casos prácticos.

Consolidación nacional

El cuarto seminario (1980) marcó un cambio fundamental, pues esta actividad se convirtió en un foro de alcance nacional. Profesores de diversas universidades asistieron por invitación y se integraron al grupo de iusprivatistas fundadores, como Luis Fausto Ornelas, Jorge Alberto Silva y Martha Imelda González. Durante esa

reunión se fundó la Asociación Nacional de Profesores de DIPr y se fijaron las bases para que las sesiones se celebraran en todo el país. En el seno de la citada asociación se reunieron profesores que no podían acceder a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado porque se les exigía que residieran en la Ciudad de México, requisito que más tarde se derogó.

A partir del quinto seminario, como ya se mencionó, los seminarios anuales comenzaron a organizarse en diversas universidades del país. El número de ponencias se incrementó, así como la audiencia, que además de profesores incluyó a estudiantes universitarios. La disciplina, casi desconocida en México, empezó a atraer la atención de docentes, así como de investigadores nacionales y extranjeros. Las reuniones se consolidaron y desde entonces los trabajos se incrementaron a tal grado que en 10 años se publicaron 20 veces más trabajos en la materia que los publicados en todo el siglo, lo cual puso de manifiesto el interés creciente por el DIPr. De ese tiempo a la fecha, el principal foro han sido los seminarios de DIPr.

En 1988 se presentó en el seminario correspondiente el anteproyecto de reformas a los códigos civiles y de procedimientos civiles, que se discutieron ampliamente. Estos proyectos sirvieron de base para la reforma más trascendental a las leyes mexicanas sobre DIPr hasta la fecha. Sus autores fueron los mismos académicos que habían estado luchando por el desarrollo del Derecho Internacional Privado mexicano. La aceptación de estos proyectos por parte del Poder Ejecutivo y su amplia discusión en la Secretaría de Gobernación dio lugar a que esta última finalmente los enviara al Congreso, el cual los aprobó y con ello marcó un nuevo derrotero en el desarrollo del DIPr mexicano.

Desde el inicio de esas reuniones académicas, los organizadores se han propuesto difundir los temas del DIPr y del derecho comparado. En cada seminario, profesores de universidades mexicanas, estadounidenses y europeas han sometido a debate sus ponencias. La publicación de estos trabajos constituye la fuente más importante de la hemerografía iusinternacional privatista en México.

Entre los profesores y juristas extranjeros que han participado y compartido sus conocimientos, además de los ya referidos, están Benito Sansó Rotondo, Willis Reese, Dale Furnish, Didier Opperti Badán, José Carlos Fernández Rozas, Diego Fernández Arroyo, James R. Smith, Jürgen Samtleben, Pedro Pablo Miralles Sangro, Tatiana B. de Maekelt, Beatriz Pallares, Adriana Dreyzin e Yves Derains.

El seminario pasó a formar parte de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; a partir de su quinta celebración anual, la Asociación Nacional de Profesores de Derecho Internacional Privado es uno de los organismos que desempeñan un papel más importante al organizar, promover y convocar a los profesores de las diversas universidades del interior del país. También participan de manera activa las universidades donde se realizan las reuniones. El Colegio de Profesores de Derecho Internacional Privado y en especial el Seminario de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la UNAM han sido piezas fundamentales en la organización. También intervinieron, en alguna época, la Secretaría de Educación Pública y gobiernos estatales, que dieron apoyo financiero para la realización de los primeros seminarios.

Las reuniones se han llevado a cabo, además de universidades en el Distrito Federal, en las ciudades de Chihuahua (dos ocasiones), Ciudad Juárez (dos ocasiones), San Luis Potosí, Morelia, Acapulco, Chilpancingo, Puebla, Querétaro, Oaxaca, Guadalajara (dos ocasiones), Guanajuato, Xalapa, Colima, Tijuana (dos ocasiones), San Diego (EUA), Monterrey, Pachuca, Puebla, etcétera.

La especialización

Aunque los temas de los primeros seminarios fueron generales, pronto se especializaron. Normalmente, la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado lanza la convocatoria y fija el temario en torno al cual se desarrollarán las ponencias, procurando discutir los cambios legislativos en la materia, las más recientes convenciones internacionales y los temas de actualidad.[37]

Estructura y funciones

Como ya explicamos, cada Seminario Nacional de DIPr y Comparado es organizado anualmente por la Academia Mexicana sobre la materia, en colaboración con los organismos referidos. Existe un comité seleccionador de las ponencias que se presentarán a debate. En función de los temas, el comité organizador determina a su vez las mesas de debate y nombra a quienes las presidirán. Lo anterior se hizo necesario debido a la gran cantidad de trabajos que se presentan y que resulta difícil examinar en los pocos días que dura la reunión. Esto ha elevado la calidad del material que se expone y le ha dado mayor profundidad y especialización a los temas de debate.

2.7. Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado

El antecedente inmediato de la Academia Mexicana de DIPr y Comparado fue el Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado, A. C., fundado en diciembre de 1968 por profesores especialistas en la materia y abogados aficionados a ella. Entre éstos podemos recordar a Guillermo Gallardo Vázquez, Jorge Aurelio Carrillo, José Luis Siqueiros, Julio César Treviño, Luis Nicolín, Carlos Arellano García, Mario Ruiz Moreno y Víctor Carlos García Moreno. En 1972, con el ingreso al Instituto de una nueva generación de iusprivatistas, se plantearon los conceptos modernos del DIPr,

[37] Para una lista parcial de los temas véase Jorge Alberto Silva, "Relación de ponencias presentadas durante los primeros 13 Seminarios Nacionales de Derecho Internacional Privado", en Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, en *Memoria*, México, 1989, y el CD editado por la Universidad de Colima, que contiene las ponencias de los primeros 24 seminarios, edición 2000.

entre otros el pluralismo metodológico, que dio lugar a discusiones y planteamientos en el seno de la institución. En 1978 el Instituto se convirtió en academia y en 1993 amplió su objetivo al derecho comparado.

La Academia está regulada por su Estatuto Orgánico, cuyas últimas modificaciones datan de 1997. Actualmente su objeto social es promover y estimular el estudio, la investigación y la difusión del derecho internacional privado, del derecho comparado y de las disciplinas relacionadas; fomentar y dignificar la cátedra en dichas áreas, y coadyuvar al conocimiento, estudio y solución de aquellos problemas que les son propios.

Para la consecución de sus fines, la Academia está facultada para realizar, entre otras, las actividades siguientes:

- Fomentar la investigación y solución de los problemas que interesan al Derecho Internacional Privado, al derecho comparado y a las disciplinas relacionadas.
- Impulsar el mejoramiento de las técnicas docentes empleadas para la enseñanza del Derecho Internacional Privado, del derecho comparado y de las disciplinas relacionadas.
- Colaborar con las instituciones de educación superior en la elaboración de los planes y programas de estudio del Derecho Internacional Privado, del derecho comparado y de las disciplinas relacionadas, así como sugerir revisiones y proponer la adopción de materias optativas especializadas en tales áreas, cuando se estime necesario.
- Proponer a las autoridades competentes la expedición, revisión o reforma de ordenamientos legales, así como sus criterios de aplicación e interpretación relativos a la nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, conflictos de leyes, conflictos de competencia, cooperación judicial y demás aspectos relacionados con el Derecho Internacional Privado.
- Organizar los Seminarios Nacionales de Derecho Internacional Privado y Comparado, conferencias, sesiones de estudio, mesas redondas y demás actividades relacionadas con las materias objeto de estudio, así como participar en las que sean promovidas por otras instituciones.
- Editar libros, publicaciones periódicas, estudios e investigaciones en materia de Derecho Internacional Privado, derecho comparado y en las disciplinas relacionadas.
- Otorgar distinciones a personas que presten servicios eminentes o realicen investigaciones destacadas en el campo de las materias objeto de estudio.

La Academia se conforma con diversos académicos, como los de número, honorarios eméritos asociados y supernumerarios.

Desde 1996 la Academia edita semestralmente la *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado,* en la que se publican ensayos sobre la disciplina, de connotados autores mexicanos y extranjeros, así como novedades legislativas y reseñas hemerobibliográficas.

Con objeto de la celebración del XXV aniversario del Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado (2001), se acordó la impartición de cursos sobre la materia dirigidos a profesores. Estos cursos se realizan en la universidad sede del Seminario y en los días previos al mismo.

A partir de 2003 la Academia se comprometió a impartir un diplomado durante un semestre en alguna universidad del interior del país, a cargo de profesores del más alto prestigio en su rama.

Los miembros de número de la Academia se han destacado por ser representantes de México en organismos internacionales, negociadores de tratados, árbitros panelistas del TLCAN, etc., actividades que han combinado con la actividad académica, la investigación o el ejercicio de la profesión, y que ha significado el punto central de sus vidas.

Curso para profesores

Antes de iniciar los trabajos de cada seminario anual de la Academia se imparten dos cursos, uno para los profesores y otro para alumnos que asisten al Seminario, y que se centran en el intercambio de experiencias.

Por lo general, algunos de los temas que se abordan están relacionados con cuestiones de interés del lugar donde se realiza, y los profesores que imparten el curso dedican una parte importante de sus presentaciones a dichos aspectos.

Diplomado que otorga la academia

A partir de 2003 la Academia ofrece un diplomado compuesto de una serie de módulos en torno de los temas que más interesan a nuestra sociedad. El diplomado está dirigido a profesores y abogados que tienen intereses específicos en torno de problemas de esta disciplina, específicamente la preparación del derecho privado en las relaciones de tráfico jurídico internacional.

La Academia se ha esmerado en elegir a los profesores que dirigen cada uno de los módulos a partir de su experiencia profesional y académica sobre el tema que cada expositor imparte.

3 El estatuto personal y la ley personal

3.1. Introducción

Las relaciones privadas de cada individuo se desarrollan espacialmente, es decir, sus actos o actividades se realizan en un espacio territorial que no necesariamente está regido por un mismo orden jurídico. El método conflictual tradicional (el enfocado a la resolución de problemas de tráfico jurídico internacional mediante normas de conflicto) presupone que esas situaciones o actos normalmente se ejecutan en un territorio específico y producen efectos en otro.[1] Este fenómeno jurídico plantea la necesidad de saber qué ley u orden jurídico es el que regula las relaciones jurídicas con vínculos a dos o más territorios como los indicados.

Para elegir el derecho u orden jurídico aplicable a la situación internacional, el operador jurídico requiere un método, que podría consistir en vincular la relación o situación jurídica mediante uno o varios puntos de conexión o contacto con un orden jurídico. Carlos Federico de Savigny, en el siglo XIX, propuso encontrar la sede (*sitz*) de la relación jurídica internacional (el supuesto), la que luego de haber sido localizada serviría para determinar el derecho aplicable.[2] Este mecanismo funciona cuando en la relación se encuentra una persona que tiene una conexión (el punto de conexión) —o como decía Savigny, su *sede*— que puede ser su nacionalidad o su domicilio.

En Europa continental, para localizar el punto que vincula el orden jurídico aplicable con la hipótesis o situación, regularmente se recurre a la nacionalidad de la persona involucrada. En cambio, en América se acude al domicilio de esa persona. Esas situaciones, que adelante identificaremos como parte del estatuto personal, se regulan conforme a las leyes vinculadas a la nacionalidad o el domicilio de esas personas;

[1] Los conflictos de órdenes jurídicos se presentan no solamente entre los vigentes en diversos territorios, sino también respecto de órdenes interétnicos o entre ellos, como los que se plantean en México entre los diversos grupos étnicos, tema que no es objeto de estudio en este libro.

[2] Carlos Federico de Savigny, *Sistema de derecho romano actual*, t. VI, 2a. ed., Centro Editorial Góngora, Madrid, s/f.

todo depende de la conexión que se aplique. De este tema (el estatuto personal) nos ocuparemos en el presente capítulo.

Hechos como el nacimiento de una persona, su mayoría de edad y su muerte pueden tener consecuencias jurídicas en el ámbito internacional. Algo similar ocurre con los actos jurídicos como el matrimonio, el divorcio, la adopción, los contratos, etc. El DIPr describe diversos métodos para encontrar una solución a los problemas de tráfico jurídico internacional en que se involucran las personas. En cada uno de esos métodos los legisladores procuran vincular los hechos o actos jurídicos por resolver con un orden jurídico específico o darles directamente una respuesta.

En este capítulo abordaremos los aspectos que tienen como centro de atención a la persona. Se trata del marco teórico y conceptual acorde al cual presentaremos los hechos y actos que involucran a una persona en forma directa e inmediata y que conforman su *estatuto personal*.

En la primera parte del capítulo nos referiremos a las explicaciones generales en torno del concepto de estatuto personal que permitan su comprensión. En seguida aclararemos su contenido, donde destacaremos el estado civil y la capacidad de las personas; de igual manera, esclareceremos algunos elementos que nos familiaricen con la *ley personal*, esto es, la que regula el estatuto personal, en especial la nacionalidad y el domicilio.

3.2. Consideraciones generales

El estatuto personal es un concepto jurídico que describe diversos supuestos fácticos-normativos referidos a una persona en la medida en que se encuentra vinculada con un ordenamiento jurídico específico y puede comprender los hechos o actos jurídicos que realiza.[3]

Es un hecho reconocido prácticamente en todo el mundo que desde que una persona nace, se le individualiza e identifica con un nombre que, junto con los apellidos de sus padres, le van a servir para que el derecho la considere persona única y específica desde el punto de vista jurídico. A partir del momento en que recibe un nombre, también adquiere un derecho que le permite defenderlo a lo largo de su vida, reivindicarlo e, incluso, modificarlo. El nombre es parte de su personalidad, y la ley aplicable a ese estatuto personal se encuentra en función de su nacionalidad o domicilio (los puntos de conexión) que le otorgan derechos y le imponen obligaciones.

[3] Para analizar la evolución histórica del estatuto personal, véase J. Hudault, "Statut personnel et droit naturel", en *RCDIP.1*, 1998, pp. 1 y ss. Jorge Alberto Silva, "Contribución de los profesores universitarios a la construcción de los conceptos estatuto personal y ley personal", en *Didactikón*, año 1, núm. 2, agosto-diciembre de 2002, UACJ. Con relación al objeto del estatuto véase Laura Trigueros Gaisman, "El estatuto personal (marco constitucional)", en *XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Tijuana, 2002.

Cuando una persona llega a la mayoría de edad, ese hecho tiene consecuencias jurídicas, como la adquisición de la capacidad para ejercer derechos, es decir, la posibilidad jurídica de exigir y defender intereses y pretensiones en la vida social. El hecho de adquirir obligaciones vincula jurídicamente a esa persona con el mundo social en que vive.

La persona, en el ejercicio de sus derechos, como en la adquisición y el cumplimiento de sus obligaciones, lo hace conforme a lo prescrito en uno o varios órdenes jurídicos que inciden sobre esa persona. El DIPr presenta métodos distintos tendentes a determinar con precisión el ordenamiento jurídico aplicable a tal persona. El método elegido nos permite encontrar, por ejemplo, la ley que define su capacidad, es decir, si es capaz de contraer dichas obligaciones. La norma que acoge el estatuto personal (esos actos y hechos jurídicos) posibilita establecer las consecuencias jurídicas de la celebración de los actos personales.[4]

Lo mismo sucede cuando una persona fallece. Este hecho implica consecuencias jurídicas, entre ellas que sus bienes sean distribuidos a sus herederos en cumplimiento de su última voluntad. Ahí, la norma conflictual especifica un orden o sistema jurídico que será el aplicable para determinar la forma de distribución de los bienes, para saber quiénes pueden considerarse herederos, para conocer el orden y la prelación de éstos y los porcentajes en que pueden heredar, así como las demás características y circunstancias que haya determinado en su última voluntad el de *cujus*.

Cuando nos referimos a hechos o actos que tienen consecuencias jurídicas como los que acabamos de mencionar y éstos afectan directamente la personalidad del individuo, estamos en el tema del *estatuto personal*. Para el DIPr en su método conflictual tradicional, lo importante es localizar el orden jurídico con el que habrán de vincularse los hechos y las consecuencias jurídicas de la persona. Por tanto, el DIPr determina la ley u orden jurídico aplicable a ese estatuto personal.

Con cierta frecuencia se confunde el estatuto personal con la ley personal. Mientras la primera hace alusión a un *supuesto fáctico-normativo* (por ejemplo, el estado civil o la capacidad de la persona), la segunda corresponde a la *ley* u *orden jurídico aplicable* (por ejemplo, la ley de la nacionalidad o la del domicilio). Precisaremos con mayor detalle estos conceptos.

3.3. Concepto de estatuto personal y ley personal

Desde hace varios siglos los juristas se han referido al estatuto personal para regular conforme a ciertas leyes la forma de ser o comportarse de una persona. En varios países se emplea la expresión *estatuto personal* para referirse tanto a las relaciones individuales como a las de familia, incluido el estado civil de las personas y, de manera más general, a las relaciones personales.

[4] Uno de esos métodos es el conflictual, en el que se introducen temas como estatuto y ley aplicable.

Debido a que en los próximos capítulos nos referiremos a la regulación de las relaciones de familia en el tráfico jurídico internacional e, incluso, a la capacidad de la persona para suceder a otra, contratar o realizar diversos actos jurídicos, es pertinente detenernos brevemente para mencionar dos aspectos: *a*) el concepto de estatuto personal tradicional así como el contemporáneo, y *b*) una explicación de las diferentes leyes personales que suelen acoger los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Comenzamos con el concepto *estatuto*. Originalmente con esta palabra, desde el antiguo derecho romano, se significó una ley o cuerpo legal. En EUA y otros países aun se le asigna ese significado (*statutes*). En México se le suele asignar el significado de cuerpo normativo (por ejemplo, los estatutos de la empresa, el estatuto de los trabajadores del Estado), y en el ámbito internacional también se suele recurrir a esa palabra (por ejemplo, el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia). No obstante, el significado que se le atribuye en el DIPr no comprende cualquier tipo de ley, ordenanza o cuerpo normativo, sino sólo los supuestos fácticos que aluden a contenidos normativos específicos. En este apartado trataremos de explicar el significado que históricamente se le ha atribuido al término *estatuto personal*, con la finalidad de destacar que tanto éste como el de *ley personal* poseen significados diferentes.

Por un lado, explicaremos el *concepto tradicional* que va desde la antigüedad hasta el siglo XIX. Posteriormente nos referiremos al *sentido* o *significado contemporáneo*, que se inicia después de los trabajos de Carlos Federico de Savigny. En cierta forma y durante mucho tiempo *se solía confundir la ley personal con el estatuto personal*, lo que no es posible en la actualidad. Le llamaremos *sentido tradicional* al que llegó a provocar la confusión y *sentido contemporáneo* al que tiende al deslinde conceptual.

El sentido o concepto tradicional

En el derecho romano el estado de la persona (*status*) significó o caracterizó un fenómeno o realidad referido a la persona misma en cuanto a su manera de ser o de comportarse. Por *status* personal se entendían ciertas consideraciones personales fácticas de un individuo. En cambio, el estatuto no era eso, sino una ley o una norma jurídica. Es decir, originalmente se establecía una distinción, pero con el paso del tiempo esas disposiciones jurídicas sólo se refirieron a la persona. Como al hablarse de estatuto también se hablaba de la persona, de manera práctica se empezaron a emplear de forma indistinta, por lo que se perdió la diferencia y entonces se confundió al estatuto con el objeto regulado. Como veremos más adelante, actualmente se diferencia *ley personal* de *estatuto personal*, aunque con la fusión de significados el supuesto fáctico-normativo referido a las personas (por ejemplo, el estado civil o la capacidad de las personas) llegó a ser lo mismo que el estatuto personal.

Fue en el feudalismo cuando se confundió estatuto personal y ley personal. Durante esta etapa se establecieron disposiciones propias para cada ciudad, diferentes de las de otra. Por ejemplo, en una ciudad el testamento sólo requería cinco

testigos, mientras que en otra, nueve. El *status* en una ciudad se confundió con la normatividad, pues se decía que el estatuto requería cinco o nueve testigos.

Paralelamente, con la creación de las universidades[5] las diferencias entre estatutos provocaron la duda respecto de cuál sería la ley (la *coutume*) que se aplicaría cuando una relación jurídica se vinculaba a personas de diferentes grupos. Como se ve, *coutume* y *status* parecieron ser lo mismo. La habilidad de los profesores de las universidades recién creadas fue la que de alguna manera ayudó a precisar y elegir la ley (*coutume*) aplicable al supuesto fáctico. En esto participaron activamente los profesores universitarios (especialmente los de Bolonia y de la región de la Lombardía).[6]

Los primeros profesores (los glosadores) lograron diferenciar ciertas disposiciones vinculadas a la tierra de otras vinculadas a la persona. Rápidamente perfeccionaron, junto a otro grupo de profesores (los posglosadores), una teoría para explicar lo que llamaron *estatutos personales* y *estatutos reales*, cuyo significado implicó (en cierta forma) que tanto estatuto como ley eran lo mismo. En los estatutos personales, según el iusnaturalismo de la época, se incluyeron *todos los derechos inherentes a la persona humana*. Se trataba de derechos que nacían con la persona y la seguían al lugar adonde fuere hasta su muerte como si fueran su ángel de la guarda (la acompañaban a todas partes). Así, una persona que era de Módena, aunque estuviera en Ravena, llevaba consigo los derechos personales que le eran inherentes. Un juez de Ravena debía aplicar la ley de Módena (la que regulaba el estatuto personal) para resolver el problema que tuviera que resolvérsele al originario de Módena. De esta manera, a partir del siglo XII se inició la construcción de una *teoría de los estatutos*, entre otros, los personales.

La teoría estatutaria funcionó para delimitar el ámbito espacial de validez de las leyes o costumbres de cada ciudad, en un principio para resolver los conflictos entre las costumbres de diversas ciudades o el de una ciudad frente al derecho romano. Posteriormente, a partir del Renacimiento se empleó para resolver los conflictos de órdenes jurídicos de diversos Estados.

A partir de estas teorías, hasta el siglo XIX se dio por hecho que toda persona posee un estatuto que la sigue: su estatuto personal, que tenía que ser respetado por cualquier autoridad.[7] En su *status* se llevaba la ley. Hasta ese momento estatuto y ley parecieron continuar fundidos en un solo significado.

5 Rolando Tamayo y Salmorán, *La universidad, epopeya medieval (notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el Alto Medievo)*, 2a. ed., Huber, México, 1998.

6 Esos profesores, religiosos y contrarios al territorialismo, se impusieron a los señores feudales y se distinguieron por estudiar algunos textos romanos (generalmente las *Institutas* de Justiniano) y por hacerles anotaciones (glosas). Se trata de los primeros profesores universitarios en la enseñanza e investigación del derecho.

7 Un criterio semejante se observa en nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación cuando afirma que "la ley, en cuanto al origen o nacimiento del acto, es extraterritorial, porque *el estatuto personal de los casados les sigue a todas partes*". Tercera Sala, Sexta época, vol. CXXVIII, p. 39, AD 5649/67, Juan Gari Pallares y coag., 14 de febrero de 1968, cinco votos, ponente Mariano Azuela.

Todo lo anterior ocurrió en Europa. En el caso de México, no podemos hablar de una teoría estatutaria especial, esto es, no hubo una explicación especial como en Europa. La habida durante la Colonia sólo reflejó las experiencias españolas de origen medieval. En el México independiente del siglo XIX las ideas estatutarias fueron las europeas, cuya vigencia llegó hasta que apareció el *Código Civil* de 1928.[8] De cualquier manera, durante la Independencia y el siglo XX las ideas territorialistas fueron acrecentándose, negando la posibilidad de que existiera alguna ley personal por encima de la mexicana. En este momento simplemente no hubo necesidad de tener que diferenciar estatuto de ley personal, ya que tampoco hubo necesidad de recurrir a alguna ley personal dado el territorialismo introducido.

En fin, como hemos explicado, los significados de estatuto personal y ley personal fueron confundidos, incluso en parte del México colonial e independiente, y en el siglo XX (en gran parte de éste) ni siquiera hubo necesidad de establecer distinciones.

El sentido o concepto contemporáneo

La introducción del derecho codificado, el abandono del iusnaturalismo (que suponía derechos personales y de supremacía jerárquica) y la construcción de una teoría del derecho positivo que no admite un derecho diferente del creado por el legislador se llevaron prácticamente todo el siglo XIX, época en la cual la mayoría de los países expidió sus códigos civiles. Lo mismo sucedió en México y en casi todos los países hispanoamericanos, ya que la época codificadora en éstos se sitúa en el último tercio del siglo XIX.

La aparición de códigos en cada país fraccionó en Europa y América los ordenamientos jurídicos, lo que aunado a la explicación del formalismo positivista del derecho, la unificación interna de los países europeos y la independencia de los americanos negaron que por sobre el dictado de los legisladores locales existiera otro derecho, como el derecho natural, el romano o alguno supranacional, cuya función globalizada, en gran medida, había mantenido unida a toda Europa.[9]

8 No obstante, después de esa fecha se produjeron algunas tesis judiciales en las que se continuó aludiendo al estatuto personal, como ocurrió a propósito de un testamento en el caso de la Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXXI, p. 603, AD 6859/55, Leopoldo Ricardo Gavito Bourlon, 15 de marzo de 1957, cuatro votos, ponente José Castro Estrada. Ahí se sostuvo que "es un principio general de derecho que la *capacidad para testar forma parte del estatuto personal*, o sea, que se rige por las leyes nacionales del testador". Aquí, la capacidad es una parte o elemento del estatuto personal, no una ley personal.

9 La aparición de códigos y constituciones durante el siglo XIX, aunada a una exagerada idea de soberanía estatal, terminó por fraccionar lo que ya se había iniciado, que se agravó con el rechazo a un *ius commune universal*. Para resolver estos problemas, algunos juristas procuraron recurrir a convenios internacionales (Instituto de Derecho Internacional) y, otros, regresar a la búsqueda de una unidad (como se manifestó en las ideas del Primer Congreso Mundial de Derecho Comparado, de 1900).

Lo que hasta entonces había explicado la teoría estatutaria y que llegó hasta el siglo XIX, se transformó. Sólo se aceptó que los derechos de la persona los otorga el Estado. De esta manera, Carlos Federico de Savigny (en pleno siglo XIX) definió los estatutos personales afirmando que "son las leyes que tienen principalmente por objeto la persona y su estado".[10] Aunque en esta definición comenzaba definiendo al estatuto como una ley, destacaba que su objeto eran la persona y su estado; esto es, de esta manera de significar se logra desprender una diferencia.

La expresión *estatuto personal* que se había acuñado durante siglos y que implicaba un *contenido racional*, como si fuera un "ángel de la guarda" (pues acompañaba a la persona a dondequiera que fuera) a partir de la época codificadora tuvo que ser *definido por el legislador*. Los derechos personales dejaron de derivar de una mera posición ideológica y supranacional, pues ahora sólo los legisladores podían otorgarlos. Este cambio obligó a definir estatuto personal, por un lado, y ley personal por el otro. A partir de entonces se comenzó a marcar la diferencia entre estatuto personal y ley personal, que llega a nuestros días.[11]

Con la expresión *ley personal* el legislador atendió a un elemento normativo de conexión personal (la nacionalidad o el domicilio). En cambio, la frase "estatuto personal" pasó a significar el supuesto fáctico-normativo (estado civil o capacidad de la persona).

Aunque los tribunales de amparo mexicanos dictaron diversas resoluciones durante la época de vigencia de los códigos civiles de 1870 y 1884, a partir del *Código* de 1928 ya no se ha aludido a ley personal o a estatuto personal (salvo casos rarísimos), sino a estado civil, un concepto un poco más específico que el de estatuto personal.

Visto desde otra perspectiva, lo que ocurrió en México (en el siglo XX) no fue sólo adoptar una posición territorialista, sino también rechazar las expresiones *estatuto personal* o *ley personal*, porque para el legislador mexicano no hubo necesidad de pensar en alguna ley o conexión que pudiera vincular a una persona a un orden jurídico diferente del propio. El término *estado civil* quedó en los códigos para una regulación meramente interna, sin ligarse a alguna ley distinta de la mexicana. Desde entonces, ambas expresiones (estatuto personal y ley personal) quedaron fuera del lenguaje de los legisladores mexicanos y sólo llegaron a ser invocadas (como metalenguaje) por algunos juristas mexicanos (profesores, en especial).

10 *Op. cit.*, p. 189.

11 La ley española es un ejemplo de esto. El art. 9 de su *Código Civil* indica que "la *ley personal correspondiente a las personas físicas* es determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte". Como se advierte, el significado de relaciones personales no se le deja al iusnaturalismo, sino que el legislador define qué es.

El proyecto de art. 12 del *CCDF* de 1928 siguió un derrotero semejante al prescribir que "el estado y la capacidad de las personas, sus relaciones de familia y los derechos y obligaciones que de ellos emanan, se rigen por su *ley personal*, a menos que ésta pugne con alguna disposición de orden público". Como es sabido, no se aprobó.

Este abandono no sólo ha ocurrido en México. En varios países se ha desatendido la expresión *estatuto personal*. En Suiza, por ejemplo, no se menciona en su *Ley de Derecho Internacional Privado*, de 1987. En Italia, la nueva *Ley de Derecho Internacional Privado* (1995) opta por la frase "relaciones personales", y lo mismo ha ocurrido en la nueva *Ley de Derecho Internacional Privado* venezolana.[12]

Al referirse a esta expresión y su concepto, la profesora Elisa Pérez Vera afirma que por ahora caben dos opciones: *a*) prescindir de esta terminología obsoleta, herencia de un pasado y cuyas coordenadas sociológico-jurídicas carecen de paralelismo en el presente, o *b*) emplear el término para respetar una tradición o por economía del lenguaje.[13] Sobre el particular, los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa afirman que el estatuto pasó a ser "un conjunto de materias" e, incluso, que se trata de un concepto inútil.[14]

Durante los últimos años del siglo XX e inicios del XXI los legisladores y los juristas en el mundo se han escindido en una u otra opción. Una reducida parte de la doctrina mexicana continúa empleando la expresión *estatuto personal* para referirlo a ciertos supuestos personales aunque el término no esté en la ley, pues no es acogido por nuestro legislador. Se trata, como se advierte, de una denominación estipulativa construida por los teóricos del derecho.

Sin embargo, no podemos decir que los juristas mexicanos tengamos que desentendernos de esta expresión, ya que aparece en algunos tratados de los que México es Estado parte, entre otros la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas. Acorde con ésta, "el *estatuto personal* de todo apátrida se rige por la *ley del país de su domicilio* o, a falta de domicilio, por la *ley del país de su residencia*". También prescribe que "los derechos que hubiesen adquirido y que dependan del *estatuto personal*, especialmente los que resultan del matrimonio, deben ser respetados por todo Estado contratante" (art. 12).

Como se advierte en esta Convención, no se ha dejado del todo abandonado o convertido en obsoleto el término *estatuto personal* o el que encuadra en la *ley personal*. Esta Convención y parte de la doctrina mexicana recurren a esa denominación.

Aunque la mayoría de las leyes locales no alude a estatuto personal, destaca el CC de Nuevo León (art. 21 *bis* VI), que prescribe que el "estatuto" de las personas físicas se rige por el derecho del domicilio.

A pesar de que son pocos los casos en que se recurre a estas expresiones, el legislador mexicano contemporáneo (al igual que el de otros países) ha preferido referirse directamente a los supuestos normativos que en otro momento fueron aglutinados en el concepto de *estatuto personal*.

12 Otras leyes recuren a la expresión *estatuto personal*, pero no en el texto de su ley, sino en el epígrafe descriptivo, técnica codificadora que sólo unos países siguen. Así ocurre, por ejemplo, en el *Código Civil* de Louisiana, EUA (art. 3519).

13 Elisa Pérez Vera, *Derecho internacional privado*, t. II, 3a. ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 21.

14 Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol II, 5a. ed., Granada, 2004, pp. 13 y siguientes.

Como decíamos, el énfasis conceptual de ambas expresiones (estatuto y ley personal) se hace recaer en la *conexión* (la conexión personal, como la nacionalidad, el domicilio o la residencia habitual) o en el *supuesto fáctico-normativo* (los derechos de la persona, como su estado civil). De cualquier manera, el estatuto personal es un concepto teórico-jurídico (que no es lo mismo que legal o dogmático) que se emplea para referirse o comprender diversos supuestos normativos como el matrimonio, la adopción, las relaciones de los divorciados, etc. En otras palabras, al concepto *estatuto personal* le importan las relaciones de familia o del estado civil de las personas, así como otros actos y hechos que más adelante precisaremos. Tal vez la expresión más aceptable sería *relaciones personales,* empleada en algunas leyes de derecho internacional privado, como la italiana o la venezolana, que en gran medida se despojan de la terminología de la antigua escuela estatutaria italiana.

Tanto los términos *estatuto personal* como *ley personal* son parte del metalenguaje jurídico con el que se describen elementos fáctico-normativos.

En fin, hasta ahora hemos intentado aclarar la diferencia entre el estatuto personal y la ley personal, así como el uso que se les ha dado tanto en la legislación como en la doctrina. Debido a la importancia de estas denominaciones en los temas que abordaremos en los próximos capítulos, en lo que falta de éste haremos algunas precisiones que nos permitan especificar el supuesto fáctico-normativo y la ley aplicable.

3.4. El estatuto personal o relaciones personales (el supuesto fáctico de la norma)

Comenzaremos con los aspectos fáctico-normativos más relevantes que encajan en el estatuto personal o relaciones personales, en especial el estado civil de las personas y su capacidad y, sobre todo, enunciaremos algunos de sus rasgos definitorios con la finalidad de que el lector se familiarice con los contenidos del estatuto personal. Más adelante explicaremos la ley que los regula.

En cuanto al dato fáctico que comprende el estatuto personal, los legisladores lo han establecido en un sentido amplio o restringido. El *Código Napoleónico* acogió el sentido restringido del estatuto, pues sólo aludió al *estado y capacidad de las personas*; en cambio, la ley española abarca un contenido más amplio, pues además de la capacidad y el estado civil se refiere a las relaciones de familia y a la sucesión *mortis causa*.[15]

Los códigos mexicanos de 1870 y 1884 siguieron al *CC* francés, por lo que el estatuto personal se limitó al estado civil y la capacidad de las personas, para las cuales la ley personal fue la de la nacionalidad.

[15] Hay otras variaciones para enunciar el contenido del estatuto personal o relaciones personales. La *Ley de Derecho Internacional Privado* venezolana, además de estado civil y capacidad de las personas, incluye la existencia de la persona (art. 16) y las sucesiones (art. 34).

El proyecto de *CCDF* de 1928 continuó esa tendencia, pero en el último momento el legislador cambió la ley aplicable (la ley nacional por la *lex fori).* De cualquier manera, no se suprimieron los contenidos del estatuto personal (estado civil y capacidad de las personas), que quedaron enumerados en el art. 12. Los códigos de cada entidad federativa siguieron a la ley del D.F. sin reparar en el cambio, con lo que uniformaron en todo el país la territorialidad de la ley.

Hasta 1988, en el *CCDF* no hubo interés por destacar la ley aplicable al estatuto personal o relaciones personales debido a la permanencia de un sistema territorialista excesivo. Como mencionamos, se prescribía que la capacidad y el estado civil de las personas se regía por la ley del D.F. sin importar que la persona estuviera domiciliada en la Ciudad de México o fuera simple transeúnte. Dicho en otras palabras, lo que se pretendía era aplicar la mencionada ley en forma invariable y absoluta al estatuto personal. Así, a un ciudadano que hubiera contraído matrimonio válidamente conforme a su ley personal, por el solo hecho de ingresar en el territorio del D. F. se le aplicaba la ley de éste, que disponía que esa persona quedaba sujeta a una ley diferente de la de su origen sólo por cruzar un límite territorial, o que podría conducir a afirmar que no estaba casada porque no se ajustaba a la ley del D.F.

Ejemplo

En el caso de un ciudadano casado en España o en Colombia, donde tiene validez legal el matrimonio religioso, a éste —conforme a una rígida interpretación literal de la ley del D.F.— no se le tenía por reconocido su matrimonio porque la ley del D.F. sólo prevé el matrimonio laico.

En la práctica, si la persona del ejemplo decidía domiciliarse en la Ciudad de México, los abogados solían recomendarle volver a contraer matrimonio conforme a las leyes locales, hecho por demás absurdo en las relaciones jurídicas internacionales, en las cuales se toma en cuenta en cada momento la continuidad y la seguridad de las relaciones jurídicas, sin importar el sistema jurídico al que se sometan.

Pero lo más grave fue que prácticamente todos los códigos civiles de las entidades federativas, con el afán de copiar el *Código Civil para el Distrito Federal,* establecieron las mismas disposiciones territoriales, con lo que el sistema territorialista se extendió a toda la República. Aún hoy los códigos de varias entidades federativas siguen el modelo territorialista introducido originalmente en el *CCDF* de 1928.

La reforma de 1988 al *CCDF,* que entonces también era aplicable en el ámbito federal, cambio la ley personal (la *lex fori* por la ley del domicilio), tema que más adelante examinaremos. Por lo pronto, mantuvo la capacidad y el estado civil como contenidos del estatuto personal o relaciones personales.

No existe en México alguna disposición jurídica que nos aclare qué materias o supuestos fácticos-normativos forman parte del estatuto personal, pues, como

dijimos, el legislador no acoge esta expresión, ni siquiera el de las relaciones personales.

En otros sistemas jurídicos es común encontrar disposiciones que indican que al estatuto personal o a las relaciones personales se les aplicará una ley específica[16] e, incluso, se define el objeto o contenido de esas relaciones. La ley, la tradición, la doctrina y la jurisprudencia se han encargado en diversos países de definir qué aspectos o relaciones personales deben considerarse como parte del estatuto o de las relaciones personales.

En fin, como en la ley mexicana no se indica cuál es el contenido de lo que estamos denominando *estatuto personal* o *relaciones personales*, es necesario seguir otra forma de interpretación para acercarnos al mismo.

De acuerdo con Rolando Tamayo y Salmorán, es necesario tener presente la diferencia entre tres de los ángulos de importancia en la ciencia del derecho: la *teoría* jurídica, la *dogmática* y la *política* que se genere respecto de un concepto, que en nuestro caso es el estatuto personal.

Por un lado, con la *teoría* sobre el estatuto se trata de explicar qué es éste y la función que desempeña. Es ahí donde se cobija y crea el metalenguaje que sirve para explicar los contenidos normativos. La teoría es una función propia de los juristas profesionales. Por otro lado, con la *dogmática* sobre el estatuto se presentan las disposiciones, prácticas o costumbres prescritas en la normatividad jurídica mexicana, siguiendo para ello las prácticas y los criterios interpretativos a que han recurrido los jueces y abogados. A la vez, la teoría y la dogmática deben ser diferenciados de la *política* en torno al estatuto o relaciones personales, en las que importan los valores, que con mucha frecuencia se confunden en nuestro foro. No se trata de evitar que se tomen en cuenta, sino que se debe saber diferenciar una de otra. De cualquier manera, es conveniente tener presentes las relaciones e interconexiones entre uno y otro aspectos.

Acorde con lo anterior, y siguiendo el camino de la teoría jurídica, se advierte que los contenidos que en México comprende el estatuto personal son el *estado civil* y la *capacidad de las personas*, aunque, dependiendo de la entidad federativa, difieren en la ley aplicable. En ninguno de los códigos mexicanos se comprende la sucesión *mortis causa* como objeto regulado por una ley personal, como ocurre en Europa y varios otros lugares. A estos contenidos nos referiremos en las líneas siguientes.

Estado civil

El concepto de *estado civil* no ha sido uniforme en toda la historia. Ha habido evoluciones y cambios en su significado y contenido. En el antiguo derecho romano el

16 Por ejemplo, la ley federal austriaca de 1978 sobre Derecho Internacional Privado (sección 1, apartado 12) prescribe: "la capacidad de una persona se rige por su estatuto personal". Igualmente, el art. 25 del CC de Portugal establece que "el estado de los individuos, la capacidad de las personas, las relaciones de familia y las sucesiones por causa de muerte se rigen por la ley personal de los interesados..."

estado civil correspondía a la situación del hombre en relación con los derechos y las obligaciones que tenía. Para poseer un estado civil había que ser libre, ciudadano romano y jefe de familia. Por tanto, carecían de estado civil los esclavos, los extranjeros y los sujetos a patria potestad.

En la época de las *Partidas* se prefirió hablar de *status hominum*, que "quiere dezir en romance, como el estado, o la condición, o la manera en que los omes biven, o están". Más tarde, para clasificar el estado de las personas se atendió a "las diversas categorías de situaciones en que puede encontrarse la persona y que implican un contenido especial de derechos". Se podía así hablar de un *status personae*, un *status civitatis* y un *status familiae*.[17] Contemporáneo a estas ideas, el significado de *estado* fue reducido a las cualidades de permanencia (ciudadanía y relaciones de familia).

Como explicamos, a partir de la época del derecho codificado se tuvo que diferenciar la ley aplicable del objeto regulado. Así ocurrió con el *Código Napoleónico*, de 1804, cuyo art. 3 disponía: "las leyes relativas al estado y capacidad de las personas rigen a los franceses aun cuando residan en el extranjero".[18] De ahí en adelante otros códigos europeos y americanos lo siguieron. Algunos se adhirieron al criterio *restrictivo* del estatuto personal, y otros al criterio *amplio*.

En la actualidad se atiende a diversos aspectos fácticos que determinan el contenido de lo que es el estado civil de las personas, entre otros el nacimiento, nacionalidad, sexo, familia, edad y ausencia.

Por lo que toca a México, la *nacionalidad* no se incluye en el estado civil, pues se le califica como un estado político. El *sexo* no se considera, pues la incapacidad relativa que afectaba a las mujeres casadas ha desaparecido. La *edad* generalmente la encajamos en la capacidad, que en la ley mexicana ha sido separada del estado civil. De los temas tradicionales que se asignaban al estado civil nos quedan el nacimiento, la familia y la ausencia de personas. A éstos se han agregado otros que antes no era posible percibir ni se admitían, como es el caso del estado civil de divorciado, el de adoptado, de concubinos, etcétera.

17 Véase Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano*, t. I, Porrúa, México, 1975, p. 453. Igualmente Jorge Mario Magallón Ibarra, *Instituciones de derecho civil*, t. II, Porrúa, México, 1987, p. 100.

18 El *Código* francés, quizá por ser el primero, quedó mal estructurado en cuanto a la técnica conflictual, por lo que al copiarse en otros lugares se extendió la técnica *unilateral* de la norma. Esta disposición es una *regla de conflicto unilateral*, puesto que regula la ley aplicable en un solo sentido; así, toma como punto de conexión la nacionalidad para elegir la ley personal de los franceses, pero no menciona cómo deben regularse los extranjeros en Francia. Desde el siglo XIX, sin embargo, la jurisprudencia francesa se encargó de *bilateralizar* la regla, al aceptar que el estatuto de los extranjeros en aquel país se rigiera por la ley de la nacionalidad de la persona. Es decir, esta disposición jurisprudencial prescribe que si bien la ley u orden jurídico que regula al estatuto personal de los franceses es la ley francesa, la que rija la capacidad y estatuto personal de los extranjeros deberá ser la ley nacional de éstos. En este sentido, el criterio jurisprudencial consideró que se trata de una *regla que determina la ley personal de cada persona*. Esta idea fue la base de la cual partió el sistema de ley personal vigente en Europa, así como ocurrió en México hasta la entrada en vigor, en 1932, del *Código Civil para el Distrito Federal*, también aplicable en el ámbito federal. Más adelante lo veremos.

El nacimiento importa porque de él surgen los derechos y las obligaciones. Los derechos de personalidad y familia son algunos ejemplos en los que se ha puesto mayor atención para desarrollar el concepto del estado civil, y de éste no es razonable desvincular aspectos tales como el derecho al nombre, emancipación, alimentos, sustracción de menores, derecho de visita a los hijos, concubinato y amasiato; tampoco la ausencia en cuanto a la aparente vaguedad de la situación del desaparecido. Para México este último concepto ha sido importante no sólo por los desaparecidos en guerras, revueltas, revoluciones, asonadas y por cuestiones políticas, sino también por terremotos, como los ocurridos en 1985 en la ciudad capital.

En algunos países el legislador intenta explicar el significado del estado civil, como ocurre en Uruguay, cuya ley prescribe que "es la calidad de un individuo en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones" (art. 39, *CC*).

Aunque las nuevas leyes de DIPr de varios países (la suiza o la italiana, por ejemplo) han abandonado el *estado civil* como supuesto normativo para desplazarse hacia nuevos conceptos, la ley mexicana aún lo conserva. Incluso hay quien ha sostenido la inutilidad de recurrir a este concepto.[19]

La existencia del estado civil, como supuesto normativo, ha obligado a conceptuarlo. En México, Francisco J. Zavala, a finales del siglo XIX, explicó que "el estado civil o privado de la persona comprende todas las cualidades jurídicas, como son las de casado o soltero; de hijo legítimo, natural o espurio; de mayor o menor de edad; de ausente, demente y sus demás aptitudes legales".[20]

En México aún carecemos de una definición específica en los textos codificados (definición dogmática) de lo que ha de entenderse por el concepto *estado civil* y qué es lo que comprende. No obstante, una resolución judicial reciente de un tribunal colegiado de circuito caracterizó el estado civil al establecer que corresponde a "aquellas cualidades o posesión jurídica de las personas que implican un contenido especial de derechos y tienen el carácter de permanencia, como son la ciudadanía y las relaciones de familia". La misma resolución agregó que "el estado civil de una persona consiste en la situación jurídica concreta que guarda una persona en la relación con la familia y se despliega en las distintas calidades de hijo, padre, esposo o pariente por consanguinidad, por afinidad o por adopción, y los derechos y obligaciones generados por esa situación jurídica determinada".[21]

19 Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol II, 5a. ed., Granada, 2004, p. 17.

20 Francisco J. Zavala, *Elementos de Derecho Internacional Privado o conflictos de derecho civil, comercial, de procedimientos y penal entre las legislaciones de diversos países, op, cit.*, p. 100.

21 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Clave: I.3o.C., núm. 253 C. AD 243/2001. Delfina Acosta Dionisio, 8 de marzo de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández de Mosqueda. Secretaria: Lourdes García Nieto.

Otra resolución de un tribunal colegiado se refiere al estado civil, en el que se comprenden dos aspectos:

> como estado de familia y como estado de nacionalidad; en relación con el primero, las personas pueden ser padres, hijos, esposas, maridos, hermanos, etcétera; respecto del segundo, pueden ser nacionales o extranjeros. Ahora bien, al ser el estado civil un atributo de la personalidad, el origen de ésta se ubica, según diversas corrientes doctrinarias, bien en el momento de la concepción, en el del nacimiento (ya puramente o retrotrayendo los efectos jurídicos al momento de la concepción), o en el momento en que el nacido muestra aptitud para seguir viviendo separadamente del seno materno; en cambio, la muerte es el fin de la personalidad, porque hace perder la capacidad jurídica de las personas físicas.[22]

Pese a que en el derecho codificado falta una referencia sobre la materia, puede considerarse propio del estado civil lo preceptuado por el *CPCDF* (similar en este punto a la mayoría de los códigos de procedimientos civiles de las entidades federativas), el cual dispone lo siguiente:

> **Artículo 24**. Las acciones de estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconocimiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil para que se anulen o rectifiquen.

Adviértase que en la lista de pretensiones procesales a que alude la disposición transcrita, encuadradas en el estado civil, no se incluyen literalmente el derecho al nombre, la protección al no nacido, el concubinato, el amasiato, la soltería, las relaciones sucesorias, los alimentos, la sustracción de menores, el derecho de visita a éstos, el fallecimiento, etcétera.

Por otro lado, llama la atención el hecho de que el legislador califica la ausencia, en cierta forma, como un asunto o cuestión del estado civil. Al examinar en el derecho comparado este supuesto, advertimos que es tratado como supuesto de la capacidad, no del estado civil o de una situación de protección al desaparecido. Algo similar ocurre en el caso de la emancipación, que produce un cambio en la capacidad. Por otro lado, el legislador local estima la tutela como un aspecto del estado civil.

Pero el hecho de que en la disposición transcrita no se mencionen el concubinato o el nombre de una persona, no significa que se trate de instituciones diferentes o contrarias al estatuto civil del individuo. En México no se duda de que el estado de concubino es o forma parte del estado civil, como veremos; o que el uso de un

22 Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, Clave: XXI.1o., núm.: 116 C, AD 434/2002. J. Isabel Mora Galeana. 24 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Margarito Medina Villafaña. Secretario: José Alberto Torreblanca Cortés.

nombre también es parte del estatuto personal, ya que se trata de aspectos fácticos propios de las relaciones personales.

Ante la falta de precisión dogmática de lo que ha de comprender el estado civil de las personas, sólo queda recurrir al concepto que la teoría nos proporciona, el cual es apoyado por el derecho comparado al que, en gran medida, recurriremos.

Enrique Estrada Aceves afirma que "el estado de una persona es el conjunto de las cualidades jurídicas que la caracterizan, constituyendo su condición en la familia y en la sociedad",[23] idea que, aunque no lo indica, fue tomada de Colin y Capitant.[24]

Por último, es necesario reiterar que el estado civil de una persona no es un derecho, sino una relación fáctica-jurídica y, por tanto, una fuente de derechos y obligaciones que es objeto o supuesto de gran importancia en el DIPr, pues como explica Rafael Rojina Villegas, es una cualidad de las personas, por lo que no puede separarse de las mismas, concepción que nos recuerda a las ideas estatutarias.[25]

Capacidad

Además del estado civil, como parte del estatuto personal cabe agregar la capacidad de la persona. Acorde con un enfoque iusnaturalista, la capacidad corresponde a un *derecho propio e intransferible de la persona humana,* y debido a su gran trascendencia fue llevada al derecho legislado. Se trata de un elemento importante del derecho de la personalidad. Así, todo ser humano, por el hecho de serlo, posee capacidad. La capacidad de una persona supone la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones que, en ciertas condiciones, le permiten realizar una diversidad de actos jurídicos, como celebrar un contrato, casarse, demandar, etcétera.

Un sector de la doctrina, explica Rojina Villegas, ha llegado a plantear la idea de que la capacidad es una parte del estado civil de las personas,[26] posición que ha sido negada por Julien Bonnecase y el citado Rafael Rojina Villegas.[27]

En México, durante alguna época del siglo XX a los comerciantes extranjeros se les negó capacidad para demandar, a menos que se inscribieran en México como comerciantes; de igual manera, algunas disposiciones antiguas exigían que la mujer casada contara con la autorización del marido para poder contratar o demandar. Ambos casos han cambiado.

En el amplio campo de la capacidad, en México diferenciamos la capacidad de goce de la de ejercicio, aunque la ley aplicable a ambas es la misma. El interés práctico

23 Enrique Estrada Aceves, *Derecho Internacional Privado mexicano*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 1984, p. 187.

24 Rafael Rojina Villegas, *Derecho civil mexicano, op. cit.*, t. I, p. 457. Igualmente en Jorge Mario Magallón Ibarra, *Instituciones de derecho civil, op. cit.*, t. II, p. 97.

25 *Ibidem*, p. 459.

26 En cierta medida esta idea también fue seguida por nuestros tribunales de amparo: Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXXI, p. 603, AD 6859/55, Leopoldo Ricardo Gavito Bourlon, 15 de marzo de 1957, cuatro votos, ponente José Castro Estrada.

27 *Ibidem*, p. 453.

de la distinción es que las reglas de la capacidad de goce mexicanas están matizadas por el orden público, lo que en un momento dado podría dar lugar a considerar la vulneración del orden público mexicano y aplicar la ley doméstica.

Por disposición legal, en el pasado la *capacidad de goce* se le negó a los esclavos y a las iglesias; a estas últimas se les desconoció en México (desde el siglo XIX hasta la última década del siglo XX). La capacidad de la persona física se adquiere desde el nacimiento y se extingue con la muerte, sin desconocer que a los no nacidos el derecho civil les reconoce ciertos derechos (art. 22, CCDF).

En cuanto a la *capacidad de ejercicio,* se le reconoce a los nacionales y extranjeros sin importar su residencia o religión. No basta que posean capacidad de goce, sino que, además, es necesario estar en pleno ejercicio de los derechos civiles para poder ejercitar sus derechos. En este tipo de capacidad se reconoce la facultad para realizar los actos *por sí mismo*, salvo casos excepcionales.

Sobre el particular, México es signatario de varios tratados de derechos humanos en los que se prescribe la igualdad de mexicanos y extranjeros, así como la plena capacidad de unos y otros.

3.5. La ley personal (la aplicable al supuesto)

Hasta este momento hemos explicado los datos o elementos que encuadran o califican en el estatuto personal (estado civil y capacidad); ahora nos referiremos a la ley aplicable a ese supuesto.

En general, el supuesto fáctico-normativo consistente en el estado civil de las personas o su capacidad se ha vinculado con la ley de su domicilio o la de su nacionalidad, aunque también en un concepto mixto: la de su *residencia habitual.*[28] Desde el siglo XIX, con la expresión *ley personal* se atiende a una conexión (la ubicación de la sede, decía Savigny). De esta manera, se afirma la existencia de una conexión personal cuando esa conexión está referida a un elemento personal, como ocurre en el caso de la nacionalidad o de la residencia habitual. Explicaremos esta idea.

La teoría jurídica iusprivatista afirma que una conexión es puramente personal cuando el punto de conexión se finca en la *nacionalidad de la persona*. En el caso de la conexión puramente domiciliar se hace referencia a un *territorio*. Aunque la nacionalidad y el domicilio de una persona física permiten vincular un supuesto normativo con un orden jurídico, en el primer caso la adscripción se hace al orden jurídico del Estado que le otorga la nacionalidad, mientras que en el segundo, al Estado

28 Aunque hoy en día existe una tendencia a permitir un mayor ejercicio de la autonomía de la voluntad, en especial a partir de la reforma alemana al derecho de familia de 1986. Sobre este tema se pueden consultar F. Strum, "Personales, famille et successions dans la loi du 25 julliet 1986; portant du DIPr allemand", en *RDIP*, 1, 1987, pp. 41 y ss., y P. Gannage, "La penetration de l'autonomie de la volonté dans le droit international de la famille", en *RDIP*, 3, 1992, pp. 425 y siguientes.

donde está el domicilio de la persona. Al sostenerse que la nacionalidad es un atributo de la persona, se reafirma que la conexión es personal.

En la Conferencia de La Haya se ha procurado buscar conexiones que concilien el domicilio con la nacionalidad. La conexión que se ha encontrado y que media entre el domicilio y la nacionalidad ha sido la *residencia habitual*. Este dato conciliador posee los elementos territoriales que sitúan a una persona en un lugar y los elementos personales que indican el lugar donde esa persona se encuentra habitualmente. En este sentido, la residencia habitual encaja en un concepto personal al que se recurre para vincular los supuestos normativos de naturaleza personal con la ley aplicable.

La conexión personal otorga cierta flexibilidad al orden jurídico aplicable, ya que cuando una persona se desplaza a otro lugar se cree y afirma que su estatuto la "sigue", según la concepción medieval, o bien se trata de un estatuto que le es "otorgado" a la persona en una concepción más evolucionada o estatista.

Los países europeos y musulmanes acogen la conexión de la nacionalidad,[29] mientras que Gran Bretaña, Estados Unidos de América y prácticamente el resto de los países del continente americano consideran el domicilio o la residencia habitual como punto de conexión. Dentro de estos últimos países se encuentran las leyes de algunas entidades federativas mexicanas, que para ciertos supuestos fáctico-normativos eligen el domicilio o la residencia habitual, y para otros, la nacionalidad.

Respecto de las entidades federativas, cuyas leyes no admiten conexiones personales, la vigencia de los tratados internacionales de que México es Estado parte, que la establecen, anulan (por disposición del art. 133 constitucional) cualquier regla territorialista de la entidad federativa o del D.F. En consecuencia, las autoridades de las entidades federativas más recalcitrantes de las conexiones personales deben acudir a éstas. En esas condiciones, una conexión personal conduce a una ley personal. Así, para comprender esta última es necesario comprender la conexión personal.

Debido a la importancia de las conexiones personales, en especial las que corresponden a la nacionalidad y al domicilio (en particular la residencia habitual), es pertinente explicar las razones por las cuales se ha acogido en Europa la ley nacional y por qué se ha preferido en América la ley domiciliar o la de la residencia habitual.

La nacionalidad en Europa

Durante el siglo XIX la consolidación en Europa del Estado nacional se dio con las reunificaciones de Italia y Alemania, y en América con los procesos de independencia. Por esta razón la definición de la nacionalidad se convirtió en un elemento de primera importancia; incluso, la palabra *nacionalidad* apareció por primera ocasión en los diccionarios en esa época.

29 Varios países europeos en el ámbito familiar han venido acogiendo la residencia habitual como conexión subsidiaria o primaria, como en el caso de alimentos.

En el caso de Francia, la expansión bonapartista dio origen a una expresión de la naturaleza propia de la disposición del *Código Civil* francés, donde quedó claro que muchos franceses se encontraban residiendo en algún Estado extranjero. En otros países de Europa se buscó la unificación nacional; por ello, el nacionalismo constituyó una fórmula recurrente. El caso de Italia puede ejemplificar la razón política.

La unificación italiana se realizó a mediados del siglo XIX. En dicho movimiento, el nacionalismo fue un elemento de primera importancia. Un jurista de la época, Pascual Estanislao Mancini, expuso los principios de la unificación en su famoso curso[30] de la Universidad de Turín (1851). Afirmó que el legislador italiano elabora la ley italiana a partir de la cultura italiana, de ahí que dicha ley deba ser aplicable a los italianos, aun en el caso de que se encuentren fuera de Italia. No es comprensible que a un italiano que salga de las fronteras de su país se le aplique una ley distinta de la que el legislador italiano elaboró con base en la cultura italiana, que es en la que aquel italiano se crió.

Este argumento se confirmó porque en el siglo XIX se iniciaron las grandes emigraciones europeas, sobre todo hacia América, así que la idea de conservar la ley personal nacional unida a la persona permitía —según Mancini— establecer un vínculo entre los europeos emigrantes y sus países de origen. El éxito fue mayúsculo en el ámbito convencional internacional, sobre todo por la influencia de Mancini en el Instituto de Derecho Internacional, del que fue su primer presidente.

La nacionalidad en América

En México, en los códigos civiles de 1870 y 1884 se atendió al principio de la nacionalidad. Esto se debió a que el *Código Civil* de 1870 siguió muy de cerca el *Proyecto de Código García Goyena* de 1851, que en este punto era una transcripción literal del *Código Civil* francés de 1804. Otra de las razones por las cuales se adoptó la nacionalidad como punto de conexión para regular el estatuto personal (capacidad y estado civil de las personas) fue que en México, a diferencia de la mayor parte de los países latinoamericanos, no hubo grandes inmigraciones. Los asentamientos de extranjeros en territorio mexicano fueron vistos con recelo luego del despojo de Texas y de la mitad del territorio nacional por parte de Estados Unidos de América.

Sólo se permitieron en México inmigraciones y asentamientos en condiciones limitadas y definidas. Por ello, la aplicación del principio que acogió la ley nacional no causó gran problema, ya que los jueces mexicanos aplicaban la ley extranjera sólo en casos excepcionales. De hecho, las relaciones o situaciones jurídicas que conocían los jueces mexicanos en la mayoría de las ocasiones estaban referidas a personas de nacionalidad mexicana, por lo que regularmente la ley que se aplicaba era la del foro.

30 Pascual E. Mancini, "Della nazionalitá come fondamento del diritto delle genti". Sobre esta conferencia véase Henri Batiffol y Lagarde, *Droit International Privé*, 7a. ed., LGDJ, París, 1976, pp. 239 y siguientes.

Sin embargo, en otros países latinoamericanos la situación fue distinta, como veremos más adelante.[31]

En la actualidad la conexión nacional prácticamente ha desaparecido en México. Sólo en algunos casos se acoge, como en el caso de la denominada *adopción por extranjeros*, la prohibición de adquirir propiedad inmueble en zona prohibida, la prohibición para anular matrimonios extranjeros, etcétera.

Sudamérica

Hasta mediados del siglo XX Argentina, Uruguay, Chile y Brasil tuvieron una amplia inmigración europea. Al ser éste un fenómeno social contrario del europeo, se hizo necesario encontrar una respuesta diferente. La solución consistió en vincular el estatuto personal con la *ley del domicilio* de las mismas. Mientras que en Europa, como lo acabamos de explicar, el estado civil y la capacidad de las personas se vincularon con su nacionalidad, en los países sudamericanos uno y otro supuesto se vincularon con su domicilio. Esta respuesta fue planteada por Andrés Bello al elaborar el *Código Civil* chileno de 1852, por Teixeira de Freitas en su proyecto y esbozo del *Código Civil* brasileño de 1865 y por Dalmacio Vélez Sarsfield en el *Código* argentino de 1869.

De hecho, elegir la ley del domicilio fue en favor de la aplicación de la ley doméstica, esto es, la del foro, que era donde residían los inmigrados. Dicho de otra manera, con el criterio europeo, fundado en el principio de la nacionalidad, era imaginable que con tanta inmigración de muy diversos países, en Brasil, Argentina, Chile y Uruguay —entre mediados del siglo XIX y principios del XX— los jueces no pudieran aplicar la ley local, sino por excepción. Por ello, al decidirse por la ley del domicilio normalmente aplicaron su propia ley sustantiva y pocas veces la extranjera.[32]

Otros países sudamericanos, a principios del siglo XX, al firmar el *Código Bustamante*, parecieron admitir la conexión de nacionalidad, que era aquella en la que se basaba el *Código*. A pesar de ello, esta conexión, de hecho, fue anulada. Venezuela, por ejemplo, prácticamente reservó todo lo referente a la aplicación de la ley nacional, por lo que la *lex fori* fue la tendencia.

[31] La emigración al último censo de 2000 nos presenta que 95% de los emigrantes mexicanos tiene como destino EUA y que los emigrantes fluctúan entre los 19 y 29 años de edad. En la inmigración de retorno, la población se concentra en Chihuahua, Nuevo León y Sinaloa. Para el año 2000 un demógrafo calculó que serían unos 20 millones de mexicanos los que estarían en EUA. Francisco Alba, "Consolidación de los patrones emergentes", en *Demos*, núm. 13, México, 2000. Pero para el INEGI, según los datos actuales (que sólo llegan al 2000) ocho y medio millones de personas nacidas en México se encuentran en ese país, que equivalen a 1.6 del total de la población mexicana. http://www.inegi.gob.mx/est/contenidos/espanol/rutinas/ept.asp?t=mpob68&c=3242. Junio 28 de 2006.

[32] Sobre el desarrollo del territorialismo de leyes en Sudamérica y en México, véase Leonel Pereznieto Castro, "La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d'Amerique Latine", en *Recueil des cours de La Academie de Droit International*, de La Haya, Nijhoff, Holanda, t. I, 1985, pp. 275 y siguientes.

Estados Unidos de América

La ley del domicilio para hacer regir la capacidad y el estado civil de las personas también fue el principio aceptado por Estados Unidos de América y Canadá, debido a la influencia directa del derecho inglés. Pero ahí la historia siguió un camino diferente.

Conforme al antiguo concepto inglés de *domicile of origin*, a las personas se les vinculaba con el derecho del lugar donde habían nacido, o bien donde habían desarrollado su vida, lo cual se expresaba en el concepto del domicilio. Se trataba de un punto de conexión de profundidad que no se perdería cuando la persona decidiera emigrar, siempre que guardara la esperanza de regresar. Un caso resuelto por las cortes inglesas en el siglo XIX puede ilustrarnos al respecto.

Ejemplos

a) Un señor nacido en Inglaterra, súbdito inglés, emigró a Suiza, donde vivió toda su vida. Antes de morir le envió a su hermana, que vivía en Inglaterra, una carta con dinero para que comprara una tumba, pues deseaba que sus restos quedaran sepultados en la Gran Bretaña. Los jueces ingleses consideraron que esta voluntad del *de cujus* mostró que quería conservar su domicilio de origen y, por tanto, su sucesión debía regularse mediante la ley inglesa. En este caso, el concepto de domicilio de origen que se adoptó fue más cercano al de la nacionalidad.

b) Una persona de Nueva Jersey (EUA) abandonó su país en 1850, y a partir de entonces hasta 1860 trabajó en Rusia como contratista del ferrocarril; luego, entre 1860 y 1893 se mantuvo en Inglaterra por razones de salud, y desde 1893 a 1897 sólo volvió a Inglaterra, donde falleció. Nunca regresó a EUA; no obstante, Dicey recuerda que el tribunal inglés sostuvo que su domicilio de origen fue el de Nueva Jersey. La razón es que el domicilio de origen es el domicilio del padre en el momento del nacimiento.

La concepción inglesa del domicilio de origen, que era la del domicilio que se tenía en el momento de nacer, evolucionó y pasó al derecho estadounidense en la forma en que hoy lo conocemos, es decir, menos permanente, y hace hincapié en el elemento de la voluntad de la persona expresado en la residencia de ésta en un lugar determinado y que, al cabo del tiempo, constituye el domicilio. Este último concepto, con un énfasis más voluntarista, ha sido útil para un país como Estados Unidos de América, donde las personas se desplazan de un lugar a otro con frecuencia.[33] El caso de Canadá (salvo en la provincia de Québec) es el mismo; además, en ese país

[33] Así lo afirma Friedrick K. Juenger, que sustenta su criterio en que EUA es un país de inmigración, no de emigración, "Nociones fundamentales sobre conflicto de leyes", en Marta Morineau y Sergio

se aplicó la regla domiciliar propia del derecho inglés desde que este derecho fue impuesto en esos territorios con motivo de la Colonia.

En EUA hoy en día se continúa con la ley domiciliar, aunque para otras situaciones (la contratación o el hecho ilícito) las conexiones son flexibles.

En resumen, hoy conocemos dos sistemas diferentes para regular el estatuto personal: el de Europa continental, que se basa en la ley de la nacionalidad, y el de Inglaterra y América, que lo vinculan a la ley del domicilio. No obstante las posiciones antitéticas, se han producido algunos acercamientos. El *domicilio legal* ha dejado el terreno a la *residencia habitual*. La Conferencia de La Haya, como ya lo mencionamos, ha encontrado en esta conexión una solución. La mayoría de los países americanos ha llegado a esta noción y varios tratados europeos ya la adoptan. Se ha dicho que se trata de un *mecanismo de transacción*.

El domicilio

Aunque ya aludimos brevemente a la conexión domiciliar, conviene hacer otras precisiones. A continuación explicaremos el domicilio de las personas físicas y morales conforme al derecho positivo, así como los criterios judiciales mexicanos, con el fin de tener una idea más definida al respecto.

Domicilio de las personas físicas

El criterio original de la nacionalidad como punto de conexión para regular el estado civil y la capacidad de las personas en México cambió en el *Código Civil Federal* y del D.F. de 1928 (que entró en vigor en 1932) por un sistema territorialista, y posteriormente (en 1988) se modificó para incluir un sistema basado en la *ley de domicilio*. El art. 13, párr. II, del *CCFed* estableció: "El estado y capacidad de las personas se rige por el derecho del lugar de su domicilio."

El *CCDF* tuvo el mismo tipo de conexión que el *CCFed* hasta el año 2000, cuando se separaron.[34] Aunque ambos acogían la misma conexión, el del D.F., en la reforma que hizo a su ley local, retrocedió al territorialismo. Actualmente el *CCFed* sigue una conexión *personalista domiciliar*, mientras que el *CCDF* sigue una *territorialista*. Sin duda alguna, se trata de inestabilidad y dificultades del legislador del D.F. para acomodarse a las nuevas corrientes.

López Ayllón (comp.), *El derecho de Estados Unidos en torno al comercio y la inversión*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1999, p. 377.

34 Durante gran parte del siglo XX el legislador federal fue el mismo que el del D.F. Al final del siglo se otorgó autonomía al D.F. para legislar. Poco tiempo después las autoridades del D.F. retomaron el *Código Civil* que había dictado el gobierno federal y lo convirtieron en el propio del D.F., por lo que tuvieron la oportunidad de hacerle modificaciones.

La conexión domiciliar no sólo es importante por regular las relaciones jurídicas propias del ámbito federal (las mercantiles, por ejemplo),[35] sino también por ser seguida en varias entidades federativas, ya porque establecen una disposición similar o porque remiten al *Código* federal cuando se trata de extranjeros.

Esta regla que acoge la conexión domiciliar no sólo se prescribe en el *CCFed*, sino que en otras entidades federativas se recurre a ella.

Varios de los códigos civiles de las entidades federativas han adoptado la conexión domiciliar de dos maneras:

a) Prevén en sus códigos una disposición similar a la del *CCFed*, como ocurre en los *CC* de Nuevo León (art. 21 *bis* VI), Jalisco (art. 15, fracc. I), Puebla (art. 19) o Querétaro (art. 15, fracc. II), que indican que "el estado y capacidad de las personas físicas se rige por la ley del domicilio".

b) Establecen que en el caso de las personas de nacionalidad extranjera se aplicará, por lo que se refiere al estado civil y capacidad de las personas, la ley federal. Como sabemos, el *CCFed* acoge la conexión domiciliar. Luego, en estas entidades federativas la ley que rige a los extranjeros es la domiciliar, como en los *CC* de Campeche (art. 12), Tabasco (art. 2), Baja California Sur (art. 12), Colima (art. 12), Chiapas (art. 11),

35 Debido a la competencia concurrente para conocer de asuntos mercantiles, los jueces del fuero común suelen conocer de la mayoría de los litigios comerciales. No obstante, había una práctica seguida por varios de esos jueces en la que aplicaban como supletoria la ley local, que en algunas ocasiones era territorialista. Una reforma al *CCom* en 2003 corrigió la práctica, por lo que ahora se estima que por ser un asunto federal deben aplicar una ley federal, incluidas las normas de DIPr, lo que da lugar a la aplicabilidad de leyes extranjeras, especialmente si se trata de estado civil o capacidad de las personas. Desde hace tiempo así lo estableció un tribunal federal. Así lo ha sostenido, acorde con el art. 2 del *CCom*, al afirmar que "*siendo ésta* (el ccom) *una ley de carácter federal, es claro que se refiere el precepto en cita a la legislación civil federal y no a la de los estados*". *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, T-103-108, Sexta Parte, p. 52, AR 233/77. Gloria Elena Burguete viuda de Rubiera. 24 de agosto de 1977. Unanimidad de votos. Ponente: Rafael Barredo Pereira. Secretario: José Isabel Hernández Díaz. Igualmente en *SJF*, Séptima Época, Tercera Sala, T-49, Cuarta Parte, p. 51, AD 1109/71. Miguel Peña Fonseca. 29 de enero de 1973. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez. También han sostenido que el "derecho común" (el federal) *se debe aplicar en materias como consentimiento de las partes, formación de los contratos, formalidades que deben revestir y pago de retribución por servicios desempeñados*. *SJF*, Quinta Época, Tercera Sala, t. CXVII, Página: 1028, p. 191, AD 2677/52. Fábrica de Papeles Faciales y Sanitarios de México, S. A. 23 de septiembre de 1953. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Agustín Mercado Alarcón. Otra: AD 3298/52. Aguilar Hernández José. 29 de octubre de 1952. Unanimidad de cuatro votos. Relator: Rafael Rojina Villegas. Agregan los tribunales que "Las disposiciones del derecho común cuya aplicación supletoria a los actos de comercio permite el art. 2o. del *Código de Comercio*, son las del *Código Civil Federal y no las del sustantivo civil local*, puesto que la materia mercantil es federal, en los términos del art. 73, fracc. X, de la Constitución Federal." Octava Época, Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Informes, T- Informe 1988, Parte III, Tesis: 2, p. 599, AD 254/86. Anacleto Guerra Tapia. 21 de septiembre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretario: Enrique Gómez Mendoza.

Guanajuato (art. 12), Morelos (art. 5), Nayarit (art. 12), Sonora (art. 13), Hidalgo (art. 12), Zacatecas (art. 1), Tlaxcala (art. 15), etcétera.[36]

Independientemente de la diferencia de ambas técnicas adoptadas por legisladores locales, en la primera la conexión domiciliar atiende a mexicanos y extranjeros; en la segunda, sólo a los extranjeros.

Además de las citadas leyes internas, la conexión domiciliar priva sobre todas estas leyes cuando se trata de tratados internacionales ratificados por México en los que se establece la conexión domiciliar.

Dijimos a propósito de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas que "el estatuto personal de todo apátrida se rige por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la *ley del país de su residencia*", con lo que se establece para estas personas la ley del domicilio o la del país de su residencia sin que importe lo que prescriba la ley secundaria interna.

El concepto de domicilio

El concepto de domicilio en la idea de Rafael Rojina Villegas es un atributo de la persona.[37] En el derecho positivo mexicano el concepto de domicilio de las personas físicas atiende a la voluntad, al deseo del individuo de asentarse en un lugar determinado, en el cual decide instalar su hogar o sus negocios. Por este motivo, el art. 29 del *CCDF* (y prácticamente el de todas las entidades federativas) prescribe que "el domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él".

Como se advierte en la disposición transcrita, este concepto incluye, además de un elemento volitivo, un elemento fáctico: el "lugar donde reside", que en la idea de Rojina Villegas equivale a la residencia habitual.[38] Este criterio es por demás importante en el DIPr, porque al aludir a un punto geográfico convierte a éste en un punto de conexión, y al remitir a un lugar pueden hacerse referencias en cuanto a ley aplicable, factor de internacionalidad de un contrato, juez competente, etcétera.

Respecto del elemento volitivo, consistente en la voluntad de residir en un lugar determinado y que la ley menciona como el "propósito" de establecerse en ese lugar, el art. 30 del *CCDF* señala: "se presume el propósito de establecerse en un lugar cuando se reside por más de seis meses en él". De esta forma, por el hecho de que una persona viva en cierto lugar durante más de seis meses, la ley establece la presunción legal en el sentido de que la voluntad de ese individuo fue la de fincar ahí su domicilio. En este caso entran en juego los conceptos de *residencia* y *temporalidad.*

36 Un ejemplo de estas disposiciones es la del estado de Sonora, que prescribe: "**Artículo 13:** Las leyes del estado de Sonora, incluyendo las que se refieran al estado y capacidad de las personas, se aplicarán a todos los habitantes del propio estado, ya sean nacionales o extranjeros, estén domiciliados dentro de su jurisdicción territorial o sean transeúntes; pero *tratándose de extranjeros, se tendrá presente lo que dispongan las leyes federales sobre la materia.*"

37 *Op. cit.*, p. 485.

38 *Idem.*

Estos elementos (volitivo y real) dejan atrás el viejo concepto de domicilio que sólo se refería a una simple situación mecánica que lo encuadraba en una conexión meramente territorial. El aspecto volitivo o subjetivo referido a la intención de vivir en ese lugar, y la realista (pues ha vivido ahí más de seis meses) transforman el significado mecánico en lo que hoy conocemos como *residencia habitual*, que ya supone el vínculo de la conexión personal.

Como en otros países se ha admitido, la *residencia habitual* es la situación fáctica que implica una estabilidad y permanencia en un lugar. Éste es el centro de gravedad de los actos de la persona, su vida, valores, relaciones, etc. No se trata de una designación mecánica de un lugar, como en el caso del domicilio designado por convenio entre las partes, sino de una realidad dinámica resultante de lo cotidiano, de la habitualidad.

Para el caso de la inexistencia de domicilio (en el significado que le atribuye la ley mexicana), el Poder Legislativo, en una forma avanzada para la época en que lo dispuso (1928), planteó una fórmula que vincula el lugar geográfico con una actividad. El art. 29 del *CCFed* señala que, a falta del domicilio, se tendrá en cuenta "el lugar en que tiene el principal asiento de los negocios". Es decir, se refiere a un contacto geográfico y objetivo que, además, está revestido de una realidad personal, pues ahí se practican los actos personales consistentes en los negocios principales.

Como criterio alternativo ante la falta de domicilio o residencia habitual y de lugar de asiento de los negocios, el mismo art. 29 del *CCFed* se refiere "al lugar en que se halle" la persona, lo que también implica un dato fáctico.

Aludiendo más directamente a la "residencia habitual", varios códigos mexicanos, incluido el del D.F., se refieren a la misma, especialmente en la regulación de la adopción de menores.

Acorde con la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas (art. 2), se debe tomar en consideración que el domicilio será determinado, en su orden, por las circunstancias siguientes:

a) El lugar de la residencia habitual.
b) El lugar del centro principal de sus negocios.
c) En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia.
d) En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare la persona.

Algunos criterios judiciales sobre el domicilio de las personas físicas

Respecto del domicilio de las personas físicas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), aunque refiriéndose a problemas de tráfico jurídico interno, sentenció que "los diferentes ordenamientos referentes a los derechos y obligaciones de los extranjeros que se encuentran en territorio de la República, han exigido y exigen,

para que aquéllos obtengan el derecho de radicarse definitivamente en el país, la *permanencia* personal, física, de los mismos..."[39] En esta tesis se observa que la permanencia es la que se toma en cuenta, en última instancia, para suplir la intención, dato que encaja en la habitualidad.

Después de referirse al art. 30 del *Código Civil* antes citado, la SCJN se pronunció en el sentido siguiente: "no hay razón alguna para descartar el elemento residencia, que es el que constituye, en primer lugar, el domicilio de una persona, ya que sólo subsidiariamente y a falta de residencia conocida o fija, se atiende al lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios".[40]

Como se advierte, aunque la importancia parece desplazarse hacia el elemento "intención", antes que a la "presencia más o menos larga en un lugar determinado", es indudable que se sigue atendiendo a un aspecto objetivo, el de constituir "el centro de sus relaciones vitales"; es decir, el lugar donde la persona desarrolla sus relaciones.

El elemento objetivo o real, no el subjetivo, es primordial para determinar el domicilio, aunque, como señala un autor sudamericano, "la regla de la residencia aplicada por estas dos legislaciones (las de México y Estados Unidos de América) no difiere mucho de lo que para nosotros (para el resto de las legislaciones de América Latina) representa el concepto mismo de la ley del domicilio".[41]

El domicilio de las personas morales

El *CCFed*, similar al del D.F. y al de todas las entidades federativas, prescribe que "las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde *se halle su administración*" (art. 33, párr. I). Se entiende que la administración de una sociedad se encuentra donde está su domicilio social, aunque no necesariamente deben coincidir estos dos conceptos.[42]

En el párr. II del art. 33 del *CCFed* (similar al *CCDF* y al de otras entidades federativas) se establece que las sociedades "que tengan su administración fuera del Distrito Federal, pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en el *lugar donde los hayan ejecutado*, en todo lo que a esos actos se refiera". De ello se deduce que a pesar de que la "administración" de una sociedad se encuentre fuera del Distrito Federal y ahí se le considere formalmente domiciliada, los actos de esa persona moral se considerarán domiciliados, por disposición legal, donde dichos actos se ejecuten, sin importar dónde esté registrado el domicilio de la sociedad. Se trata, pues, de una norma imperativa que no toma en cuenta lo que la ley extranjera o de otra entidad federativa prescriba al respecto o lo que nos indique la regla de conflicto mexicana como ley aplicable.

Cuando se trate de sucursales de sociedades "que operen en lugares distintos de donde radica su casa matriz, tendrán su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales" (art. 33, párr. III). Ahí interviene la noción de los *lugares principales,* consistente en ubicar la representación de la sociedad en el *sitio donde se materializa esta última a través de sus sucursales*,[43] como el lugar en el que deben responder, por medio de su representante, "para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales".[44]

Independientemente de las disposiciones anteriores, toda persona moral "tiene derecho a designar un domicilio convencional para el cumplimiento de determinadas obligaciones" (art. 34). Dicho en otras palabras, no importa el lugar en que se encuentre la administración de su sociedad o su domicilio social; en este caso la ley dota de plena autonomía a la sociedad para designar un domicilio convencional.

En fin, en las disposiciones citadas del *CCDF* encontramos tres tipos de domicilio:

a) *Corporativo.* Es el del lugar donde se halla la administración y que puede coincidir con el domicilio social.

b) *Legal* o *social.* Es el lugar donde regularmente la sociedad ejecuta actos relacionados con su objeto social.

c) *Voluntario* o *convencional.* Es el que se señala para el cumplimiento de determinadas obligaciones; puede coincidir o no con las anteriores.

Algunos criterios judiciales sobre el domicilio de las personas morales

En cuanto a la definición del domicilio de las personas morales extranjeras radicadas en México, podemos citar un conjunto de tesis jurisprudenciales para la determinación de la competencia de los tribunales mexicanos por actos realizados por las personas morales en territorio mexicano:

> En el caso de que exista en el país una sucursal de una compañía extranjera, esto basta Para atribuir competencia a los tribunales nacionales respecto de las cuestiones que pue-

39 *Semanario Judicial de la Federación*, Cuarta Época, t. LXIV, p. 930.

40 *Semanario Judicial de la Federación*, Quinta Época, t. LI, p. 1609.

41 Ricardo Gallardo, "La Ley del Domicilio: Punto de conexión admirable en el Derecho Internacional Privado", en *Revista jurídica Interamericana*, vol. II, 1960, p. 19. En el mismo sentido y del mismo autor, *La Solution des Conflicts de Lois Dans Les Pays de l'Amerique Latine*, LGD, París, 1956, pp. 44 y siguientes.

42 Un desarrollo sobre este tema puede verse en Leonel Pereznieto Castro, "La nacionalidad de las sociedades", en *El Foro*, julio-septiembre, 1972.

43 Debe tomarse nota que nos estamos refiriendo a las sucursales de la empresa extranjera, no a la filial de ésta, en cuyo caso su tratamiento es diverso. Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, Oxford University Press, México, 2004, p. 284.

44 Sobre esta noción, relacionada con la jurisprudencia mexicana en el siglo XIX, véase Leonel Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado, notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano*, 2a. ed., UNAM, México, 1998, pp. 36 y siguientes.

dan surgir en las relaciones de la sucursal con terceras personas, doctrina que se encuentra de acuerdo con la necesidad que tiene cada país de impartir justicia en su territorio, resolviendo los conflictos que surjan dentro de él, necesidad fundamental de toda organización jurídico-política, que no podría dejar sin solución las controversias suscitadas con motivo de intereses y personas radicadas dentro de su territorio, y de actos jurídicos ejecutados en él, remitiendo el conocimiento a las autoridades de países extranjeros.[45]

La circunstancia de que una sociedad extranjera constituya un apoderado para contestar una demanda formulada en el territorio de México, y de que haya promovido un juicio ante los tribunales de la República en contra de otra persona, no quiere decir que se haya sometido a ellos en un caso particular, pues la sumisión presunta debe ser forzosamente específica."[46]

Relacionado con lo que hemos señalado en lo que respecta al concepto del domicilio en términos más amplios, la SCJN también tuvo oportunidad de pronunciarse en los términos siguientes:

La determinación del domicilio de una persona física se rige por las disposiciones del *Código Civil,* sea la persona nacional o extranjera, y no por la *Ley General de Población.* Esta ley impone el registro de la población, que comprende tanto a los nacionales como a los extranjeros, y exige a estos últimos que se inscriban en el Registro de Extranjeros cuando se internen en el país en calidad de inmigrantes. Y aunque puede ser de muy diversa condición dicha calidad migratoria, reconocida y calificada por la Secretaría de Gobernación para internarse un extranjero en la República, si se identifica por medio de los documentos conducentes y lo hace mediante un pasaporte diplomático, con él legalmente entra al país, y puede establecer su domicilio y regirse por las leyes mexicanas, incluyendo las que se refieren al estado y capacidad de las personas, sin que sea exacto que los diplomáticos que radiquen en el país no puedan estar sujetos a la jurisdicción territorial, porque tal cosa así se disponga en el art. 69 de la *Ley General de Población* y se desprenda del texto de los arts. 56 y 57 de la misma ley, que no tienen más alcance que el referente a cuestiones demográficas.[47]

45 *Semanario Judicial de la Federación*, Pleno, Quinta Época, t. XXVIII, p. 1573, Mexican Petroleum Co., *s. d.* Puede consultarse en Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional privado: Su recepción judicial*, tesis núm. 51, Porrúa, México, 1999, p. 533.

46 *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Quinta Época, t. XLIV, p. 2153, AR 2346/32, Secc. 3a. Wit, Guillermo C. DE, 3 de mayo de 1935, unanimidad de tres votos. Puede consultarse en Jorge Alberto Silva, *idem*, tesis núm. 72, p. 539.

47 *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Sexta Época, vol. XXX, p. 122, AD 7803/58, María Cristina de Borbón de Patiño, 9 de diciembre de 1959, mayoría de cuatro votos, Ponente: Mariano Ramírez Vázquez, disidente: Gabriel García Rojas. Puede consultarse en Jorge Alberto Silva, *ibidem*, tesis núm. 179, p. 579.

Derechos de la personalidad y de la familia 4

4.1. Introducción

Como hemos visto, en el concepto de estatuto personal se comprenden los derechos de personalidad, incluidos los de familia, a que nos referiremos en este capítulo. Al centrarnos en los derechos de la personalidad, explicaremos los derechos de una persona desde el momento de nacer y hasta su muerte. Aquí examinaremos el desarrollo de la persona en lo individual. En el apartado relacionado con los derechos de familia nos interesa el desarrollo de la persona en su grupo social y frente a otras.

En México y en la mayoría de los países, el derecho de familia en sus relaciones internacionales ha sido el tema más propenso a ser regulado por normas de conflicto en comparación con cualquiera otra disciplina jurídica (comercial o procesal). También ha sido el tema más estudiado desde la Edad Media. Hoy en día, algunos de sus apartados son objeto de regulación a través de normas uniformes.

A la familia le dedicaremos varios capítulos en este libro, incluido un apartado importante como la competencia judicial y legislativa en relación con los problemas de la personalidad y de la familia en el tráfico jurídico internacional. No está por demás enfatizar que en el desarrollo del tema nos referiremos a un sistema plurilegislativo como es el mexicano.

4.2. ¿Existe un derecho de la personalidad y de la familia en el plano nacional?

El primer problema que debemos aclarar se refiere a si existe en el orden jurídico mexicano un *derecho nacional de la personalidad y de la familia*.[1] México es un país

1 Un examen de lo contenido en este apartado puede verse en Jorge Alberto Silva, "Panorama del derecho internacional privado mexicano de familia: su fuente interna", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, vol. 12, México, octubre de 2002.

organizado como un sistema federal, conforme al cual cada entidad federativa conserva sus facultades para legislar en materia civil, salvo en los casos en que esas facultades le competan o se atribuyan a los órganos legislativos federales. Lo mismo ocurre en el ámbito jurisdiccional y ello significa que en México existe un órgano del Poder Legislativo Federal que legisla y otros 32 (los de cada entidad federativa y el D.F.) que también legislan autónomamente, dentro de las áreas de sus respectivas competencias.

De igual manera, en México existe un conjunto de órganos federales (especialmente de las ramas judicial y administrativa) así como varios establecidos en cada entidad federativa, incluido el D.F. En consecuencia, no hay un derecho único nacional regulador de la personalidad y de la familia.

En las relaciones referidas a la personalidad y de familia, que son los supuestos normativos que nos interesan, no le competen en su regulación y aplicación a los órganos del gobierno federal, sino a los locales o estatales, de modo que en México hay tantas leyes (especialmente códigos civiles y de procedimientos civiles) y órganos judiciales (leyes orgánicas) y administrativos como entidades federativas existen.

Lo anterior nos conduce a un sistema plurilegislativo, al que en condiciones normales podrán remitir las autoridades de otros países, en los casos en que sus normas de conflicto señalen como aplicable al derecho mexicano. Este ambiente plurilegislativo significa que el orden jurídico mexicano no es el mismo, aunque en varios aspectos haya uniformidad.

La existencia de un orden jurídico regulador de las relaciones de familia y del derecho de personalidad, especial para cada entidad federativa, incluido el Distrito Federal, no se refiere solamente a las *normas materiales*, sino también a las del *derecho conflictual* y todas las relativas al DIPr. De manera que las reglas de conflicto que vinculan al derecho de la personalidad y las relaciones de familia con otros países se multiplican por más de 30 cuerpos legislativos, que si bien para las relaciones internas (entre entidades federativas) hay algunas bases que procuran darle cierta unidad o cohesión (como el art. 121 constitucional), no ocurre lo mismo cuando nos referimos a las relaciones de tráfico jurídico internacional.

Con un sistema plurilegislativo las cosas se complican para el operador jurídico, cuando se toma en cuenta que no sólo existe un cuerpo normativo para cada entidad federativa, sino también normas de diversa jerarquía, así como la aparición de otro tipo de conflictos de orden interno (entre grupos indígenas y entre éstos y los demás grupos no sometidos a leyes especiales, a los que no nos referiremos en esta obra).

En consecuencia, no es posible afirmar que en México existe un derecho de la personalidad y de la familia nacional que sea armónico o unificado. Este planteamiento se hizo con anterioridad, pues se afirmó que era incorrecto hablar de un único sistema mexicano de conflicto de leyes en el ámbito internacional de las relaciones de familia.[2]

2 Patrick Staelens sostenía esta idea desde las reformas de 1988 al CCDF, "El nuevo marco legal de los conflictos de leyes en México", en *Alegatos* 8, enero-abril de 1988, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, p. 29. Poco antes (1982), durante el Sexto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, dedicado a los conflictos entre entidades federativas, se vieron con mayor claridad las diferencias en las normas conflictuales.

El operador jurídico (interno o extranjero) debe tener cuidado en este punto ya que, como lo hemos mencionado, debe tener en cuenta la existencia del sistema plurilegislativo mexicano referido. Las diferencias internas se relacionan con los órganos competentes y a la ley aplicable, pero además no sólo se refieren a órdenes jurídicos vigentes en diferentes territorios (el de las entidades federativas), sino también a los conflictos interétnicos.[3]

Competencia de las autoridades mexicanas para conocer, celebrar, constituir o anular actos del estado civil y derechos de la personalidad con vínculos internacionales

Para conocer cuál es el órgano competente ante el que se deben celebrar o autorizar los actos del estado civil, comenzamos con la *competencia interna*. Como regla general, la *Constitución* general de la República no le atribuye facultad de conocimiento a los tribunales federales o nacionales, por lo que son las autoridades locales (de cada entidad federativa) a quienes compete el conocimiento de cualquier asunto que se refiera a la personalidad y al estado civil de las personas, sin que importe que el interviniente sea mexicano o extranjero.

Como adelante explicaremos con mayor detalle, en los casos de matrimonio, divorcio y nulidad de matrimonio la respuesta no ha sido uniforme. Y es que una ley federal secundaria (la *Ley de Nacionalidad*) introdujo (en 1971) una disposición según la cual los extranjeros para poder divorciarse, casarse o anular su matrimonio, requieren una autorización especial del gobierno federal, así como acreditar su estancia legal en México, que sólo se obtiene conforme a las leyes federales.

Pese a lo anterior, es a las entidades federativas a las que constitucionalmente les compete conocer de estos actos del estado civil y no a las autoridades de la Federación (precisamente la explicación de este tema nos permitirá aclarar tal afirmación, que de otra manera parece contradictoria).

Hay, no obstante, algunas entidades federativas que exigen que para adoptar a un menor se requiere acreditar la legal estancia del extranjero[4] y una de ellas la exige

3 Una idea panorámica del estatuto indígena en México puede verse en Elisur Arteaga Nava, "Problemas del derecho conflictual. Los nuevos estatutos en México", en *XXVI Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Tijuana, 2002; Elí Rodríguez Martínez, "Breves consideraciones relativas a los estatutos personales y los conflictos de leyes interétnicos en México", y Martha Imelda González Huerta, "Conflictos interétnicos. Análisis y crítica de la reforma constitucional en materia de derechos indígenas", los dos últimos presentados en el *XVII Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Monterrey, 2003.

4 Por ejemplo, en las leyes de Campeche, Oaxaca, Baja California, Colima, Durango y el Distrito Federal.

para cualquier acto del estado civil, incluido el divorcio administrativo.[5] Lo contradictorio de estas disposiciones es que ninguna ley federal se refiere a la acreditación de la legal estancia para celebrar este tipo de actos y es la legislación federal la única competente para legislar sobre legal estancia. La mayoría de las entidades federativas nada prescriben sobre el particular, ni siquiera cuando se trata de matrimonio, divorcio o nulidad de matrimonio, salvo la de Querétaro (art. 72). Cuando examinemos el matrimonio retomaremos este tema.

Competencia legislativa de las autoridades mexicanas para regular las relaciones de familia y la personalidad con vínculo internacional

Las relaciones de la familia prácticamente han sido campo u objeto del derecho interno y poco o nada del derecho convencional internacional, a grado tal que se llegó a estimar que el derecho interno mantiene una doble proyección: la interna y la internacional.[6]

En cuanto a qué órgano le compete en México legislar sobre los derechos de la personalidad del individuo, así como de las relaciones de familia, tampoco hay consenso. Al respecto caben tres categorías:

a) Los legisladores en algunos códigos locales han declarado competentes a sus tribunales para regular las relaciones de familia vinculadas al extranjero. Así, por ejemplo, los legisladores del D.F. declaran competentes a los tribunales de esa entidad para regular estos supuestos normativos y han establecido algunas normas de DIPr al respecto.

b) Otro grupo de legisladores estatales han preferido remitir su regulación a lo que indique o resuelva el legislador del D.F.[7] sobre el particular; por ejemplo, así aparece, cuando se trata de matrimonios, en los códigos civiles de Durango (art. 156) o de Campeche (art. 172), o de la mal llamada *adopción internacional*, como en el *Código* de Coahuila (art. 511) y otros.

c) Varios códigos aceptan regular una parte de las relaciones de familia, pero otra parte la delegan al legislador federal. Así ocurre, por ejemplo, cuando se trata del estado civil y de la capacidad de las personas, que regulan esos códigos estatales, pero cuando los intervinientes sean extranjeros o se trate del matrimonio de los mexicanos en el extranjero, se delega la regulación en la ley federal. Así aparece en los códigos de Colima (art. 12), Nayarit (art. 12), Puebla (art. 313) y Chihuahua (art. 51), entre otros.

5 La del estado de Querétaro (art. 72, CC).

6 Jorge Mario Magallón, "La fuente nacional del derecho internacional privado", en *El Foro*, Barra de Abogados, México, abril-junio de 1966.

7 Puesto que hasta el 2000 la legislación del D.F. era aplicable en materia federal, estos códigos siguen con la costumbre de delegar a esa legislación, debiendo hacerlo ahora al *CCFed*.

Como en las dos últimas categorías los legisladores de los códigos están delegando su función legislativa en otros legisladores, resulta que se han declarado incompetentes para legislar sobre el particular. Posiblemente esa incompetencia se debe al centralismo y sometimiento agobiante que vivió México durante el siglo XX, sometimiento que se apoyó en una regulación secundaria, de la época en que la Federación sostenía que los "derechos civiles" de los extranjeros se regulaban por la ley federal.[8] En efecto, la abrogada *Ley de Nacionalidad* mexicana (art. 50) para la competencia legislativa prescribía que "*sólo la ley federal puede modificar y restringir los derechos civiles de que gozan los extranjeros*; en consecuencia, esta ley y las disposiciones del Código Civil y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, sobre esta materia, tienen el carácter de federales y serán obligatorios en toda la unión".[9] (Las cursivas son nuestras.)

Es importante señalar que en este caso como en otros que veremos más adelante, también ha existido una actitud pasiva de los legisladores y de las autoridades estatales, que no han querido complicarse la vida interviniendo en temas vinculados con extranjería por tratarse de cuestiones que por lo general no conocen o simplemente omiten para evitar complicaciones adicionales. Afortunadamente esta actitud empieza a cambiar, aunque en casos muy específicos y en forma muy lenta.

Algunas interpretaciones erróneas por parte de las autoridades judiciales locales mexicanas dieron lugar a decisiones contradictorias.[10] Hay, incluso, una antigua resolución judicial de la SCJN, carente de razonamientos, según la cual la capacidad

8 Hay una idea incorrecta que algunos profesores y políticos de provincia desarrollan, aunque no la han escrito. Afirman que *todo lo que corresponde al tema de extranjería es de la competencia de la Federación*. Con el concepto de *extranjería* no sólo se refieren a los extranjeros, sino también a los actos ocurridos en el extranjero aunque en ellos participen mexicanos. Esta creencia resulta equivocada, pues la *Constitución* (al otorgarle competencia a la Federación) no alude a extranjería (con esta voz).

9 Esta disposición, que tiene antecedentes en la *Ley de Nacionalidad* elaborada por Ignacio L. Vallarta en el siglo XIX, es inconstitucional pues los derechos civiles no son de la exclusiva competencia legislativa federal. Merece especial llamada de atención la falta de cuidado del legislador federal pues, existiendo un *CFPC*, se prefirió la remisión al *CPCDF*. Esta disposición dio lugar entre los estudiosos y la jurisprudencia a opiniones y decisiones contradictorias. Hubo quienes, confundiendo la competencia legislativa con la jurisdiccional, afirmaron que la competencia de un tribunal sobre los litigantes extranjeros recaía en tribunales federales y que sólo las leyes federales eran las aplicables.

10 Por ejemplo, uno de los jueces del estado de Chihuahua llevó al juez segundo de Distrito, entonces con residencia en Ciudad Juárez, a afirmar que de acuerdo con el art. 140, fracc. I constitucional, se establecía una *competencia concurrente* para resolver negocios de extranjeros, ya sea en tribunales federales o locales. En relación con esta decisión cabe recordar que ante el Juzgado Primero de lo Familiar con sede en Ciudad Juárez se tramitaron unas diligencias de jurisdicción voluntaria (expediente 93/82) tendientes a obtener una adopción. El tribunal de primera instancia accedió a ello, pero el magistrado de la Tercera Sala Civil (toca 245/82) la revocó con base en el art. 50 de la *Ley de Nacionalidad*. Ésta fue la decisión que dio lugar al juicio de amparo 792/82 que se enderezó contra dicho magistrado. Para un desarrollo de la jurisprudencia mexicana durante el siglo XX, véase Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional privado: su recepción judicial*, Porrúa, México, 1999, pp. 296 y siguientes.

de los extranjeros es un aspecto que compete a la Federación.[11] A nuestro parecer, el legislador federal carece de competencia para legislar sobre derecho de familia, así como sobre derecho aplicable en esta área.[12] Más adelante retomaremos este tema al referirnos al divorcio.

4.3. La personalidad

Ya que nos hemos referido al estatuto personal, la personalidad es un concepto importante en el tema. Con la personalidad se quiere significar el *ser del individuo, su identidad y pertenencia a un grupo social*, que son notas objeto del estatuto personal. Por desgracia, los derechos que acoge la personalidad no han sido lo suficientemente clarificados por la teoría del derecho ni por el derecho positivo mexicano.

No se trata de derechos que la teoría hubiera explicado desde antaño. Los derechos de la personalidad se acogen en el derecho positivo interno y en el convencional internacional, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño y en varios tratados sobre derechos humanos. El derecho a ser y pertenecer a un grupo social son partes de los derechos humanos fundamentales. Nos referiremos en seguida a ambas fuentes.

Caracterización

El primer problema es que no existe un concepto único acerca de los derechos de la personalidad, ya que las teorías y las leyes de cada país se han manifestado en sentidos diferentes.

Adolfo Miaja de la Muela recuerda que fue Gierke quien por primera ocasión abordó como categoría especial el derecho al honor, la integridad personal, el nombre, la imagen, la propia voz, etc.[13] El mismo Miaja de la Muela afirmó que el desarrollo de estos derechos ha sido pobre, salvo en lo tocante a los derechos de autor y el derecho al nombre.

En el ámbito interno mexicano son pocos los códigos que se refieren a los derechos de la personalidad, aunque sin clarificar su significado.[14] El CC de Jalisco (arts.

11 *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Quinta Época, t. XXXIX, p. 1549, The Pacific Knitting Mills, 26 de octubre de 1933. En sentido similar, *SJF*, Tercera Sala, Quinta Época, Friede Tauchnitz Erdmuthe, Johann, 22 de octubre de 1936.

12 Una idea contraria puede verse en Enrique Estrada Aceves, *Derecho internacional privado mexicano*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 1984, p. 188. En apoyo a nuestras ideas véase José Luis Siqueiros, *Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano*, Universidad Autónoma de Chihuahua, Escuela de Derecho, Chihuahua, 1957, pp. 73 y 74.

13 Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, t. II, Gráficas Yagües, Madrid, 1973, p. 184.

14 Sobre esta pobre reglamentación se queja Ernesto Gutiérrez y González, *El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad*, Cajica, México, 1982, p. 722.

24 y 25) es uno de ellos, cuando destaca que "los derechos de personalidad, tutelan y protegen el disfrute que tiene el ser humano, como integrante de un contexto social, en sus distintos atributos, esencia y cualidades, con motivo de sus interrelaciones con otras personas y frente al Estado [...]; por su origen, naturaleza y fin, no tienen más limitación que los derechos de terceros, la moral y las buenas costumbres. Como consecuencia, deben ser respetados por las autoridades y particulares."

Este *Código* resulta estrecho en la significación de los derechos de personalidad. Estima que se produce una vulneración a tales derechos cuando se hace una exhibición o reproducción de la imagen; de la voz o de ambas de una persona sin su consentimiento (art. 31). Su violación, sea porque produzcan daño moral, daño económico, o ambos, es fuente de obligaciones. A pesar de lo anterior, no parece aludir al surgimiento de esos derechos como concomitantes al nacimiento e identidad de una persona.

Aunque el significado que la generalidad de los doctrinarios atribuye a los derechos de la personalidad parece ser más amplio; el *Código* jalisciense trata de caracterizar esos derechos diciendo que son: *i*) *esenciales*, en cuanto que garantizan el desarrollo individual y social, así como la existencia digna y reconocida del ser humano; *ii*) *personalísimos*, puesto que por ellos alcanza su plena individualidad la persona humana; *iii*) *originarios*, ya que se dan por el solo nacimiento de la persona, sin importar el estatuto jurídico que después pueda corresponder a la misma; *iv*) *innatos*, en tanto su existencia no requiere de reconocimiento jurídico alguno; *v*) *sin contenido patrimonial*, por cuanto no son sujetos de valorización pecuniaria; *vi*) *absolutos*, porque no es admisible por ningún concepto su disminución ni su confrontación y valen frente a todas las personas; *vii*) *inalienables*, en virtud de que no pueden ser objetos de enajenación; *viii*) *intransmisibles*, porque son exclusivos de su titular y se extinguen con la muerte; *ix*) *imprescriptibles*, ya que no se pierden por el transcurso del tiempo, y *x*) *irrenunciables*, porque ni siquiera la voluntad de su titular basta para privar su aplicabilidad (art. 26).[15]

A pesar de la caracterización, en las leyes mexicanas, al igual que en las de la mayoría de los países, se carece de una lista de los derechos de personalidad, aun cuando varios iusinternacionalprivatistas suelen referirse, aunque por separado, a cada uno de ellos, así como algunos convenios internacionales. En general, e independientemente de lo que el derecho mexicano establece, se suelen listar el derecho al nombre, al título nobiliario, el derecho al propio cuerpo, a la imagen, al honor, a la confidencialidad, al secreto epistolar, e incluso se adicionan los derechos de autor.[16]

Por lo general, los derechos de personalidad se acogen como parte de los derechos fundamentales, esto es, derechos garantizados por la *Constitución*, mientras que otros se estiman secundarios. En cuanto a los primeros, a los efectos del DIPr cabría

15 Es indudable que en estas notas subyace una sustantiva filosofía iusnaturalista.

16 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padua, 1996, p. 331.

la posibilidad de catalogarlos como normas imperativas que, por tanto, no admiten la aplicabilidad de algún método conflictual. Respecto de los segundos, cabría recurrir a las normas conflictuales.

No obstante, la respuesta no es sencilla. Los profesores Calvo Caravaca y Carrascosa González se refieren a diferentes tesis centradas en explicar la ley reguladora de los derechos de la personalidad: *a*) la de la ley personal, que afirma que se trata de derechos personalísimos; *b*) la de las normas imperativas, que llevan a la aplicabilidad de las normas propias; *c*) las tesis mixtas, que concilian ambas posturas; *d*) la tesis de la responsabilidad civil no contractual, acorde con la cual se trata de derechos sin contenido positivo, pero que en caso de ser infringidos dan lugar al pago de indemnización por responsabilidad civil no contractual.[17]

Algunas reglas uniformes

En todo el mundo la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño establece, entre otros derechos de la personalidad, que todo niño debe ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho, desde que nace, a un nombre, así como a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7.12). Los Estados parte del convenio se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos una nacionalidad, nombre y relaciones familiares sin injerencias ilícitas (art. 8.1).

En este sentido, en el derecho a la personalidad abarca el derecho al nombre, a una nacionalidad, a una identidad, etc. Algunos supuestos califican en la capacidad; otros, en el estado civil. Por lo general, suelen ser acogidos por normas imperativas.

Conforme a la citada Convención de la ONU, la *identidad* se debe prohijar inculcándole al niño el respeto a sus padres, a su propia identidad cultural, su idioma y sus valores, a los valores nacionales del país en que vive, al país del que sea originario y a las civilizaciones distintas de la suya (art. 29.1*c*). En los Estados en que existen minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se deberá negar al niño que pertenezca a tales minorías el derecho que le corresponde (estatuto indígena), en común con los demás miembros de su grupo; tampoco a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión o a emplear su propio idioma (art. 30).

Por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece otras reglas uniformes en las que se garantiza el derecho de toda persona a un nombre propio y a los apellidos de sus padres. Obliga, a la vez, a que la ley de cada Estado debe reglamentar la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario (art. 18), reglamentación secundaria que, dicho sea de paso, es escasa en México.

17 Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho internacional privado*, vol. II, 5a. ed., Comares, Granada, 2004, pp. 43 y 44.

De lo anterior se desprende que la mayoría de los derechos de personalidad son de tal importancia que aunque en el supuesto de una suspensión de garantías constitucionales en la que pueden llegarse a suspender varios derechos fundamentales, no lo podrán ser los que correspondan al *derecho a la identidad, a la personalidad; el derecho al nombre*. En gran medida, la regulación de los derechos de personalidad se caracteriza como *normas imperativas*. Al lado de estos derechos fundamentales, los demás derechos de la personalidad se regulan por normas de conflicto o materiales.

En los derechos de personalidad destaca el nacimiento de un individuo, pues a partir de entonces se hace constar su personalidad, que ha de ser inscrita o registrada. Otros derechos consisten en que se le otorgue una nacionalidad, se le identifique e incluso se le impute a otras personas la paternidad.

En este sentido, con el nacimiento de un individuo nace el derecho a su personalidad. En el derecho interno mexicano la declaración de nacimiento se inicia con la presentación del niño al Registro Civil, de preferencia en el lugar donde nació. En el documento que se levante, cuando se realice en territorio mexicano se deben hacer constar, entre otros datos, los nombres, el domicilio y la nacionalidad de sus padres; si se tratare de un niño expósito se harán constar los datos necesarios que sirvan para identificarlo y esto incluso será un apoyo para que se le reconozca la nacionalidad mexicana.

A pesar de lo que puedan prescribir las leyes internas mexicanas, de acuerdo con la Convención de la ONU la personalidad se adquiere desde el nacimiento, sin que pueda exigirse que el niño haya vivido algún tiempo (viable, como expresa la ley mexicana).

En efecto, el *CCDF* parece condicionar el surgimiento de la personalidad al nacimiento del niño, siempre que sea viable o sea registrado. A pesar de esta condición, al amparo de la Convención de la ONU la personalidad se adquiere desde el momento del nacimiento.[18]

En los convenios internacionales citados se advierte la existencia de ciertas reglas uniformes en torno a los derechos de personalidad, algunos de los cuales explicaremos según los desarrollos que se han dado en el derecho interno mexicano.

Nombre

Debido a la importancia que reviste el nombre de una persona como parte de su identidad personal, ampliaremos las ideas al respecto. Algo similar haremos respecto a la emancipación, los títulos nobiliarios y la ausencia.

18 El *CCDF* (art. 337) prescribe que "para los efectos legales, sólo se tendrá por nacido al que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinticuatro horas o es presentado vivo ante el Juez del Registro Civil. Faltando algunas de estas circunstancias, no se podrá interponer demanda sobre la paternidad o maternidad." A la vez, se determina (art. 1314) que "son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 337".

Uno de los derechos de la personalidad de todo individuo es su nombre, ya que es el que lo identifica e individualiza como una persona específica. No existe en México una regla especial de DIPr que indique cuál es la ley aplicable al derecho de una persona sobre su nombre.

Aunque se podría pensar que el nombre es un supuesto o categoría diferente del estado civil, en México no es así. El nombre se adquiere y convalida en el acta de nacimiento, que no sólo se inscribe en el Registro Civil, sino que es un supuesto del estado civil.

La legislación mexicana alude al caso del niño que nace a bordo de un buque con bandera mexicana, en cuyo caso el capitán de la embarcación debe actuar entregando las constancias recabadas a las oficinas del Registro Civil tan pronto como arribe la embarcación al primer puerto nacional. Si se hubiera sucedido un deceso, también estará obligado a dar el aviso correspondiente.[19]

De conformidad con el art. 58 del *CCDF*, así como con el de varias entidades federativas, en el acta de nacimiento de cada persona debe quedar inscrito "el día, hora y el lugar de nacimiento, el sexo del presentado, el nombre y apellidos que le correspondan". Desde ese momento la persona adquiere derecho a su nombre, el cual puede ejercer conforme a su ley personal (nacionalidad o domicilio, según el sistema que rija su estatuto personal). El juez que conozca de un asunto relacionado con el nombre aplicará como ley de fondo la que el legislador ha previsto para regir el estado civil de las personas. Así, el juzgador podrá saber si el nombre le fue otorgado a la persona solicitante de conformidad con el registro de su nacimiento, e incluso cuáles son los derechos derivados del nombre que esa persona tiene. Por ejemplo, dentro del procedimiento de sucesión *mortis causa* podrá plantearse como cuestión previa la determinación de que efectivamente una persona posee tal o cual nombre, que fue registrada por el autor de la sucesión o por otra persona, y la relación de parentesco con el autor de la herencia.

19 **Artículo 70,** *CCFed*: "Si el nacimiento ocurriere a bordo de un buque nacional, los interesados harán extender una constancia del acto, en que aparezcan las circunstancias a que se refieren los artículos del 58 al 65, en su caso, y solicitarán que la autorice el capitán o patrono de la embarcación y dos testigos de los que se encuentren a bordo, expresándose, si no los hay, esta circunstancia."
Artículo 71, *CCFed*: "En el primer puerto nacional a que arribe la embarcación, los interesados entregarán el documento de que habla el artículo anterior, al Juez del Registro Civil, para que a su tenor asiente el acta."
Artículo 72, *CCFed*: "Si en el puerto no hubiere funcionario de esta clase, se entregará la constancia antes dicha a la autoridad local, la que la remitirá inmediatamente al Juez del Registro Civil del domicilio de los padres."
Artículo 73, *CCFed*: "Si el nacimiento ocurriere en un buque extranjero se observará por lo que toca a las solemnidades del Registro, lo prescrito en el Artículo 15."
Artículo 75, *CCFed*: "Si al dar aviso de un nacimiento se comunicare también la muerte del recién nacido, se extenderán dos actas, una de nacimiento y otra de defunción, en las formas del Registro Civil que correspondan."

Algo similar ocurre con los apellidos, que son los que identifican a una persona como parte de una familia en particular. Se trata ahora del nombre de familia. Por ejemplo, el *CC* de Tabasco (art. 56) dispone que tan luego como se dicte una sentencia constituyendo la paternidad, el hijo tendrá el derecho al uso del apellido correspondiente. Se trata de una consecuencia jurídica normal que no todos los demás códigos asientan expresamente.

En realidad, en el caso del nombre de una persona o de familia no existen problemas complejos, porque puede constatarse de manera simple. Por lo general, en los procesos de defensa del nombre la competencia es la *del mismo lugar en que se encuentra* el Registro Público donde está registrado el nombre de la persona porque será ese tribunal el que aclarará cualquiera modificación registral.

En algunas entidades federativas los encargados del Registro Civil asumen facultades con base en circulares de dudosa constitucionalidad. En varias de éstas se establece que el encargado del Registro Civil deberá rechazar nombres extranjeros u ofensivos. Tal vez esto es comprensible en la medida en que procuran evitar que ese niño durante su vida sea objeto de burlas debido al nombre. No obstante, debe tomarse en cuenta que si el derecho al nombre está comprendido dentro del estado civil y regulado por la ley personal, ésta deberá aplicarse. Como hemos dicho, en algunas entidades federativas es la del domicilio y, por tanto, el encargado del Registro Civil debe reconocer ese derecho, que es propio de la personalidad. Por ejemplo, sería desafortunado para el hijo de una pareja de alemanes, rusos o chinos que están de paso en México, o que habitan en este país, que el nombre del hijo sea castellanizado. Es un derecho fundamental para los padres darle el nombre que quieran a su hijo, a condición de que no sea ofensivo para el menor.

El respeto al nombre se advierte con mayor facilidad en el caso de los naturalizados. Según la ley mexicana, el extranjero que se naturaliza mexicano no está obligado a castellanizar su nombre, cambiarlo o traducirlo. Ni siquiera está obligado a variar el orden de apellidos para que queden como en México, primero el paterno, luego el materno, lo que implica el respeto a la personalidad del individuo, que prevalece sobre las normas imperativas que regulan al nombre, porque se considera que el respeto a la personalidad del individuo es un derecho humano y, por tanto, debe ser prevaleciente.

Hay otras variaciones en las leyes mexicanas. Los códigos de algunas entidades federativas permiten el cambio del nombre (arts. 54, *CC* de Tabasco; 68, *CC* de Coahuila; 61, *CC* de Veracruz; 63, *CC* de Jalisco; 63 *bis*, fracc. VII, *CC* de Nuevo León; 73, *CC* de Puebla); otras no, como el del D.F. El *Código* de Nuevo León, por ejemplo, prescribe que

> Sólo estará permitido el cambio de nombre propio, o en su caso de los apellidos, en los siguientes casos:
>
> I. Si alguien hubiere sido conocido en su vida social o jurídica con nombre propio diferente al que aparece en su acta de nacimiento;
> II. Cuando el nombre propio puesto a una persona le cause afrenta, sea infamante o lo exponga al ridículo;

III. Cuando la persona tenga su nombre propio o apellidos en una lengua diferente al castellano, puede solicitar judicialmente se castellanicen;
IV. En los casos de desconocimiento o reconocimiento de la paternidad o maternidad y de la adopción;
V. En el caso de homonimia que le cause un perjuicio, podrá pedirse al juez competente del lugar donde esté asentada el acta de nacimiento, se autorice transformar el primero de los apellidos de simple a compuesto o de compuesto a simple;
VI. Cuando en el acta de nacimiento se cometió algún error en la atribución del nombre o de los apellidos;
VII. Cuando en el acta de nacimiento deban enmendarse errores en la ortografía de los apellidos o en la del nombre propio.

La disposición transcrita no es una norma de conflicto. La fracc. III, por ejemplo, sin tomar en cuenta algún derecho extranjero aplicable, admite el cambio de nombre o de apellido.

En Alemania, la posibilidad de cambiar de nombre depende de la ley de nacionalidad de una persona.[20] Lo mismo ha ocurrido en España y otros países, así como en algunos tratados europeos. Para el mismo caso, siguiendo las analogías correspondientes, en México debemos recurrir a la norma general que regula el estado civil de las personas, ya que el nombre es un elemento integrante de la personalidad de los individuos.

Así como la anterior, hay otras reglas en México en cuanto al uso del nombre. Tales reglas pueden ser materiales o conflictuales; por ejemplo, el número de nombres y apellidos que se pueden usar; el uso de los apellidos de los padres, si se usa el de uno o el de ambos; el orden en que deben usarse; el nombre y apellidos del adoptado; el cambio de nombre, etc. Todos estos supuestos fáctico-normativos varían de acuerdo con el orden jurídico, por lo que, siendo parte del derecho de la personalidad y salvo que exista una norma material, la ley que rige su estado civil es la que rige su nombre.

En el caso de cambio de nombre y apellido, el juez ante quien se pide la modificación deberá verificar que la ley que rige el estado civil del solicitante le permita efectuar el cambio, aunque, como vimos en la fracc. III del art. 63 *bis* del CC de Nuevo León, la norma de conflicto es desplazada por una norma material.

Ejemplos

a) Una persona, de nacionalidad mexicana, ha radicado durante los últimos cinco años en el estado de Texas, Estados Unidos de América. El nombre con el que originalmente se registró en México es Miguel Campos. Ahora desea llamarse Michael Fields. Aunque algunas leyes mexicanas no permiten este cambio, la ley de Texas sí. En este caso, como el domicilio del solicitante se encuentra en un territorio cuya ley permite el cambio, la autoridad texana podrá acceder a la solicitud de cambio. En estas condiciones, la autoridad mexicana correspondiente al lugar en donde originalmente fue registrada esta persona deberá dar cumplimiento a lo que haya decidido el tribunal del lugar del domicilio de ésta, con los límites del orden público.

b) Un francés domiciliado en México tiene un apellido que en su idioma original no parece ofrecer problemas, pero pronunciado en español resulta ofensivo. El extranjero solicita al tribunal de Nuevo León cambiar su apellido por uno castellanizado para evitar el problema. En este caso el juez autorizará el cambio, sin necesidad de tener que consultar el derecho francés para saber si dicho cambio es posible.[21]

[20] Artículo 9o. de la *Ley de Introducción al Código Civil*.

Por ser parte de la personalidad del ser humano, el nombre está incluido dentro del estado civil. En México las leyes de varias entidades federativas lo regulan con base en la ley del domicilio, y aunque lo rijan por la *lex fori* de hecho suelen respetarse tradiciones y derechos adquiridos en otros lugares cuando se trata de extranjeros que han decidido residir en México. Prueba de ello es el uso de nombres sin traducción o el orden de los apellidos (a veces primero el de la madre) o el no uso de uno (por ejemplo, el del marido).

En algunos países se acostumbra usar primero el apellido materno o el orden de los apellidos es distinto del habitual en México, donde se utiliza primero el apellido del padre y luego el de la madre. La mujer casada abandona su segundo apellido y toma el primero del marido. A la persona adoptada se le suele también registrar con el apellido de los padres adoptivos.

Lo anterior contrasta con lo que se observa en otros países, donde el apellido del hijo corresponde al de la madre, o el de la madre no es tomado en cuenta y sólo se registra el del padre. La mujer casada, si así lo desea, abandona el apellido propio y solamente se queda con el del marido (como ocurre en Estados Unidos de América). El orden de los apellidos varía según el lugar, o simplemente puede adoptarse uno solo.

En el caso de la mujer casada, el uso de los apellidos del marido no deriva de la ley que rige el estado civil de ella, sino de la ley que rige su matrimonio y en el caso de restitución del apellido, como consecuencia del divorcio, su estatus deriva de la ley que rige el divorcio, como en su oportunidad veremos. En el fondo, el uso del apellido de la mujer casada parece suponer una dependencia del estatuto del nombre de ella respecto del de él, lo que también ha provocado protestas pues implica una

[21] En idioma ruso, por ejemplo, la palabra *julio*, que en nuestro país es un nombre, es una palabra despectiva que hace alusión a los órganos sexuales masculinos. *Rana* es un nombre árabe femenino (iraquí) que difícilmente sería aceptado en México, porque en español se refiere a un batracio y seguramente daría lugar a burlas.

desigualdad entre los sexos y entre la pareja. En algunos países la mujer ya no cambia su apellido, sino que continúa con el original. Como decimos, este supuesto se regula por la ley que rige el matrimonio o el divorcio, en su caso, y que estudiaremos en el capítulo 7.[22]

La normatividad mexicana aplicable a los problemas de tráfico jurídico internacional referentes al nombre de una persona, incluido su apellido, es escasa o inexistente. En otros países se han celebrado convenios para resolverlos; por ejemplo, el Convenio Relativo a los Cambios de Apellidos y Nombres,[23] vigente en la Unión Europea, según el cual cada Estado contratante se obliga a no conceder los cambios a súbditos de otro Estado suscribiente, salvo en el caso de que fueran igualmente súbditos suyos. En este marco podrán reconocerse las resoluciones definitivas recaídas en uno de tales Estados y que consideran un cambio de apellidos o de nombres, ya sea a sus súbditos, o bien a apátridas o refugiados. Esas resoluciones serán, sin más formalidad, anotadas al margen de las actas de estado civil de las personas a las cuales conciernen.

Como se desprende de este dispositivo, existe respeto al nombre como parte de la personalidad del individuo, pero al mismo tiempo hay un interés del Estado en controlar en sus registros a aquellas personas que fueron inscritas como sus nacionales. Tanto para control interno como internacional, en este ámbito subyace una política económica clara: la ampliación del crédito y sus accesos internacionales y la recaudación fiscal internacional exigen que el delito de fraude por uso de varios nombres se ataque de esta forma. Es importante señalar que la autonomía de la voluntad del individuo, en materia de cambio de nombre en el plano interno se anula con un dispositivo de orden público cuya procedencia, principalmente, es internacional. Se trata de un tipo de producción normativa que encontraremos a lo largo de esta obra, en materia de comercio sobre todo, conforme a la cual se crean parámetros en el ámbito internacional de acuerdo con los cuales las normas de orden público tendrán validez internacional e internamente, en la medida que los países acepten esa normatividad. El mismo criterio es el que veremos a continuación, salvo que en el caso que veremos se trata de una medida correctiva derivada de la necesidad interna de facilitar a los ciudadanos la corrección del nombre.

Se trata del Convenio sobre Ley Aplicable a los Nombres y Apellidos, según el cual éstos "se determinarán por la ley del Estado del cual dicha persona sea nacional. Sólo a este efecto, las situaciones de que dependan los nombres y apellidos se apreciarán según la ley de dicho Estado". Incluso, "en caso de cambio de nacionalidad se aplicará la ley del Estado de la nueva nacionalidad".

22 Miguel Amores Conradi, "Las relaciones entre cónyuges en el Nuevo Derecho Internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de regulación", en *Anuario de Derecho Civil*, t. XL, fasc. I, enero-marzo de 1987, Madrid, p. 120. El *Código Familiar* de Hidalgo establece algunas reglas sobre el nombre de la mujer casada (arts. 97 a 99).

23 Celebrado en Estambul el 4 de septiembre de 1958 y del que forman parte varios países europeos.

Asimismo, existe un convenio relativo a la expedición de certificados de diversidad de apellidos, documentos que permiten "facilitar la prueba de identidad de las personas que, a consecuencia de las diferencias existentes entre las legislaciones de ciertos Estados, especialmente en lo referente a matrimonio, filiación o adopción, no son designados por un mismo apellido". Este certificado "tendrá como único objeto hacer constar que los diversos apellidos que en él figuran designan, según legislaciones diferentes, a una persona. No podrá tener como objeto afectar las disposiciones legales vigentes que rigen en materia de apellidos." México no es Estado parte en ninguno de los convenios mencionados.

En México el orden de los apellidos en el ámbito fiscal no ha sido estudiado ni regulado. Un brasileño, por ejemplo, que se aplica primero el apellido de la madre y luego el del padre, es cambiado en el Registro Federal de Causantes mexicano. Aquí puede surgir un problema, pues aunque los apellidos son de la competencia de las entidades federativas, el gobierno federal no los toma en cuenta, y tampoco a la competencia extranjera. Sus reglas federales recurren al apellido paterno y luego al materno. Se imponen por la autoridad administrativa como si fueran leyes imperativas. El objetivo de esta normatividad es la unificación de ciertas políticas de control poblacional, pero desatienden las disposiciones que regulan el nombre.

Emancipación

La emancipación de una persona puede considerarse una anticipación de su mayoría de edad, que produce un cambio en su personalidad pues pasa a ser sujeto de derechos y obligaciones de los que antes carecía. La ley mexicana (uniformada en todas las entidades federativas) prescribe que la mayoría de edad se alcanza a los 18 años de edad,[24] con lo que se otorga a una persona la capacidad total de goce y ejercicio de derechos. Para el caso excepcional de que un menor de edad contraiga nupcias, la misma ley prevé que la persona queda emancipada a partir de ese momento. La autorización judicial y el consentimiento del mayor de 16 años también producen la emancipación. De conformidad con la ley sustantiva mexicana, la capacidad del menor emancipado es prácticamente equiparable a la de un mayor de edad, aunque continúa con algunas incapacidades.

En el DIPr de varias entidades federativas se prescribe que la ley aplicable a la capacidad del emancipado sea la del domicilio del emancipado, aunque en otras, como la del D.F., sea la *lex fori*. La emancipación, cabe añadir, es parte del estatuto personal pues produce un cambio en la capacidad de la persona.[25]

24 En otros países la mayoría se alcanza a edades diferentes. En Argentina, Australia y Bolivia, por ejemplo, a los 21 años de edad, mientras que en Gibraltar a los 17 y en Tanzania a los 16.

25 Ya explicamos que en el CPC se inserta la emancipación como un supuesto que da lugar a las "acciones del estado civil", lo que parece sugerir que encuadra o califica en el estado civil, pero si se le examina con cuidado califica en la capacidad.

Ejemplo

Una persona que en el extranjero haya sido emancipada, lugar donde está domiciliada, aun cuando no sea mayor de edad tendrá capacidad en México, según la ley mexicana que acoge la conexión domiciliar en los términos y condiciones prescritos en la ley del lugar de residencia del emancipado.

No hay que olvidar que las causas o supuestos que producen la emancipación se rigen por el orden jurídico que regula a ésta.

Declaración de ausencia y fallecimiento

Existen casos en que una persona desaparece sin dejar indicio de su paradero. Detrás de su desaparición voluntaria o accidental puede estar su muerte y el fin de su personalidad. Para estos casos las leyes de cada país han establecido mecanismos conforme a los cuales primero se declara ausente al desaparecido, y después fallecido.

En el derecho mexicano, aunque con diversas variaciones en las entidades federativas, la ausencia presenta algunas características. Por ejemplo, sólo puede darse por declaración judicial y produce distintos efectos que implican cambios al derecho de la personalidad y el estado civil de la persona, ya que con su desaparición otras personas lo habrán de representar. Entre los efectos está la posibilidad de que se demande la disolución del vínculo matrimonial por el solo hecho de estar ausente; que el cónyuge no ausente desee contraer nupcias o reclamar una pensión derivada del seguro del ausente; que se le suspenda a éste la patria potestad; que se suspendan los derechos de sociedad conyugal y la posibilidad de que se abra la sucesión por causa de muerte. Como se advierte, se trata de supuestos que afectan el derecho de personalidad.

Respecto a la competencia judicial para conocer y resolver acerca de una ausencia, nuestras leyes la hacen recaer en el *último domicilio del ausente*, aunque haya desaparecido en otro lugar. No obstante, no se trata de una regla de competencia exclusiva, lo que hace factible reconocer decisiones extranjeras.

Las leyes de algunos países prescriben normas específicas de DIPr que remiten a la ley u orden jurídico aplicable; por ejemplo la ley que regula el estatuto personal del desaparecido, como ocurre en Austria[26] y en Albania.[27] Atendiendo a su ley nacional está Alemania,[28] y Perú,[29] por cuanto hace a la ley del último domicilio.

26 Sección 2, párr. 14, de la *Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado.*
27 Artículo 12 de la Ley del 21 de noviembre de 1964.
28 Artículo 9 de la *Ley de Inducción al Código Civil.*
29 Artículo 2069 del *Código Civil.*

Un sector de la doctrina extranjera califica la ausencia en el supuesto normativo de la capacidad, pero en México suele encuadrársele en el estado civil.

Las leyes mexicanas carecen de una disposición especial en relación con el orden jurídico aplicable, pero en cuanto a la calificación, la ausencia se vincula a la ley reguladora del estado civil. Lo anterior porque en las acciones del estado civil, según lo prescribe el *Código Civil*, se encuentran la ausencia y el fallecimiento. En consecuencia, para conocer del caso se atenderá al lugar del último domicilio (art. 156, *CPCDF*), coincidentemente, la misma que regula la capacidad.

Ejemplo

Según las leyes española y mexicana podrá declararse la ausencia de una persona cuando se trate de la tripulación o los pasajeros de una nave naufragada, pero si el desaparecido tenía su domicilio en España, tendrían que esperarse dos años a partir de la desaparición para declararlo ausente, y si residía en el D.F. bastarían seis meses.

Como se advierte será la ley reguladora del estado civil de una persona la que sirva para fijar la ley u orden jurídico aplicable y —en el caso del ejemplo— el plazo para la declaratoria de ausencia, y así como éste, los requisitos para declararla.

En el caso de fallecimiento, un tribunal mexicano estimó que el fallecimiento no forma parte del estado civil. Ha razonado diciendo que la personalidad surge con el nacimiento y termina con la muerte. Como el estado civil es un atributo de la personalidad, la muerte es causa extintiva de ésta. En consecuencia, no es aplicable la disposición que ordena que el reconocimiento del estado civil adquirido en el extranjero se demuestre mediante su inscripción en el Registro Civil, es decir, no es necesario que se registre en México el fallecimiento de una persona.[30]

No parece acertado este argumento porque tanto la ausencia como el fallecimiento requieren una regulación. La ley que rige las cuestiones vinculadas con la persona es la del estado civil: ¿por qué no hacerlo en el caso de la ausencia y el fallecimiento? La persona fallecida ha dejado obligaciones que tienen que resolverse, lo mismo que en los bienes que hereda. Un criterio formalista que pretende que el fallecimiento es el fin de la personalidad y, por tanto, de su estatuto personal, no toma en cuenta una realidad: las relaciones jurídicas que habrán de resolverse conforme a una sola ley para que el procedimiento de liquidación sea más ordenado.

Por último, cabe recordar que según las leyes mexicanas, una vez publicados los edictos en busca del desaparecido, el juez podrá ordenar que éstos se envíen a

30 Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, clave XXI.1o., núm. 116 C, AD 434/2002. J. Isabel Mora Galeana. 24 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Margarito Medina Villafaña. Secretario: José Alberto Torreblanca Cortés.

los cónsules mexicanos acreditados en los países donde se presume que podría encontrarse el ausente, o al lugar donde se hubieran tenido noticias del mismo para formalizar los llamamientos correspondientes (art. 650 del *CCDF*).[31]

Títulos nobiliarios

En otros lugares del mundo el título nobiliario, propio de la nobleza o la aristocracia es parte del derecho de la personalidad. Normalmente va seguido al nombre. Los títulos como duque, archiduque, conde, marqués, etc., no suelen ser conocidos en México y tampoco están prohibidos.

La *Constitución* mexicana establece una norma imperativa (art. 12): "en los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país".

En consecuencia, a pesar de que la ley aplicable a los derechos de personalidad pudiera designar un derecho extranjero que implicara el otorgamiento o reconocimiento de títulos nobiliarios, ese derecho no sería reconocido en México. No se le reconocería en México el título de duque de Suárez a Adolfo Suárez, ni el de marqués de Iria Flavia a Camilo José Cela. Se trata de una norma imperativa que el Constituyente estableció para eliminar temas vinculados en los que se emplearon esos títulos como parte de las luchas del siglo XIX en contra de la monarquía y sus derivados.

Cambio de sexo

Aunque se trata de un tema novedoso en nuestra disciplina y poco explorado, la posibilidad de cambiar de sexo, así como las diversas implicaciones que conlleva, ha llamado la atención de políticos, de juristas y humanistas. Aunque ya tendremos la oportunidad de presentar la temática a propósito del matrimonio, nos referiremos solamente al supuesto relativo al cambio de sexo.

En Italia el tema ha impactado pues se sostiene que el cambio de sexo califica en el estatuto personal y conforme a éste se regula. Tito Ballarino explica que en Italia se acoge esta posibilidad, incluso para la rectificación en el acta del estado civil.[32] Como antecedente cita un caso ocurrido en 1973, en Alemania, en el cual una persona (paquistaní) que en Malasia había cambiado de sexo, pretendía contraer nupcias en Alemania. La pretensión del transexual no se realizó debido a que la autoridad alemana entendió, por ese entonces, que se trastocaba el orden público. Más tarde, hacia 1994 se le pidió a la Corte de Justicia de la Comunidad Europea que se pronunciara sobre el tema a fin de que indicara que el cambio de sexo es irrelevante para el estado civil.

31 Sobre el llamamiento a personas en el extranjero véase Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, McGraw-Hill, México, 1997, p. 281.

32 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato, op. cit.*, 1996, p. 309.

En México hay intentos en este tema, incluso proyectos de ley en el D.F. que no han prosperado. No obstante, ya se permiten las intervenciones quirúrgicas para el cambio e, incluso, a partir de enero de 2004 en el D.F. ya se pueden hacer aclaraciones en el Registro Civil en el sentido de que ha habido un cambio de sexo.[33] Lo que no hay, hasta el momento, es alguna ley o disposición que indique si el hecho del cambio de sexo califica como cuestión del estado civil, y tampoco se conocen resoluciones judiciales en las que se reconozca o rechace ese cambio, cuando ha operado en el extranjero. No obstante, cualquiera que fuera la resolución, es indudable que estará relacionada con la personalidad.

Hay en este aspecto cuestiones vinculadas con el orden público, que por ahora se entienden de manera diferente en las diversas entidades federativas. Nos parece que un análisis en Jalisco y en el D.F. arrojaría resultados distintos.

4.4. La familia

El tema de la familia es uno de los de mayor relevancia en el DIPr. Tanto el derecho sustantivo interno como el internacional privado han procurado asegurarle a la familia una estabilidad, a pesar de la diversidad de órdenes jurídicos que pudieran ser los reguladores en un caso concreto.

Al entrar en este tema es importante diferenciar la *familia* del *derecho de familia*. Mientras que la primera corresponde a un dato objetivo de la realidad, es decir, se trata de un fenómeno social (el *dato fáctico*), el segundo tiene que ver con la normatividad que regula ese núcleo social. El estudio de la familia y del derecho que fija sus normas no es tarea sencilla y, dependiendo del lugar, *refleja sus realidades con profundidad*.

Cada sociedad genera sus propias leyes de familia, de acuerdo con sus costumbres y cultura, por lo que suelen ser diferentes de país a país; sin embargo, en ocasiones la normatividad en materia familiar es impuesta a través de un *Código*, como los mexicanos, que copiaron al *Código* francés y, por tanto, instituciones y conceptos suelen no coincidir con la realidad.

La familia no ha sido percibida en todas partes con un significado uniforme. Así, por ejemplo, en la Roma antigua, bajo el *paterfamilias* se aglutinaba todo el grupo de descendientes, incluidas las cónyuges de los hijos, que dejaban su familia natural para incorporarse a la del marido, y se agregaban los sirvientes, los esclavos y cientos de personas más. En torno al *paterfamilias* se agrupaba la familia amplísima, más grande que la amplia.[34]

33 Para esto se recurre a las diligencias de jurisdicción voluntaria tendientes a la aclaración de un acta del estado civil.

34 James A. Brundage, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la época medieval*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 41 y 42. Algo similar se presentó en el México precolonial. En el caso

En la amplia, la familia se midió por grados y estirpes, como hasta la fecha. En este sentido la familia está relacionada con el parentesco, que puede irse al sexto o séptimo grado, o incluso el duodécimo, como en otra época lo recogió el derecho francés.

En la familia más pequeña (la familia nuclear) suele considerarse únicamente a la pareja monógama (hombre y mujer) que convive con sus hijos (familia nuclear) o, en otros lugares, a la polígama (un hombre y varias mujeres) o a la poliándrica (una mujer y varios hombres), y en algunos países, actualmente, a la pareja homosexual con capacidad para adoptar hijos.

En México no existe un concepto único acerca de la familia. Por lo general, se aceptan todos los enumerados, con excepción de los conformados por parejas del mismo sexo.

Para algunos efectos especiales, por *miembros de la familia* se entiende al grupo de personas que vivan en la casa del miembro de la oficina consular, bajo su dependencia económica,[35] lo que difiere de otros significados que se atribuyen a la familia. En ocasiones concurren variaciones. Por ejemplo, puede abarcar o no el patrimonio de la misma, incorporar o no a los hijos adoptivos a la familia amplia, extraer a la mujer casada de su núcleo original e incorporarla bajo otro *paterfamilias*, o aceptar derechos para los concubinos, etcétera.

En fin, no existe un consenso universal acerca del concepto *familia* y mucho menos en torno a lo que es su objeto de regulación. Como se ha visto, sus implicaciones sociales y localistas han trascendido a su regulación, provocando problemas al conflictualista que tiene que elegir un orden jurídico que ha de regularla, como explicaremos a continuación.

Implicaciones sociales del derecho de familia

Como decíamos, si alguna institución jurídica ha pretendido responder a realidades, ésa ha sido la familia. Desde la perspectiva sociológica, "la familia representa una continuidad simbólica que trasciende a cada individuo y generación. La familia enlaza tiempo pasado, tiempo presente y tiempo futuro. En su conformación, eslabona generaciones sucesivas, articula las líneas de parentesco por medio de un complejo tejido de fusiones sociales y transmite las señas de identidad de los miembros del grupo."[36]

La diferencia de significaciones se explica por la complejidad social, cultural, religiosa y económica que la envuelve, incluidos los valores que sobre ella influyen. Esto quiere decir que el derecho de familia no tiene un significado uniforme en todo el

de las familias humildes, sólo se componían por el hombre, la mujer y sus hijos. Ahí, el *status*, sólo lo conservaba el *pater*.

35 Artículo 1, *g* de la Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Popular de China.

36 Vania Salles y Rodolfo Tuirán, "Mitos y creencias sobre la vida familiar", Leticia Solís (comp.), en *La familia en la Ciudad de México; presente, pasado y devenir*, ACPEINAC, México, 1997, p. 61.

mundo. Los estudios sociológicos, antropológicos, históricos y jurídicos sobre el tema se enriquecen con la grata experiencia que proporciona el derecho comparado.

El derecho de familia del pasado se ha transformado con regulaciones especiales, como en el caso de la *disolución del matrimonio*, antes desconocido y ahora casi generalizado en todos los países. La relativa facilidad con la que ahora cada uno de sus miembros puede desplazarse en el mundo constituye otro reto para su regulación.

Las prácticas y costumbres del lugar donde temporalmente se domicilia o reside un miembro de la familia no son necesariamente similares a las de su lugar de origen. También ha influido la adopción de menores trasladados a otros países, así como el caso de padres que una vez establecidos en el extranjero se olvidan de la manutención de sus hijos o forman una nueva familia. Actualmente las facilidades para migrar, los divorcios y los hijos sobrevenidos han producido la necesidad de éstos de visitar a su padre o madre o reclamarles alimentos; en consecuencia, la familia en nuestros días se ha vuelto una preocupación como objeto de estudio de los iusinternacionalprivatistas e incluso entre los comparatistas, pues ha habido una resistencia a la uniformidad.[37]

La familia multicultural de la actualidad (formada por nacionalidades y razas diversas) es el resultado de la movilidad de las personas, de la evolución de los derechos humanos y de su aceptación (bastante generalizada) en todos los países.

Históricamente, las relaciones familiares han sido una de las grandes prioridades del derecho de cada país, pero ocurre que creadas en un país al amparo de sus costumbres y sistema jurídico pueden verse afectadas cuando esa familia o uno de sus miembros se traslada temporal o definitivamente a un país con un orden jurídico distinto, ya sea porque obtuvo una nueva nacionalidad o un nuevo domicilio. El estudio del DIPr prevé los problemas que se derivan de esa diversa aplicación de leyes y plantea soluciones. El iusinternacionalprivatista debe conocer las *relaciones de familia que por diversas circunstancias se vinculan a diversos órdenes jurídicos y en torno de las que surge la duda acerca de cuál es el orden normativo que habrá de regularlas*; en lo particular o a algunos de sus miembros.[38]

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 países, algunos legisladores internos han tomado en consideración ciertos problemas de tráfico jurídico internacional, como en el caso del efecto que producen los matrimonios contraídos en el extranjero o las adopciones sancionadas fuera de México, así como otras relaciones trascendentes.

La importancia del derecho de familia deriva de la *función social y económica* que a la familia se le asigna en uno u otro lugar, aunada a las influencias religiosas. Esa

37 Tatiana B. de Maekelt, "Derecho comparado ayer y hoy", en *Libro homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2002, p. 92.

38 Para un examen general del derecho interno puede verse Jorge Alberto Silva, "Panorama del derecho internacional privado mexicano de familia: su fuente interna", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, vol. 12, UNAM, México, octubre de 2002.

función social puede estar referida a una ideología o filosofía específica o a una razón práctica o empírica. Así, por ejemplo, casarse con una o más mujeres; procrear uno o más hijos o ser indiferente al número; admitirse el divorcio o rechazarse; restringir las causas de divorcio o ampliarlas, etc. En sus efectos prácticos para el DIPr, en la función social está la posibilidad de aceptar o rechazar ciertos actos por contravenir el orden público, ya que este mecanismo permite mantener el equilibrio social.[39]

No debe olvidarse que es precisamente en la familia, como fenómeno social y en su regulación jurídica, donde se solía establecer mayor resistencia a cambios y valores, que las que existe en otros campos (el comercial, por ejemplo). No obstante y a diferencia del pasado, esas resistencias a los cambios han venido cediendo dentro del fenómeno de la transculturación, permitiendo con ello un reconocimiento y aplicación de órdenes jurídicos reguladores ajenos al propio y más naturales al que le es consustancial.

Para tener un panorama general de las implicaciones sociales, históricas y axiológicas del derecho de familia nos referiremos en seguida a tres aspectos: su evolución, los tribunales para la familia y algunas referencias al derecho convencional internacional.

Derecho constitucional, convencional internacional e interno

Debido a los cambios sociales operados en todo el mundo, el derecho convencional internacional se ha preocupado por proteger a la familia. Entre otros convenios, el *Decreto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* establece que nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su familia o su domicilio (art. 17). Además, a la familia la caracteriza como "el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado".[40]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que nadie puede ser objeto de ingerencias (*sic*) arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación (art. 11. 2). A la familia la caracteriza como un elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por ésta y el Estado (art. 15, fracc. I),[41] y reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una

39 Véase Manuel Atienza, *Introducción al estudio del derecho*, Fontamara, México, 1995, pp. 56 y 57.

40 Artículo 23, *Decreto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*.

41 Para lograr lo anterior se prescribe que "los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
a) Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;
b) Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;
c) Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación.[42]

Acorde con la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, los Estados están obligados a adoptar las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para garantizar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia.[43] Se incluye el derecho de asegurarle a la mujer los servicios de atención médica.[44]

En el plano interno, especialmente el constitucional, los convenios internacionales han tenido repercusión en México ya que han llevado a la *Constitución* general (art. 4) diversas disposiciones sobre la familia, que deben ser tomadas en cuenta no sólo en las entidades federativas, sino también como normas imperativas y de orden público. Destaca la igualdad de él y ella, la protección al desarrollo de la familia, el derecho a decidir sobre el número de hijos, la protección de su salud y la satisfacción de las necesidades de los menores, para lo cual están obligados los ascendientes, tutores y custodios, así como el Estado.

La reglamentación secundaria ha sido, desgraciadamente, muy pobre. El derecho convencional internacional ha tenido escasa recepción y en algunas ocasiones la legislación interna es incompatible, contradictoria o no regulada en las leyes secundarias.[45]

Como se advierte, el derecho de familia ha trascendido las fronteras geográficas del Estado pues no sólo es objeto de regulación por parte de los legisladores internos, sino que ha llegado al plano convencional internacional, el que a su vez ha enriquecido el derecho interno.

Los convenios de que México es Estado parte no se enfocan a dotar de garantías a la familia, obligando a los Estados a su protección.

Como tendremos la oportunidad de constatar, varios convenios internacionales han prescrito soluciones uniformes y de respeto a la familia y sus miembros; desafortunadamente, muchas de ellas no han sido retomadas en las leyes internas mexicanas.

d) Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad."

42 Artículo 17.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

43 Artículo 10, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

44 Artículo 12, *Idem*.

45 Jorge Alberto Silva, "Los convenios internacionales relacionados con el derecho de familia: su falta de recepción en el derecho interno mexicano", en *XVIII Seminario Nacional de DIPr*, s. d., 2004.

4.5. El estado civil en las relaciones de familia y su prueba

El estado civil es tan importante que la mayoría de los países han suscrito convenios internacionales sobre diversos aspectos de este tema, como es el caso de los convenios internacionales sobre filiación, matrimonio, aspectos relativos a las relaciones familiares, etc. En atención a los objetos que cubre el estado civil de nuestra época, hay quienes han preferido referirse al mismo como *estado familiar*.

Así, por ejemplo, ocurre en el estado de Hidalgo, donde incluso el Registro Civil se denomina *Registro del Estado de lo Familiar*. Aunque hay algo de cierto en estas tendencias, el hecho es que por tradición en una gran parte del mundo sigue llamándosele *estado civil de las personas*.

Como hemos señalado, en México el estado civil es una parte de lo que en otros lugares es el estado de las personas o el estatuto personal. No obstante, es necesario recordar algunos aspectos propios del estado civil de las personas y de la familia.

En principio, las disposiciones que regulan el derecho de familia son o forman parte de lo que podemos denominar *estado de familia*, *estado familiar* o *estatuto familiar*. También puede decirse que el estado de familia es una parte o elemento integrante del citado *estado civil de las personas*. A la vez, al estado de familia concurren diferentes estados o posiciones, esto es, estados o estatutos específicos. Dentro del estado civil suele mencionarse el estado o posición de casados (estatuto de casados), el estado de divorciados (estatuto de divorciados), el estado de hijos (estatuto de los hijos), el estado de viudos (estatuto de los viudos), etc. Como explicaremos más adelante, en el derecho mexicano no está reconocido un "estado de adúlteros", aunque de hecho así pueda etiquetársele.

Lo anterior significa que una persona casada, una divorciada, la que es hijo de otra, tienen frente a la sociedad el derecho propio para esa posición, una manera de ser o conducirse, esto es, un *estado de familia* o estatuto familiar, parte del estado civil de las personas.

Sin embargo, no es correcto afirmar que a todos los asuntos o aspectos matrimoniales se les puede aplicar la ley correspondiente al estado civil, que podría ser la del domicilio de la persona física (como aparece en el CCFed y en el de algunas entidades federativas). Lo anterior significa que no todo asunto familiar debe regularse según la ley que rige el estado civil, ni que todo lo relativo al matrimonio puede calificarse como cuestión o asunto de estado civil, lo que se debe a las excepciones o especialidades en el tratamiento de la familia. Por ejemplo, al *régimen patrimonial* del matrimonio se le aplica una conexión diferente que a la forma del matrimonio, y algo similar ocurre con la capacidad o la forma del acto o negocio familiar.

El *Código* de Jalisco establece, como regla general, que el estado civil se regula por la *ley del domicilio* (art. 15, fracc. I), y, por otro lado, como regla especial prescribe que los *derechos de familia* se regulan por la *lex fori* (la jalisciense) cuando las relaciones (de familia) se hubieren originado en ese estado. En el supuesto de esta regla especial también ordena que deberá aplicarse fuera del estado cuando las relaciones jurídicas de familia se originen en Jalisco (art. 15, fracc. VI).

En este caso, se trata de una *norma de extensión*, esto es, una norma especial, diversa de la prescrita en la fracc. I, extraterritorial y no susceptible de ser bilateralizada.[46]

En el ámbito de las relaciones de familia con vínculo internacional es necesario referirse a la ley que rige la *prueba de las mismas*. En cuanto al orden jurídico que rige las relaciones de familia, es poco o nada lo que establece la ley mexicana, aunque el tema de la prueba, especialmente del estado civil, sí es regulado en todo el país. Al efecto, el art. 51 del CCDF dispone: "Para establecer el estado civil adquirido por los habitantes del Distrito Federal fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, sujetándose a lo previsto en el Código de Procedimientos Civiles, y siempre que se registren en la Oficina del Distrito Federal que corresponda." Este enunciado comienza con el verbo *establecer*, lo que es erróneo, ya que resulta incongruente que se pretenda "establecer" un estado civil que ya fue adquirido en otro estado de México o en el extranjero; de lo que en realidad se trata es de reconocerlo.[47] La disposición transcrita, en el fondo, se está refiriendo a un *reconocimiento del estado civil adquirido en el extranjero*, para lo cual indica que ese resultado se producirá cuando las constancias de los actos del estado civil celebrados en el extranjero sean registradas en la oficina del Registro Civil. Dicho en otros términos, el texto transcrito parece indicar que a las personas que hayan constituido un acto del estado civil en el extranjero y necesiten demostrarlo, se les reconocerá en el D.F. cuando entreguen la documentación requerida en la oficina del Registro Civil competente y el acto quede inscrito o registrado. Como se advierte, la disposición se refiere a la *convalidación y registro del estado civil* (no a su constitución o establecimiento).

Además, lo que sorprende del artículo que comentamos es que *sólo se refiere a los habitantes del D.F.*, lo que parece indicar que únicamente se trata de los *residentes de ese lugar*. En realidad, es una disposición desafortunada. Como se advierte, la nueva disposición (fue introducida en el año 2000) no sólo se refiere a la prueba de los actos

---

46 La norma de extensión es una norma diferente de la conflictual, la material o la imperativa. Se caracteriza porque el ordenamiento jurídico del foro, a pesar de establecer una respuesta general para resolver un supuesto normativo, establece, como disposición especial, que ha de aplicarse una disposición local. Visto de otra forma, como lo explican José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez, se trata de normas que evitan la aplicación de una norma de conflicto debido a la especial conexión del supuesto con el ordenamiento del foro. Por esta razón se justifica la "extensión" del ordenamiento. Aunque la norma de extensión posee cierta semejanza con las normas de conflicto, se diferencian en que éstas son susceptibles de ser bilateralizadas, lo que no ocurre con las de extensión. Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Comares Granada, 1997, pp. 255 y ss.; José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1995, p. 409; Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado; su recepción judicial*, *op. cit.*, pp. 156 y siguientes.

47 Algunas entidades federativas sustituyen el verbo *reconocer* por el verbo *probar*, de manera que para que se reconozca un estado civil adquirido en el extranjero es necesario probarlo.

del estado civil constituidos en el extranjero, sino que restringe el supuesto a las personas que residan en el D.F. Esta regla del legislador es omisa respecto de los habitantes o residentes en otras entidades federativas o en el extranjero.

Esto, que nos parece un error semántico en el legislador del D.F., provoca otros problemas: *a*) ¿mediante qué medio probatorio podrán demostrar (los que no residen en el D.F., el estado civil adquirido en el extranjero?, *b*) ¿estarán obligados a registrar su estado civil en el D.F.?, *c*) ¿podrán recurrir a cualquier medio de prueba?, etcétera.

El art. 161 del *CCDF* es un tanto reiterativo en cuanto a la obligación de registrar las constancias acreditativas del estado civil adquirido en el extranjero. Pero esta disposición sólo se refiere al *registro de las constancias que acreditan el matrimonio* contraído en el extranjero (tema al que en el próximo capítulo nos referiremos con detalle). Lo que sucede es que mediante este señalamiento el legislador del D.F. pretendió que se revalidaran los supuestos probatorios de los actos del Registro Civil realizados por mexicanos en otros países, lo cual podría ser explicable (aunque no justificable); pero dada su pésima redacción tal disposición incurrió, como lo indicamos, en un error, que se debe más a una época en que el territorialismo jurídico en México era de tal magnitud, que había que refrendar los actos jurídicos celebrados fuera del territorio nacional.

Entre el art. 51, ya transcrito, y el 161, al que acabamos de referirnos, hay diferencias. Resulta que en el primero se alude a la obligación de registrar los actos o constancias acreditantes del estado civil adquiridos en el extranjero por parte de los habitantes del D.F., mientras que la segunda disposición sólo se refiere a uno de los actos del estado civil (el matrimonio), además de que sólo se hace alusión a los realizados por los mexicanos (no solamente los habitantes del D.F.).[48]

El problema con este tipo de disposiciones es que un matrimonio válidamente celebrado en el extranjero y no "validado" o "revalidado" en el D.F. no será reconocido en sus efectos, lo que puede resultar grave para el reconocimiento del cónyuge supérstite o los hijos, en caso de fallecimiento, y los derechos a suceder.

Hasta ahora, México no ha suscrito algún convenio internacional que facilite la prueba y el reconocimiento del estado civil, como el que existe en Europa.[49]

48 Con anterioridad el legislador sólo se refería a los mexicanos que realicen cualquier acto del estado civil en el extranjero. Una reforma del año 2000 varió el art. 51 olvidándose de lo prescrito en el 161, aunque en esa misma fecha derogó el 73, que se refería al registro del acta de nacimiento realizado en el extranjero.

49 La Comisión Internacional del Estado Civil es una organización que se fundó el 25 de septiembre de 1950 en Amsterdam para sustituir a la Asociación Internacional de Oficiales del Estado Civil (Berna, 1926). Sus países miembros son los europeos, entre los que destacan Italia, Francia y España. Se encarga de buscar soluciones a problemas propios del estado civil (legalización de actas, reconocimiento, cambio de nombre, filiación materna, etc.). Procura el conocimiento de datos de identificación de las personas físicas, así como la elaboración de convenios internacionales, como es el caso del reconocimiento de los libros del estado civil. En el fondo, auxilia a la comprobación de la identificación de personas.

Por lo que hace a las leyes de las entidades federativas, la gran mayoría de ellas siguen de cerca las del D.F., aunque con variaciones que cabe tomar en cuenta.

La mayoría se refiere a los actos del estado civil constituidos *fuera de la República mexicana o del país*, aunque otras prefieren señalar los realizados *fuera del estado* (de la entidad federativa). Unas cuantas leyes aluden a la ley que se aplicó al acto, refiriéndose a la del otorgamiento (Querétaro, Tlaxcala, Tabasco), pero sólo una prefiere no regular la prueba y remite a lo que prescriban las leyes federales (Puebla).

No todas esas leyes asientan el verbo *establecer*, como la del D.F., sino *acreditar o probar* el estado civil, lo que parece más correcto.

Aunque la mayor parte de los códigos se refiere al estado civil constituido por los *mexicanos en el extranjero*, atendiendo así a un criterio de nacionalidad de las personas, otros han preferido referirse a un criterio regional (campechanos, coahuilenses, michoacanos, poblanos, queretanos, veracruzanos, habitantes del D.F.) y, los menos, no hacen señalamiento alguno a nacionalidad o región. En el último caso el acto sólo está referido al realizado en el extranjero y no a los sujetos que lo realizan.

Algunas entidades federativas exigen el registro de los actos o constancias extranjeros, como en el caso de la ley del D.F., lo que no ocurre en dos de las entidades federativas (Tlaxcala y Tabasco). La mayoría exige que la revalidación y el registro se realicen en su estado o entidad, aunque a otras les basta que se registre en cualquier otra entidad federativa mexicana.[50]

Por último, y al lado de los actos realizados por los extranjeros, cabe agregar que dentro de las reglas generales del estado civil todo juez u oficial del Registro Civil tiene la obligación de informar a la Secretaría de Gobernación cualquier cambio del estado civil de los extranjeros (art. 72, *LGP*).

50 Para un estudio más específico del registro véase Jorge Alberto Silva, "El registro de los actos acreditativos del estado civil adquirido en el extranjero: algunas notas de la regulación mexicana", en *Alegatos*, núm. 55, 2003, Universidad Autónoma Metropolitana, México.

5 Esponsales, matrimonio y concubinato

5.1. Introducción

En las relaciones de familia la más importante es la matrimonial, sin olvidar instituciones semejantes como el concubinato. Abordaremos estas instituciones, no sin antes mencionar que se trata de supuestos fáctico-normativos que ofrecen problemas al operador jurídico mexicano debido a la carencia de normas uniformes y de derecho convencional internacional. Además, la falta de este tipo de normas da lugar a que dichas instituciones se regulen en México principalmente por *normas de conflicto*, seguidas de algunas materiales y otras imperativas.

5.2. Esponsales

El compromiso matrimonial en su modalidad de esponsales se define en varias leyes mexicanas como la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada. Esta promesa fue acogida desde el derecho canónico, conforme al cual los futuros cónyuges se comprometían a celebrar las nupcias. A partir del convenio se convertían en esposos, aunque no en cónyuges. Hoy en día es una institución prácticamente en desuso. En el derecho mexicano el incumplimiento puede reclamarse en pago por los daños sufridos.

En algunas sociedades primitivas todavía existen padres que alientan el compromiso matrimonial de sus hijos, a tal grado que desde niños se ven comprometidos a contraer matrimonio al llegar a cierta edad. Sin embargo, la Convención de la ONU de 1962, sobre el Consentimiento para el Matrimonio,[1] reprueba tales prácticas y recomienda que cada país signatario establezca en sus leyes internas las penas que sean necesarias para evitarlas. El art. 1o. de la citada convención sólo reconoce el matrimonio en el que concurra primariamente el consentimiento de cada contrayente (no el de sus padres).

1 DO del 25 de octubre de 1979.

Hay dificultades en la *calificación* de los esponsales. El problema consiste en resolver si es una institución que encuadra en el *estado civil* de las personas, en un *contrato* o *convenio* o en algún otro supuesto normativo. Esto es, ¿a los esponsales se les califica como parte del *derecho de familia* (matrimonio) o como parte del *derecho de las obligaciones* (convenio)? O ¿hay algún otro supuesto en el que califiquen?

Los esponsales, o *desposorios* como les llama la ley colombiana,[2] son un acuerdo previo al matrimonio, cuando aún no se forma la familia y ni siquiera dan la certeza de que el matrimonio se realice. De ahí que en México no pueda considerárseles como un acto propio del derecho de la familia.

Se trata de un pacto o convenio, no un acto del estado civil. Acorde con ese pacto, los compromitentes fijan una fecha para la celebración del acto matrimonial (cuando menos la fecha es cierta); a la vez, establecen una cláusula penal para el caso de incumplimiento (aunque no es necesaria).

En otros lugares se rechaza la calificación contractual, como existe en México, para sostener que se trata de una responsabilidad no contractual (así ocurre en Francia y España).

En las relaciones de tráfico jurídico internacional los esponsales pueden dar lugar a problemas que es necesario resolver. Por ejemplo, desde el extranjero el novio le promete a su novia, que reside en México, casarse. Si la promesa es aceptada, ¿cuál es el orden jurídico que los rige?, ¿si el compromiso se celebra en el extranjero por ambas partes, podrá reconocerse en México?, ¿qué hacer cuando en el extranjero quienes pactan el convenio son los padres y no los novios?, ¿podremos reconocer este acuerdo?

En *cuanto a los sujetos,* puede darse el caso (remoto, por cierto, pero que sirve de ejemplo) de una pareja que pacta los esponsales en un país extranjero y desea que se les reconozca en México. No habría problema en aceptarlos, pues las leyes de varias entidades federativas mexicanas contemplan esa institución. Sin embargo, si el régimen de esponsales que se celebró fuera del país y el derecho extranjero prescriben que sean los padres y no los contrayentes quienes únicamente autoricen la celebración, esto no será aceptado en México por ir en contra del orden público internacional mexicano, que prescribe que ese compromiso sólo puede ser convenido por los futuros contrayentes.

Explicaremos ahora la ley aplicable a otros supuestos fácticos normativos, como la forma, el *cumplimiento de la promesa* y el *pago de los daños* debido al incumplimiento de la misma.

La *forma* en que se pactan los esponsales se regula en la ley del lugar donde fue celebrado el compromiso. Las diversas formas que pueden asumir los esponsales (verbal, escritura pública, etc.) se acogen conforme a la *lex formam actum.*

Volviendo a la ley del D.F. y la de algunas entidades federativas que no regulan los esponsales, cabe indicar que a pesar de la abstención a regularlos, no debe pasar

2 Artículo 110 del *Código Civil* de Colombia.

inadvertido que en otros lugares o estados sí se les regula, lo que podría plantear un problema conflictual entre el orden jurídico que los acoge y la ley del D.F., que parece ignorarlos. Cerrar los ojos a una institución no debe significar que los problemas que pueda generar no se presentarán y que no tengan que resolverse.

Respecto al *cumplimiento del compromiso matrimonial* pactado, conviene tomar en cuenta la posibilidad de que los esponsales extranjeros *obliguen a contraer matrimonio*, especialmente en los casos en que la novia ya se encuentra embarazada, así como la posibilidad de pagar los daños causados.

En cuanto a la *obligación de contraer matrimonio*, si la ley sustantiva que rige a éste lo obliga a casarse, debe hacerlo; si no lo obliga, como en el caso de la ley mexicana, no está obligado a casarse. En este caso, el operador jurídico mexicano se encuentra ante la disyuntiva de *reconocerle efectos al convenio* pactado en el extranjero o de *rechazar su reconocimiento* al amparo de la ley sustantiva mexicana, que internamente no obliga a los consortes a contraer nupcias. La autoridad mexicana resolverá el caso sobre la base de la *lex fori*, por lo que no cabe obligar a nadie a contraer nupcias debido a que se vulneraría el orden público, ya que en el momento del acto faltaría la voluntad del que se resiste.

Con relación a la obligación de pagar daños por incumplimiento, encontramos otro problema. Supongamos que en Nicaragua, Honduras, Colombia o Uruguay una pareja pacta los esponsales y fija como sanción penal, a título de daños, una cantidad específica. La ley de Nicaragua prescribe que "los esponsales no producen obligación alguna ante la ley civil" (art. 92, CC);[3] no obstante, uno de los contrayentes demanda en México el pago de daños (si había pactado que en México se celebraría el matrimonio). En este caso el juez deberá aplicar el art. 13, fracc. V, del CCDF (o la de las entidades federativas que lo siguen), que determina la ley aplicable, que es la *ley del lugar donde el contrato ha de producir efectos*. Si por disposición de la norma de conflicto mexicana resulta aplicable la ley sustantiva nicaragüense o la hondureña, el juez mexicano se verá ante la imposibilidad de pronunciar una condena por daños.

5.3. Matrimonio

Históricamente el matrimonio ha sido el núcleo central del derecho de familia y, en buena medida, éste se ha construido alrededor de aquél, primero el matrimonio del derecho romano y más tarde el matrimonio canónico cristiano. La Iglesia tuvo a lo largo de la historia un papel preponderante y fue la que fijó las reglas de esta institución.

3 La ley de Honduras prescribe (art. 94 del CC): "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado."

Luis XVI introdujo en 1787 el matrimonio civil en Francia, pero este tipo de contrato sólo se limitó a los protestantes. Unos años después, con motivo de la Revolución francesa se estructuró como un *contrato civil*, el cual se podía concluir dando por disuelto el vínculo matrimonial. De ahí en adelante, tras diversos vaivenes legislativos la secularización del matrimonio se suprimía o se hacía resurgir,[4] generalizándose durante el siglo XX en la mayoría de los países, y sólo en algunos Estados se mantuvo el reconocimiento del matrimonio religioso. Sin embargo, en estos últimos casos se debió a que esos Estados celebraron un Concordato con el Vaticano para conservar dentro de su legislación al matrimonio religioso como jurídicamente válido y al lado de esta institución han conservado el matrimonio civil, como es el caso, entre otros, de España y Colombia.

En el mundo islámico existe mayor predominio del matrimonio religioso y son pocos los países que tienen paralelamente la institución del matrimonio civil como en Occidente.

En México, durante la Colonia el único tipo de matrimonio existente y reconocido fue el sancionado por la Iglesia católica. No había duda de que se trataba de un *sacramento*:[5] el Estado no intervenía en la celebración del acto y la Iglesia llevaba los registros correspondientes. La Guerra de Independencia, a principios del siglo XIX, no cambió el estado de cosas. Las *Leyes de Reforma* a mediados del siglo XIX secularizaron el matrimonio y se introdujo el Registro Civil.[6] El Estado le quitó a la Iglesia estas facultades y desconoció no sólo los actos que realizaba, sino también a la Iglesia misma.[7]

A partir de entonces se introdujo el matrimonio civil, controlado y sancionado por el Estado en forma exclusiva. El Estado mexicano no prohíbe que en su territorio se celebren matrimonios religiosos, pero a éstos se les han negado efectos jurídicos, ya que, como mencionamos, en el derecho interno mexicano (el de todas las entidades federativas) los únicos que se reconocen son los del denominado *matrimonio civil*.[8]

En general, en las leyes mexicanas se establece que los objetivos del matrimonio son la procreación de la especie y la asistencia mutua entre los cónyuges y

4 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, "Celebración del matrimonio", en *Lecciones de Derecho Civil*, p. 88.

5 La calificación del matrimonio como sacramento sobrevino después de San Agustín. James A. Brundage, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la época medieval*, *op. cit.*, p. 107. Hasta entonces se le había estimado como un contrato.

6 Ley sobre matrimonio del 23 de julio de 1859.

7 En realidad, era la Iglesia la que llevaba un registro de nacimientos, matrimonios y fallecimientos. El reconocimiento de la Iglesia como persona se dio a partir de 1993, pero no a la facultad para celebrar un matrimonio.

8 No ocurre lo mismo en otros países donde el Estado (España, por ejemplo) ha celebrado convenios con diversas agrupaciones (judías o evangélicas) para que puedan celebrar sus propios matrimonios religiosos.

aunque algunos códigos ya no aluden al primer objetivo, es evidente que sólo se acepta el matrimonio entre personas de diverso sexo y esto es parte de su orden público.[9]

Fuentes jurídicas internas e internacionales

De lo expuesto podrá advertirse que las relaciones de tráfico jurídico internacional concernientes al matrimonio se encuentran reguladas en la ley interna (principalmente en el *Código Civil* de cada entidad federativa, el CCDF y complementariamente otras leyes, como la *Ley de Nacionalidad,* la *Ley de Población* y otras), así como en algunos tratados o convenciones internacionales, entre los que vale destacar los siguientes:

a) La Convención Bilateral Celebrada con Francia sobre Contrato de Matrimonio, del 3 de junio de 1908 (DO del 17 de enero de 1910).

b) La Convención Bilateral suscrita con Italia para Regularizar la Situación de sus Nacionales que hayan Celebrado o Celebren en lo Futuro Contrato de Matrimonio ante Agentes Diplomáticos o Consulares, del 6 de diciembre de 1910 (DO del 5 de junio de 1911).

c) La Convención de la ONU sobre Nacionalidad de la Mujer Casada, del 20 de febrero de 1957 (DO del 25 de octubre de 1979).

d) La Convención de Naciones Unidas sobre Consentimiento para el Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro, que fue abierta a la firma el 10 de diciembre de 1962 (DO del 19 de abril de 1983).

No se trata de los únicos convenios internacionales que hacen referencia al matrimonio, pues hay otros, por ejemplo, la mayoría de los convenios consulares, que facultan a los cónsules para sancionar los actos del estado civil, o la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (art. 16), que reconoce el derecho de hombres y mujeres, en edad núbil, a casarse, sin el obstáculo de raza, nacionalidad o religión; incluso, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que calificando al matrimonio como un derecho humano, exige el libre consentimiento de los contrayentes (art. 23.2).

A las leyes internas (locales y federales) y los tratados debe agregarse la jurisprudencia, que ha sostenido diversos criterios, específicamente sobre régimen patrimonial del matrimonio (que expondremos en el próximo capítulo), así como otros criterios como el caso de que ha dejado de exigir el registro de matrimonio contraído en el extranjero por lo que hace a los efectos puramente personales.

9 De esta forma se continúa respondiendo a la tradición, que ya desde las *Institutas* de Justiniano se establecía al afirmar que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer para vivir juntos de por vida.

Calificación del matrimonio

En la doctrina se conocen varias calificaciones del matrimonio. Se le ha acogido como contrato, sacramento, institución, acto *sui generis,* etc. Los derechos internos de cada país también han propiciado estas divergencias. Por ejemplo, mientras el matrimonio en Colombia podría ser un *sacramento*, es además un *acto jurídico*. A su vez, en Estados Unidos de América al matrimonio se le ha matizado con un fuerte sabor contractualista.

Pascual Fiore explica que entre los antiguos musulmanes la mujer se apreciaba como una cosa que el marido compraba, por lo que el matrimonio era un *contrato de compraventa*.[10] Una calificación contractualista, aunque desde otra perspectiva, se advertía en México hasta hace poco tiempo (1993), pues la *Constitución* federal (art. 130) prescribía: "el matrimonio es un *contrato civil*. Éste y los demás actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyen".[11]

Los arts. 120 de la *Constitución* del estado de Morelos y 149 de la *Constitución* de Oaxaca tienen una redacción semejante y hasta ahora continúan afirmando que se trata de un contrato.[12]

Como se advierte, en México aún subsisten algunos textos jurídicos que califican al matrimonio como un contrato, al cual se le exige que sea inscrito en el Registro Civil. La calificación del matrimonio como contrato aún se encuentra en las leyes secundarias como en el caso del CCDF y el de varias entidades federativas.

A esta calificación contractual las decisiones judiciales se han encargado de darle un sentido diferente. Así, durante la vigencia del citado art. 130 constitucional le correspondió a la SCJN calificar como contrato al matrimonio si se había contraído en México, pero no cuando se había celebrado en el extranjero. Aunque en la sentencia no se habló de calificaciones, se recurrió a una calificación *lex causae* y se reconoció

10 Pascual Fiore, *Derecho internacional privado o principios para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones en materia de derecho civil y comercial*, t. II, Talleres la Ciencia Jurídica, México, 1898, p. 118.

11 Antecedente de esta disposición fue el art. 1o. de la *Ley de Matrimonio Civil* de 1859. La citada disposición prescribía que "el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil". Esta disposición se reiteró en la *Ley Reglamentaria del Artículo 130 Constitucional* y luego fue abrogada en 1992 por la *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*. En la actualidad, la *Constitución* omite la calificación contractual.

12 "El matrimonio y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan."

"El matrimonio es un *contrato civil*. El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro. El matrimonio y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los servidores públicos y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan."

un matrimonio religioso contraído en España como un verdadero matrimonio.[13] Lo que hizo la SCJN fue reconocer el matrimonio extranjero sin examinarlo como un contrato.

La denominación del matrimonio como contrato cuando es contraído en el interior del territorio mexicano no deriva de la antigua redacción del texto constitucional. Se trata de una expresión jurídica empleada por los constituyentes para calificar al matrimonio como un contrato, y así evitar calificarlo como un sacramento, que era la connotación que tenía desde siglos atrás. Los legisladores no encontraron otra palabra más apropiada para deslindar a este acto del *sacramento religioso.* Sin embargo, su naturaleza jurídica no coincide con la de un contrato en términos estrictos. Así, Francisco J. Zavala estimó que a pesar de la redacción del texto constitucional no se trataba realmente de un simple contrato debido a la trascendencia que implicaba.[14]

Aunque en la actualidad la expresión lingüística que establecía el art. 130 constitucional fue derogada, no existe en su normatividad una aclaración acerca de la calificación que merece la institución del matrimonio, aunque sí podemos encontrarla en su doctrina civilista. Los textos constitucionales de algunas entidades federativas sobreviven con este fraseo ("es un contrato"), así como varios códigos civiles.[15]

La calificación como contrato es contradicha por la doctrina y por las decisiones judiciales. Éstas se refieren a que no se trata exactamente de un *contrato*, sino de un *acto del estado civil*.

La doctrina extranjera se refiere al matrimonio como un acto del estado civil. El legislador mexicano en cierta forma le da el mismo tratamiento, pues lo coloca en el libro primero y no en el relacionado con los contratos; de igual modo, obliga a que se inscriba en el Registro Civil. Esta calificación es la correcta: el matrimonio es un acto del estado civil y como tal debe ser tratado.

Si examinamos con cuidado la regulación matrimonial llegaremos a la conclusión de que el acto constitutivo del matrimonio tiene elementos de un contrato (acuerdo entre las partes y un objeto); sin embargo, se trata de un acuerdo complejo en el que concurre otro tipo de cuestiones de fondo: la asistencia mutua, la fidelidad, la procreación de la especie, en fin, un acuerdo por el cual dos personas deciden constituir una vida en común: la familia, como célula fundamental de la sociedad. Va más allá del crear y transferir derechos y obligaciones, pues crea un nuevo estado

13 *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Sexta Época, vol. CXXVIII, p. 39, AD 5649/67, Juan Gari Pallares y coag., 14 de febrero de 1968, cinco votos. Ponente: Mariano Azuela. La tesis puede verse en Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional privado: su recepción judicial, op. cit.*, tesis 188, p. 582. En esta resolución, el tribunal redujo la función de las normas del DIPr a la simple *delimitación espacial de las normas internas* y, por tanto, les dio un carácter de reglas de conflicto unilaterales.

14 Francisco J. Zavala, *Elementos de Derecho internacional privado o conflictos de derecho civil, comercial, de procedimientos y penal entre las legislaciones de diversos países*, Tipografía de Aguilar, México, 1903, p. 110.

15 Por ejemplo, el capítulo IV del título quinto del libro primero del *Código Civil* se titula "Del contrato de matrimonio con relación a los bienes".

civil. Además, el matrimonio no se reduce a la celebración del acto, sino a toda la vida en común que se produce a partir de ese momento, que en la mayoría de los casos llega hasta la muerte de alguno de sus cónyuges. Nuestra herencia cultural romanista lo encuadra como un acto del estado civil. Ésta es la calificación, al menos para el derecho internacional privado mexicano.

Órgano del gobierno mexicano competente para celebrar el matrimonio

Desde la segunda mitad del siglo XIX en México, con las *Leyes de Reforma* el matrimonio pasó a ser de la exclusiva competencia del Estado, para lo cual se creó el Registro Civil. Desde entonces, se le ha negado efectos o reconocimiento al matrimonio celebrado en México por la Iglesia.[16]

Una práctica común seguida por los mexicanos es casarse dos veces: una por lo civil y otra por su rito religioso. Como primero se casan por lo civil (el único matrimonio que produce reconocimiento como tal) y luego por la Iglesia, generalmente es a partir de este último matrimonio cuando comienzan a cohabitar. Esto ha dado lugar a matrimonios sin domicilio o que incluso no se consuman.

Durante gran parte del siglo XX el matrimonio civil se celebraba sin tomar en cuenta que fuesen nacionales o extranjeros los contrayentes. La autoridad competente era el Registro Civil de cada entidad federativa. No obstante, desde 1971 se establecieron reglas que delimitan la competencia interna y que trascienden a la competencia internacional, afectándose con ello el matrimonio de las personas de nacionalidad extranjera.

Hasta 1971 era posible que cualquier persona, de cualquier nacionalidad, domicilio o residencia, contrajera nupcias en México, pero una reforma a las leyes federales cambió esa práctica. Aunque la razón principal que motivó las reformas y adiciones a la ley interna fue terminar con el abuso de divorcios de extranjeros en México, conocidos en la época como *divorcios al vapor*,[17] el efecto también se extendió a la regulación del matrimonio de extranjeros en México, incluido su divorcio y nulidad de matrimonio. Se modificó la entonces vigente *Ley de Nacionalidad y Naturalización*, así como la *Ley General de Población*. Conforme a estos cuerpos legales y las leyes que les han sucedido hasta ahora, se introdujeron limitantes en la competencia de los órganos de gobierno mexicano para la celebración de matrimonios de extranjeros.

La modificación consistió en introducir como conexión la *nacionalidad de los contrayentes* acumulativamente con la del domicilio para determinar la posibilidad o

16 En otros lugares la separación Iglesia-Estado no produjo el desconocimiento de la primera ni de los actos que realizaba. Por razones políticas e históricas la Iglesia y sus actos fueron desconocidos a manera de sanción debido al triunfo de los liberales sobre los conservadores, que en gran medida fueron apoyados por la Iglesia.

17 Véase el capítulo 7.

no de celebrar su matrimonio en México. Al mismo tiempo, y más allá de sus atribuciones, el legislador federalizó la regulación del matrimonio de extranjeros. Hay dos reglas vigentes en la materia:

a) La regla general, mediante la cual sólo las autoridades federales mexicanas (la Secretaría de Gobernación) pueden autorizar el matrimonio de extranjeros, siempre que estén domiciliados en México.

b) La regla específica o regla de excepción, que consiste en que dichas autoridades, en ciertas circunstancias, pueden permitir contraer matrimonio a los extranjeros con autorización especial (de la Secretaría de Gobernación), sin exigir un domicilio especial en México.[18]

Adviértase que la ley federal restringe su competencia a las autoridades de las entidades federativas para celebrar el matrimonio y no sólo es un requisito para ingresar en el país como el gobierno federal lo ha dicho. Al respecto, la Secretaría de Gobernación sólo autoriza al extranjero para celebrar su matrimonio siempre que su domicilio se encuentre en México, salvo casos excepcionales. En realidad, ni la Secretaría de Gobernación ni la ley federal tienen facultades constitucionales para establecer reglas sobre el domicilio ni para autorizar actos del estado civil o para condicionar su celebración, pero en la práctica éstas son las leyes que rigen ese tipo de actos.

Si las autoridades del Registro Civil de cualquier entidad federativa no se ajustan a las reglas de fuente federal pueden ser sancionadas con base en los arts. 68, 69 y 139 de la *Ley General de Población*. Desde luego, el incumplimiento de tales reglas *no afecta la validez de un matrimonio* celebrado a partir de la violación de las mismas, ya que, al ser de naturaleza administrativa la sanción (multa, suspensión del cargo para la autoridad que haya realizado el acto sin autorización), en nada afectan a la validez del acto matrimonial.

A raíz de las nuevas reglas federales, en 1971 algunas entidades federativas modificaron sus leyes para remitir a la ley federal todo lo relativo al estado civil de las personas de nacionalidad extranjera. Otras, como la de Querétaro, establecen requisitos especiales para celebrar el matrimonio.[19]

En el fondo, se advierte una restricción para autorizar el matrimonio de extranjeros y no una regla que indique que el órgano competente sólo es el del lugar del

18 Estas reglas han sido llevadas a algunas entidades federativas, cuyos legisladores, inexplicablemente, han ampliado la federalización a otros actos jurídicos, como en su oportunidad lo indicaremos.

19 **Artículo 72,** CC de Querétaro: "Tratándose de la celebración de actos del estado civil en que intervengan extranjeros, deberá exigirse:
a) Que acrediten su legal estancia en el país.
b) Si se trata de matrimonios en que intervenga un nacional y un extranjero, deberá exhibirse el permiso expedido por la Secretaría de Gobernación, en que se autorice a la celebración del acto.
c) Si se trata de matrimonios entre extranjeros, los contrayentes deberán acreditar su legal estancia en el país."

domicilio de los contrayentes, y prueba de ello es que algunos mexicanos que residen en el extranjero suelen celebrar su matrimonio en México. Nos parece que la ley secundaria debería ajustarse a los textos constitucionales y convenios internacionales al referirse a los requisitos (*favor matrimonii*), pues de otra manera, tal como está, pugna con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (art. 16), que reconoce el derecho al matrimonio de hombres y mujeres, sin importar su nacionalidad.[20]

El art. 97 del CCDF prescribe que el órgano competente para celebrar el matrimonio es el del *domicilio de los contrayentes o, al menos, el de uno de ellos*. Esto significa que ninguna autoridad o jurisdicción podrá autorizar el matrimonio de personas ajenas al domicilio.

A pesar de esta regla, las autoridades han sido tolerantes y celebran el matrimonio aun cuando no se les compruebe el domicilio. El único caso de excepción ha sido, como lo hemos explicado, el caso en que uno o ambos contrayentes sea extranjero.

Al lado de la hipótesis prevista en el CCDF existen otros convenios que otorgan competencia a los cónsules (como el francés y el italiano acreditados en México, así como el mexicano acreditado en Francia o Italia) para celebrar matrimonios. A estos actos se les denomina *matrimonios consulares*, y a ellos nos referiremos más adelante.

Respecto al reconocimiento de la competencia asumida en el extranjero, para efecto de la validez del matrimonio, son las reglas internas de cada país las que determinan la *competencia de sus órganos* para la celebración del matrimonio, *siempre que se ajusten a las reglas de competencia reconocidas en la esfera internacional*. En Perú es competente, por ejemplo, el *alcalde*, quien a su vez puede delegar en el párroco la facultad para celebrar el acto. En las comunidades campesinas peruanas el matrimonio también puede llevarlo a cabo un comité especial formado por autoridades educativas.[21] Lo anterior significa que en México podrán ser reconocidos esos matrimonios aun cuando se hubiesen celebrado ante un órgano diferente del que el derecho mexicano establece como competente para ese fin, ya que no se advierte que vulneren alguna regla de competencia internacional.

Volviendo al matrimonio de las personas de nacionalidad extranjera, cabe reiterar que la exigencia de que cuenten con un domicilio en México está referida a un domicilio legal y no fáctico. Esto es, que aun cuando de hecho estén domiciliados en México, pero su calidad migratoria no les permita residir, las autoridades mexicanas

20 La *Ley de Derecho Internacional Privado* italiana (art. 32), con mayor inteligencia, declara competentes a sus autoridades, no sólo cuando sean italianos los que se van a casar o cuando uno de ellos lo sea, sino también cuando el matrimonio se hubiera celebrado en Italia, pero sin excluir a los extranjeros. La ley suiza, un tanto similar, reconoce competencia a sus autoridades cuando se trata de un suizo o está domiciliado en Suiza y si se trata de otras personas, también se le autorizará su matrimonio cuando en el país del domicilio o de la nacionalidad del contrayente lo pueda reconocer (art. 43.1), con lo que asegura la validez extraterritorial. En EUA ocurre algo semejante pues los mexicanos, aun cuando carezcan de documentos migratorios, podrán ser autorizados para celebrar su matrimonio.

21 Artículos 260 y 262 del *Código Civil*.

estarán impedidas para celebrar el matrimonio. Este proceder contrasta con lo que ocurre en EUA y otros países, donde sólo basta el domicilio fáctico (residencia habitual), sin que se les exija acreditar su calidad migratoria.

Esta regla mexicana para autorizar la celebración de matrimonios de ciudadanos extranjeros ha resultado, en nuestro tiempo, demasiado estrecha, sobre todo en una época de apertura; pero, lo que resulta peor, es contraria a diversos tratados sobre derechos humanos. En España, por ejemplo, se ha resuelto que el derecho a celebrar el matrimonio en ese país ni siquiera puede ser coartado por una disposición de normas administrativas, pues contrarían diversos derechos humanos. De esta manera, son indiferentes las disposiciones administrativas que aluden a la situación legal o ilegal del extranjero o en las que exista alguna disposición que ordene la expulsión del territorio español, en las cuales aún es posible la celebración del matrimonio.[22]

La SCJN en abril de 2004 por mayoría de votos volvió a reiterar que el matrimonio de extranjeros sólo es posible mediante la autorización expresa de la Secretaría de Gobernación. Uno de los ministros expuso que es válido el trato diferente entre mexicanos y extranjeros dadas las políticas migratorias selectivas y restrictivas que propone la ley. En el debate habido se alegó que "muchos extranjeros ven la posibilidad de adquirir la nacionalidad mexicana para estar en mejor posición de pasar al vecino país". En sentido contrario votó el ministro José de Jesús Gudiño Pelayo, quien sostuvo que "*la autorización de Gobernación constituye un menoscabo a los derechos de nacionales y extranjeros para celebrar un acto personal*, y por ello, es inconstitucional".[23]

En nuestra opinión, el criterio correcto debió haber sido el del ministro Gudiño Pelayo y no el de la mayoría, que mediante una interpretación errónea demostró un exacerbado territorialismo. Como en otro apartado de este libro lo hemos dicho, el simple hecho de establecer condiciones especiales al extranjero para casarse en México lo coloca en un plano diferente del mexicano, lo que vulnera el artículo primero constitucional, que establece el principio de igualdad.[24]

La norma de competencia para celebrar el matrimonio se vincula al domicilio de, por lo menos, uno de los contrayentes, pero no es una norma de competencia exclusiva. Esto da la posibilidad de reconocer matrimonios celebrados conforme a las leyes extranjeras y celebrados fuera de México.

22 Elisa Pérez Vera (comp.), *Derecho internacional privado*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, vol. II, p. 106.

23 AR 543/2003, José Luis Quiroz Mateos y otra, contra actos del Congreso de la Unión y de otras autoridades, consistentes en la expedición y aplicación de los arts. 67 y 68 de la *Ley General de Población*, contenidos en el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 7 de enero de 1974.

24 En el capítulo 7, al examinar el divorcio, enfatizaremos en la inconstitucionalidad del texto federal. Un desarrollo sobre el tema puede verse en Jorge Alberto Silva, "Los extranjeros frente al proceso jurisdiccional en México", en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, 1984.

Ley aplicable al matrimonio

Aceptada la calificación de la institución matrimonial como un acto del estado civil, la ley aplicable a su validez es la *ley reguladora del estado civil*, no la de su celebración, como lo afirmó Enrique Estrada Aceves.[25] La ley del lugar de celebración parece atractiva, pero su adopción puede dar lugar a que la pareja evada la ley que le es naturalmente aplicable a su estatuto. En cambio, si se trata de la ley reguladora del estado civil, por lo general se apega más a la cultura que le es propia a la persona o, al menos, al ambiente y sociedad en donde se encuentra. Se trata de una ley personal que, aunque aplicable al matrimonio, conlleva algunas excepciones, como en el caso de la regulación de la forma y la capacidad para celebrar el matrimonio.

En la mayoría de los países la ley reguladora del estado civil se vincula con la del lugar del domicilio o residencia habitual. Así ocurre en algunas de las leyes de las entidades federativas. No obstante, en Italia, en su nueva ley (art. 29) la conexión se vincula con el lugar en donde están localizadas las relaciones personales de los cónyuges (la ley del Estado en el cual la vida conyugal se localiza de manera preponderante). Como explica Tito Ballarino, se trata de una conexión diferente de la domiciliar, aunque pueda coincidir.[26]

A reserva de lo que explicaremos más adelante, en la validez del acto matrimonial es necesario examinar algunos aspectos tales como los impedimentos, la autorización paterna, el consentimiento matrimonial, los requisitos de edad, etcétera.

Primero presentamos los problemas atinentes a la forma y a la capacidad. Más adelante nos referiremos a las relaciones entre los cónyuges.

Forma de celebrar el matrimonio

Debe diferenciarse la *forma* del *fondo* del matrimonio. La primera se relaciona con la apariencia o elementos externos del acto y sus solemnidades (en caso de ser requeridos), así como con los datos que le dan autenticidad para concederse y autorizarse. El segundo está referido a la esencia misma del matrimonio.

Un aspecto muy importante en la forma del matrimonio es su *publicidad* en el momento de la celebración. Desde la reforma eclesiástica del siglo XI, el matrimonio occidental ha sido público y no secreto,[27] lo que genera dudas respecto a aquellos matrimonios contraídos en secreto o en la soledad, como en el caso de Romeo y

25 Enrique Estrada Aceves, *Derecho internacional privado mexicano*, *op. cit*, p. 177.

26 La ley de DIPR italiana prescribe que "Las relaciones personales entre cónyuges que tienen nacionalidades diferentes, o más de una nacionalidad en común, se rigen por la ley del Estado en el cual la vida conyugal se localiza de manera preponderante." Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato*, *op. cit.*, 1996, p. 404.

27 La Iglesia llegó a permitir estos matrimonios secretos que producían efectos normales de matrimonio y en el derecho canónico se denominaron *matrimonio de conciencia*.

Julieta (en la célebre obra de Shakespeare)[28] o los actuales matrimonios de ventanilla en el estado de Nevada (EUA). En realidad, nadie afirmaría por ahora que un matrimonio privado ofendería el orden público en México. Si esa forma es admitida en el lugar de celebración, en México también se reconocerá.

Como lo explicamos, cuando algunos países acogieron el matrimonio civil se iniciaron los problemas con el matrimonio religioso, que era el más difundido. Así, por ejemplo, cuando una pareja casada religiosamente en Grecia se trasladaba a un país donde el matrimonio era el civil, se cuestionó si la religiosidad era un asunto o cuestión de *forma* o de *fondo*. La calificación en uno u otro supuesto dio lugar al debate y a resoluciones judiciales.[29] Si se le calificaba como cuestión de fondo, la ley aplicable era la ley griega; si se le calificaba como cuestión de forma, la aplicable era la *lex fori*.

En México, al igual que en varios países, al matrimonio religioso se le califica como un *asunto de forma* (celebración de un acto del estado civil). De esta manera, la forma religiosa debe ser respetada cuando en la ley del lugar de la celebración del acto la permita, con lo que se acoge el principio *locus regit actum*.

La regla general de DIPr que prescribe la ley aplicable a la *forma del matrimonio* se localiza en el art. 13, fracc. IV, del CCDF (o el correspondiente de las entidades federativas), que fija la conexión con *la ley del lugar de celebración del acto (locus regit formam)*.

Cabe, no obstante, dejar constancia de que la forma del matrimonio no sólo se rige por la regla *locus regit formam*, que es la regla general, sino por algunas especiales, entre la que destacamos la *lex auctor regit actum* (para el caso de matrimonios consulares) y la *ley del pabellón* (para el caso de matrimonios celebrados a bordo de embarcaciones).

Pocas leyes de las entidades federativas se refieren a la ley aplicable a los actos del estado civil celebrados en el extranjero. De éstas destacan los códigos de Veracruz (art. 675), Quintana Roo (art. 66) y Tlaxcala (art. 577), que prescriben que "para establecer el estado civil de las personas que no residan en el Estado, bastará que las constancias presentadas *estén conformes con las leyes del país* [...] *en que se haya verificado el acto* a que se refieren". Se trata, como se advierte, de la admisión de la ley del país donde se constituyó el acto.

Los tribunales de amparo han acogido el principio *locus regit actum* en diversas sentencias, e incluso durante la época de gran territorialismo.[30] Esta regla, por otro lado, es la que ha aceptado la mayor parte de los Estados de la comunidad internacional, no así en los casos en que ciertos funcionarios consulares están autorizados

28 El *Fuero de Cáceres* conocía como matrimonio *a yuras* al enlace matrimonial que se hacía en secreto

29 Véase el caso del Sr. Caraslanis, Leonel Pereznieto Castro, *Derecho internacional privado. Parte general*, *op. cit.* En este caso se hizo patente que para Grecia el matrimonio religioso era un asunto o cuestión de capacidad y por tanto de fondo, mientras que para Francia lo era de forma.

30 *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Sexta Época, vol. CXXVIII, p. 39, AD 5649/67, Juan Gari Pallares y coag., 14 de febrero de 1968, cinco votos; ponente: Mariano Azuela.

para celebrar el matrimonio. En esta última situación se acude, como lo indicamos, al principio o regla especial *auctor regit formam actus* (la forma del acto se rige por el autor, esto es, por la ley que rige al funcionario que autoriza esa forma) o a la *ley del pabellón* (cuando el matrimonio se celebró a bordo de una embarcación).

Alberto G. Arce afirmó que los matrimonios eclesiásticos contraídos en el extranjero no eran susceptibles de registrarse en México[31] porque, según él, si se reconocían, se vulneraba el orden público mexicano. Nosotros disentimos de este argumento, ya que si esas nupcias se contrajeron de conformidad con las leyes del lugar donde son permitidas, su validez resulta indiscutible. La mera forma religiosa de un acto no vulnera el orden público, siempre que se trate de un matrimonio como lo acepta el derecho mexicano hasta ahora: entre un hombre y una mujer, con el objeto de procrear a la especie, guardarse fidelidad y brindarse asistencia mutua.

En sentido parecido se pronunciaron en su momento Enrique Estrada Aceves y José Luis Siqueiros. Para este último se deben advertir dos tipos de formalidades: las extrínsecas, sobre las que privaría el *locus regit actum*, y las intrínsecas. Es en esta última —explica Siqueiros— en la que califica el matrimonio religioso, pues intervienen elementos de fondo, pero no nos explica cuáles son.[32]

Capacidad para contraer matrimonio

La ley aplicable al matrimonio es la que rige al estado civil y a la capacidad para contraerlo, aunque a veces coinciden. Prácticamente en todos los sistemas jurídicos se establecen requisitos para contraer matrimonio; el principal consiste en la *capacidad* de los contrayentes. La ley sustantiva mexicana enumera los casos en que a una persona se le considerará incapaz para casarse. En general se les conoce simplemente como falta de *requisitos para contraer matrimonio* y como *incapacidades*.

En algunos países se establece una remisión específica a la ley aplicable que rige los requisitos para contraer matrimonio. Por ejemplo, como ya lo habíamos mencionado, en Albania[33] se dispone que es la *ley personal de ambos contrayentes*; en Grecia,[34] la ley nacional de cada cónyuge; lo mismo indican las leyes polaca[35] y alemana;[36] en Austria[37] se elige la ley aplicable al estatuto *personal de cada cónyuge*, etc. En otros lugares se prefiere hablar de la capacidad para contraer matrimonio.[38] En

31 Alberto G. Arce, *Derecho Internacional Privado*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1973, p. 162.

32 José Luis Siqueiros, *Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano*, *op. cit.*, p. 69.

33 Artículo 5 de la ley del 21 de noviembre de 1964.

34 Artículo 413.

35 Artículo 13 del *Código Civil*.

36 Artículo 14 de la *Ley sobre el Derecho Internacional Privado*.

37 Artículo 13 de la *Ley de Introducción al Código Civil*.

38 Sección 3, párr. 17, de la *Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado*.

Uruguay, por ejemplo, la ley aplicable respecto de los requisitos es la del *lugar de celebración del matrimonio* en cambio, en Venezuela se recurre a la del domicilio.[39]

En algunos países europeos se puede obtener un "certificado de capacidad matrimonial" que se otorga a sus nacionales. Aparentemente este documento facilita a la autoridad extranjera la celebración del matrimonio, pues ya no tiene que demostrarse el contenido de la ley que rige la capacidad. En varios países europeos se requiere dicho certificado para celebrar el casamiento.[40] El documento de alguna manera podría facilitar la labor de la autoridad mexicana, siempre que el derecho aplicable por la conexión sea el de uno de esos países europeos.

En México no existen disposiciones especiales de DIPr que especifiquen el orden jurídico aplicable a la *capacidad para contraer nupcias y los requisitos para hacerlo*, esto es, no existen disposiciones de DIPr reguladoras de la capacidad específica de obrar. Existe una regla general, que en varios códigos es la del domicilio.

Antes de examinar las condiciones para contraer matrimonio no debe perderse de vista la diferencia entre el matrimonio (un aspecto o cuestión propiamente del estado civil) y la capacidad o los requerimientos personales para contraerlo (que no necesariamente se regulan por las mismas leyes que rigen al estado civil). O sea, una cosa es la *relación o relaciones matrimoniales* y otra la *capacidad* para constituirlas. Atendamos ahora las consideraciones siguientes.

Al hablar de capacidad de obrar o de ejercicio aludimos a los requisitos vinculados a ella que permiten contraer nupcias. Por ejemplo, la ley venezolana establece que "la capacidad para contraer matrimonio y los requisitos de fondo del matrimonio se rigen, para cada uno de los contrayentes, por el derecho de su respectivo domicilio".[41]

Ésta parece ser la mejor respuesta. Si aceptáramos la *ley del lugar de la celebración*, abriríamos la puerta para que cada interesado pudiera casarse donde mejor le conviniera, evadiendo disposiciones de su ley aplicable, lo que debe ser cuidado por el legislador, pues se trata de un acto relevante de la vida. En México la ley es tolerante, pues permite que cada persona se case en el lugar que más le satisfaga o agrade y no precisamente en el lugar del domicilio de uno u otro contrayente. Algunas entidades federativas, para evitar la mera conveniencia, exigen que se tome en cuenta la ley domiciliar.

Hay algunos supuestos fácticos sobre los cuales se discute si califican dentro de la capacidad (el supuesto normativo). Entre éstos se encuentran la edad, el consentimiento, el sexo y la soltería o viudez, supuestos a los que nos referiremos en las próximas líneas.

39 Artículo 2395 del *Código Civil*.

40 *Cfr.* Julio González Campos *et al.*, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, Centro de Estudios Superiores Ramón Carande, Madrid, 1984, pp. 428 y 429. Patricia de Orejudo Prieto, "Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial", en *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, t. 0, Improlex, Madrid, 2000.

41 Artículo 21 de la *Ley de Derecho Internacional Privado*.

Edad

Comenzamos con la *edad de los contrayentes*. Según la regla general de la ley mexicana (y de la mayoría de los códigos de la República), para poder casarse el varón debe tener una edad mínima de 16 años, y la mujer, de 14 años. El señalamiento de esta edad por parte de la ley interna acoge lo prescrito en la Convención de la ONU sobre Edad Mínima para Contraer Matrimonio, que mediante una norma de conflicto remite a la ley de cada Estado para establecer esa edad.

Al llegar a este punto nos encontramos con un problema de calificaciones. ¿La edad necesaria para contraer matrimonio será un problema de capacidad, de estado civil o de forma? Se trata de un *asunto o cuestión de capacidad del acto*. Por ejemplo, un menor de 16 años de edad no podría contraer matrimonio, ya que la ley no lo considera con la madurez ni con las aptitudes para una convivencia matrimonial.

La Convención de la ONU admite que la autoridad competente para celebrar el matrimonio "*dispense*" *ese requisito de edad*, siempre que la dispensa se apoye en una causa justificada y atienda al interés de los contrayentes, dispensa que se regula conforme a la ley que *fija la edad mínima*.

La propia Convención otorga competencia a la autoridad ante la cual se celebra el matrimonio; igualmente, en lo que se refiere a la elección de la ley interna aplicable para determinar la edad mínima.

Consentimiento

El tema del consentimiento para el matrimonio admite, al menos, dos comentarios: el consentimiento concertado por los padres o terceras personas, y los matrimonios por conveniencia o complacencia.

a) Consentimiento concertado por personas diversas de los contrayentes. Los matrimonios concertados por personas diferentes de los contrayentes han sido repudiados por las Naciones Unidas. Ni siquiera es admisible el caso mediante el cual una mujer es prometida o dada en matrimonio por parte de sus padres a cambio de una contrapartida en dinero o en especie.[42]

En México, el matrimonio es un acto *personal y consensual*; la aprobación proviene de los contrayentes y no de otras personas.

Cuando los contrayentes no cuentan con la edad mínima es necesario que otra persona los autorice o habilite, normalmente los padres.[43] En este caso, no es que los padres sean los que consienten, sino más bien *avalan* el consentimiento de los hijos.

42 Artículo 1, b, i, Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud.

43 En la República Dominicana se requiere la autorización de los padres cuando los contrayentes no cuenten con 25 años de edad. En cambio, en México se requieren 18 años.

Lo que en algunas ocasiones designamos como *dispensa del consentimiento para contraer matrimonio* en realidad no es una dispensa (en el sentido de eximir o exceptuar), sino un *respaldo del sujeto que otorga la autorización*. Luego, es otro el sujeto que avala el consentimiento, pero no que se dispense la autorización del padre. Esta manera de avalar el consentimiento es una formalidad habilitante que es admisible por el Convenio de la ONU citado.[44]

b) Matrimonio por conveniencia. Otro aspecto que importa en el consentimiento matrimonial es el relacionado con los matrimonios de complacencia, simulados o por conveniencia. Se trata de los casos en que se celebra un matrimonio, generalmente por un extranjero y un nacional con el único fin de que el extranjero obtenga un permiso de residencia, ingrese en el país, "permanezca con su familia" o aligere la posibilidad de obtener la nacionalidad mexicana.[45]

Como explican los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, no se trata de un problema relacionado con la forma del matrimonio o la simple capacidad, sino con el consentimiento, que es acogido, en primer lugar, en la Convención de la ONU sobre el consentimiento del matrimonio. Explican estos autores que en esas transacciones falta el consentimiento real para contraer nupcias, pues todo gira en torno al negocio que realiza uno, que obtiene dinero o diversos beneficios y, otro, que obtendrá el beneficio que le brinda el matrimonio. No hay, en estas transacciones, una verdadera voluntad o consentimiento para constituir un matrimonio y hacer vida de marido y mujer, ni para formar una familia. El consentimiento no sólo está viciado, sino enfocado a un fin distinto del matrimonio y, por tanto, ilícito. Esto se puede advertir con facilidad cuando se realizan los trámites necesarios para el ingreso, obtención de nacionalidad, etc., e inmediatamente después la pareja inicia el trámite legal de separación. Sin embargo, hay otros casos en que esta componenda o transacción no puede advertirse fácilmente.

De la práctica habida en otros lugares estos matrimonios suelen presentarse entre personas de las cuales una de ellas pretende ingresar en otro país, o bien una persona utiliza al matrimonio para sacar a otra persona de un país.

En parte, esta práctica para traer a extranjeros a nuestro país es minimizada por las leyes mexicanas al prohibir el matrimonio de extranjeros en México y de los matrimonios de extranjeros que en el extranjero otorgan poder para casarse en México.

44 En realidad, se trata de una formalidad habilitante que es calificada dentro de la capacidad. Se trata de una habilitación, una forma de dotar de capacidad. Cuando el padre "da su consentimiento para que su hijo se case", no es que realmente consienta en el matrimonio, sino que habilita a quien tiene una capacidad disminuida o que simplemente no la tiene.

45 Un desarrollo de este tema puede verse en Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, "Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004.

Sexo (unisexual o heterosexual)

A finales del siglo XX algunos países comenzaron a reconocer la unión de personas del mismo sexo "con muchos puntos en común con el matrimonio tradicional",[46] tales fueron los casos especialmente de Holanda e Inglaterra, práctica que se ha extendido a otros países como España. Aunque no todos los Estados han calificado esas uniones como matrimonios (algunos sólo admiten el registro de la unión de pareja),[47] varios se han preocupado por sus consecuencias jurídicas. ¿Hasta qué punto los tribunales mexicanos reconocerán los efectos jurídicos de una unión unisexual (homosexual)?[48]

En algunos lugares a esas uniones se les acepta como *verdaderos matrimonios*, mientras que en otros sólo se les estima o califica como una simple unión contractual de pareja, que es la calificación dominante. En menor medida se les acepta como unión libre (un concubinato de homosexuales).[49]

En los países donde se ha llegado a reconocer la unión de pareja del mismo sexo también se le han reconocido efectos de importancia como el hecho de que los beneficios del bienestar social (seguro social, en México) sean concedidos al compañero que sobrevive, equivalentes a los que se otorgan a la viuda o el viudo, con el fin de compensarlo. Generalmente, en esos países se autorizan uniones de dicha naturaleza cuando ambos contrayentes, o sólo uno, tienen su residencia o nacionalidad en cualquiera de esos países. Para ello ha sido necesario calificar a la unión dentro del estatuto personal.

En varios estados de la Unión Americana se ha estado adicionando en sus constituciones (a partir de 2004) reglas que establecen que el matrimonio sólo es posible entre un hombre y una mujer, como reacción a un acuerdo municipal que por algún tiempo permitió el matrimonio homosexual, como fue el caso, entre otros, de la ciudad de San Francisco.[50] En México, en la *Constitución* de Morelos, así como en la mayoría de las leyes secundarias (códigos civiles) de cada entidad federativa se prescribe que el matrimonio únicamente se forma con un hombre y una mujer.

46 Diego P. Fernández Arroyo, "Nuevos elementos del derecho internacional privado de la familia en Europa", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, abril de 1997, p. 105.

47 Graciela Medina anota que en algunos países se le estima como matrimonio (Suecia, Noruega, Dinamarca, Holanda, etc.), en otros como institución equiparable al concubinato (Aragón), o, simplemente como institución diferente del matrimonio o el concubinato (Cataluña). Graciela Medina, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, p. 99 y siguientes.

48 Utilizamos la palabra *homosexual* en el sentido más amplio para comprender a bisexuales, travestis, gays, transgéneros, homosexuales (en su sentido estricto), lesbianas y transexuales.

49 Diego P. Fernández Arroyo, *ibidem*, p. 106.

50 El presidente municipal de San Francisco (Gavin Newsom) autorizó en febrero de 2004 el matrimonio homosexual, lo que desencadenó una gran cantidad de matrimonios. No obstante, la Corte Suprema de California anuló los matrimonios contraídos al amparo de las licencias que había otorgado el alcalde (poco más de 4 mil), argumentando la ilegalidad del acuerdo.

Frente a la posibilidad de que a un juez mexicano se le planteara el reconocimiento de una unión homosexual extranjera, donde se le pudiera calificar como contrato o parte del estado civil, habría que considerar dos situaciones. Primero, la unión de dos personas del mismo sexo no se encuentra reconocida en las leyes mexicanas, por lo que no cabría una calificación mexicana de esas uniones (*lex fori*) y, además, el juez podría anteponer la excepción del orden público para evitar su reconocimiento. En cambio, lo que sí podría admitir serían algunas consecuencias jurídicas de esa unión homosexual legalmente reconocida por la legislación extranjera, y admitir que la parte supérstite pudiese recibir una pensión o los derechos de sucesión previstos para el cónyuge sobreviviente por el derecho mexicano. Nos encontraríamos en este caso en lo que la doctrina conoce como *efecto atenuado* del orden público; es decir, no se reconoce a la institución extranjera por ser contraria a los valores y la cultura locales (es el caso, por ejemplo, de la poligamia o de las uniones homosexuales), pero en un sentido de justicia se aceptan sus efectos, como el derecho a los alimentos,[51] sobre todo si esa unión hubiera adoptado hijos.

De acuerdo con la ley sustantiva de los países americanos, en Estados Unidos de América (excepto en algunas entidades federativas)[52] y Canadá el matrimonio sólo puede ser contraído entre un hombre y una mujer. Se trata de sistemas jurídicos que no admiten matrimonios homosexuales, aunque *de facto* se toleran esas uniones. Además, los principios que sustentan cada uno de esos sistemas jurídicos juzgan que el núcleo central de la familia es el matrimonio, el cual, según ellos, tiene como finalidad *procrear y preservar la especie humana*, lo que no se logra en las uniones unisexuales.[53] Por añadidura, en estas legislaciones intervienen los valores de la cultura cristiana occidental del matrimonio monogámico y sexual, por lo que en el estado

51 Una rígida aplicación de la excepción que impide la aplicación o el reconocimiento de un orden jurídico extranjero con el argumento de que se vulnera el orden público internacional, suele atenuarse en algunas ocasiones con el fin de moldear la justicia del caso. Podríamos ejemplificar con el caso del matrimonio de un musulmán que, casado con tres mujeres, fallece en México y las tres viudas reclaman la sucesión *mortis causa*. En este caso, una estricta y rígida aplicación del orden público haría que se desconozcan los matrimonios celebrados en segundo y tercer lugares al no haberse disuelto el anterior. No obstante, la excepción se atenúa para alcanzar cierta justicia, reconociendo el derecho de las viudas a suceder, lo que también cabría reconocer si se tratara de un juicio de alimentos dirigido contra el marido.

52 Andreas F. Lowenfeld, *Conflicts of laws: federal state, and international perspectives*, Mathew Bender, Nueva York, 1998, p. 862. Durante 2004 se plantearon en EUA varios problemas en torno de esta unión que, incluso, fueron llevados a referéndum. Tal unión se rechazó en Arkansas, Dakota del Norte, Georgia, Kentucky, Montana, Michigan, Oregón, Misisipi, Ohio, Oklahoma y Utah. Un desarrollo sobre el tema de uniones de pareja y criterios de regulación puede verse en Mónica Sofía Rodríguez *et al.*, "Las uniones de pareja a la luz del derecho internacional privado argentino", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales, op. cit.*, pp. 655 y siguientes.

53 Aunque Edgard Baqueiro y Rosalía Buenrostro agregan que la capacidad para procrear no es indispensable y citan como ejemplo el caso de parejas de edad avanzada. *Derecho de familia y sucesiones*, Oxford University Press, México, 1990, p. 57.

actual del derecho mexicano las uniones homosexuales pueden considerarse contrarias al orden público internacional y, por tanto, no ser reconocidas.[54]

Ejemplo

Dos personas del mismo sexo, ambas residentes en Inglaterra, contraen ahí matrimonio. Según la ley inglesa, el matrimonio es válido. La norma de conflicto mexicana reconoce la validez de los actos conforme a la ley aplicable al estado civil, lo que haría posible pensar en la hipótesis de que en México se reconozca ese matrimonio. No obstante, la autoridad mexicana rechazará su reconocimiento, con el argumento de que hacerlo afecta el orden público interno.

Cabe agregar que según la ley mexicana el elemento sexo (unisexual o bisexual) para contraer matrimonio es *un asunto o cuestión de fondo*, por lo cual la regla de conflicto mexicana nos remite a la ley reguladora del estado civil, no a la de la capacidad (aunque pudieran coincidir). El sexo no es un tema de capacidad ni de forma, sino de fondo. Aún sostenemos que en México la unión de pareja, como en remotas épocas y como ha sido visto y estudiado en la antropología jurídica, es un medio para legalizar ante la sociedad las potenciales relaciones sexuales de la pareja, a grado tal que incluso muchísimas personas lo han estimado como el medio legal idóneo para acrecentar y mantener a la especie. Sin embargo, como en toda evolución social existe la posibilidad de que por respeto a los derechos de las personas, utilidad, conveniencia, etc., el Estado decida aceptar este tipo de uniones, y a partir de ese momento dejaría de afectar el orden público.[55]

54 El argumento que alegan quienes aceptan el matrimonio del mismo sexo parte principalmente de la disposición constitucional que establece la no discriminación. El problema consiste en determinar si el matrimonio tradicional se equipara a lo que es o pueda ser la unión de personas del mismo sexo. Hay quienes están de acuerdo en estas uniones, pero no en que califiquen como matrimonio.

55 En el año 2000 el Partido de la Revolución Democrática (PRD) presentó a la Asamblea Legislativa del D.F. una iniciativa tendiente a legalizar las uniones homosexuales. Por problemas en la iniciativa, ésta fue retirada. Se volvió a presentar en julio de 2002 (*Ley de Sociedad de Convivencia*) pero la propuesta no se aceptó. En varios lugares se ha tratado de introducir estas uniones evitándoles denominar *matrimonio* y procurando que parezca un contrato, aunque no se ha logrado afinar esta última calificación. Y es que los impulsores no sólo pretenden derechos sucesorios, registro de la unión, derechos patrimoniales en común (como si fuera sociedad conyugal), sino también acceso a los servicios del Seguro Social. Si únicamente se tratara de los primeros, cabría la Legislatura local para legislar, pero no sería alcanzable, como simple contrato, para obtener los beneficios del Seguro Social, cuyas reglas competen al gobierno federal. Un punto de vista puede consultarse en María Antonieta Magallón Gómez, "Consideraciones jurídicas sobre la iniciativa de *Ley de Sociedad de Convivencia* del 26 de abril de 2001, que presenta la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, II Legislatura", en *Revista de Derecho Privado*, Nueva Época, año I, núm. 3, sept.-dic. de 2002.

Impedimentos para contraer matrimonio

Los impedimentos para contraer matrimonio son actos, circunstancias o hechos que se consideran *obstáculos legales que imposibilitan celebrar el matrimonio*. Entre esos inconvenientes se encuentra, según el *CCDF*, la falta de capacidad para el matrimonio, la falta de consentimiento, la edad, ciertos grados de parentesco, el adulterio entre los presuntos cónyuges, el atentado contra la vida de uno de los casados, la fuerza o el miedo grave, ciertas enfermedades, el matrimonio previo subsistente, etcétera.

No todos los impedimentos suponen falta de capacidad, pues algunos están referidos a la existencia y validez del acto matrimonial. A la vez, algunos se regulan por reglas generales de DIPr y, otros, por reglas especiales.

En el tratamiento de los impedimentos para contraer matrimonio debemos diferenciar dos hipótesis: *i*) que el matrimonio pretenda contraerse en México, pero el impedimento esté regulado en la ley extranjera, y *ii*) que el matrimonio se haya contraído en el extranjero y se pretenda su reconocimiento en México. En ambos casos, la respuesta del DIPr es diferente.

Comenzamos con el matrimonio que se pretende contraer en México. Algunos de los impedimentos prescritos en las leyes mexicanas pueden coincidir con los establecidos en otros órdenes jurídicos sustantivos, distintos del *Código Civil*, o puede darse el caso de que los previstos en estos regímenes sean diferentes de los contenidos en la legislación civil. En este caso, ¿cuál es el orden jurídico aplicable en cuanto a los *supuestos normativos que impiden contraer matrimonio*?

Las leyes internas mexicanas no prevén una regla específica de DIPr que responda a la interrogante anterior, de manera que es necesario buscar la respuesta en las reglas generales. Para ello, primero debe determinarse si los impedimentos para el matrimonio se califican como *cuestiones de capacidad* de las personas o, bien, como asuntos de fondo (estado civil). Ambos están regulados en algunas entidades federativas por la *ley del lugar del domicilio* de cada persona, aunque en el D.F. por la *lex fori*.[56]

Los impedimentos deben ser tomados en cuenta en forma unilateral (como en el caso de cónyuges con domicilios diferentes); no obstante, hay ciertos impedimentos que deben considerarse en forma bilateral, como en el caso de parentesco entre los compromitentes.

Las leyes internas suelen facultar a órganos específicos de gobierno para dispensar algunos impedimentos. Pero esta posibilidad legal puede provocar *fraude a la ley*.

[56] Enrique Estrada Aceves se equivocó al afirmar que la ley aplicable a cualquier impedimento era la del *lugar de su celebración*, que no es la misma que la que rige la capacidad, a pesar de que puedan coincidir. Se equivocó, a la vez, porque para su afirmación se apoyó en el art. 121 constitucional, que no regula problemas de tráfico jurídico internacional y, además, porque por la época en que escribió ni siquiera se había introducido en México la conexión domiciliar. La conexión era puramente territorialista. Enrique Estrada Aceves, *Derecho internacional privado mexicano*, *op. cit*, p. 177.

Antes de introducirse el divorcio en nuestro país una persona divorciada en el extranjero no podía contraer matrimonio (en México), pues se consideraba que con ello se burlaba el orden público mexicano, que sólo permitía contraer matrimonio a los solteros y a los viudos. No obstante, en 1896 se presentó el caso de un alemán divorciado que pretendía casarse en Yucatán con una mexicana. Aunque de entrada no se negó el matrimonio, se consultó al ministro de Relaciones Exteriores y tras la consulta el casamiento fue autorizado al estimar que no había impedimento.[57]

Aunque desconocemos el razonamiento, es posible que no se haya tomado en cuenta la contrariedad con el orden público, porque se prefirió afirmar el derecho del divorciado, para contraer un segundo matrimonio.

En el caso del matrimonio contraído en el extranjero, los impedimentos no deben ser desconocidos por un juez mexicano, salvo casos excepcionales como el fraude a la ley o la afectación al orden público internacional.

Ejemplo

Supongamos que en el país *A* y en el país *B* uno de los requisitos para contraer matrimonio es contar con una edad mínima. Si en el país *A* se niega la dispensa del impedimento, pero en *B* se otorga y, además, se celebra el matrimonio, en este caso si la pareja regresa a *A*, ese país podría no reconocerlo, pues quienes se casaron estarían evadiendo las disposiciones de orden público de *A*.

En seguida nos referiremos a algunos de los impedimentos para contraer matrimonio; se trata de casos especiales como el del matrimonio de quien ya está casado, así como el del adoptado, casos que se rigen por reglas especiales que requieren una explicación adicional.

Soltería o viudez como impedimento

La norma sustantiva mexicana prescribe como impedimento para contraer matrimonio el hecho de que subsista un matrimonio con persona distinta (art. 156, fracc. X, *CCDF*), de manera que es necesario ser soltero o viudo para poder contraer nuevo matrimonio.

No existe una norma de conexión especial que prescriba el derecho aplicable a la soltería o la viudez, como un impedimento matrimonial, por lo que debe recurrirse a la regla general de DIPr.

La apertura de este apartado especial lo justificamos por las dificultades o dudas que produce la calificación del impedimento, por la regla general que ya hemos explicado.

[57] Luis Pérez Verdía, *Tratado elemental de derecho internacional privado*, Escuela de Artes y Oficios del Estado, Guadalajara, 1908, p. 123.

Como la condición de soltero para contraer nupcias no es un asunto o cuestión de capacidad sino de estado civil, éste se rige por la *ley del domicilio de cada uno de los contrayentes*, si ésa es la ley aplicable. *Se trata de un elemento de validez.* En otros países la doctrina se conduce en términos diferentes.

Para el derecho mexicano el hecho de que subsista un matrimonio anterior es un impedimento para contraer uno nuevo. Este impedimento no significa que falte el requisito de capacidad, sino que se trata de una cuestión de estado civil: la condición de casada para esa persona.

Ejemplo

Se trata de una pareja domiciliada en el extranjero, uno de cuyos miembros ya se encuentra casado. En el lugar donde están domiciliados la ley admite la poligamia, como ocurre en Irán, Irak y Gabón, entre otros países.

Si consideramos que la ley aplicable al fondo del matrimonio es la del domicilio matrimonial, entonces podría resultar que el oficial del Registro Civil del Estado de Puebla (cuya ley vincula el estado civil con el domicilio) autorizara y celebrara un nuevo matrimonio. El problema consiste en saber si la autoridad poblana (el juez o el encargado del Registro Civil) deberá autorizar o reconocer un matrimonio poligámico. En realidad nos estamos refiriendo a dos cuestiones distintas: autorizar un matrimonio poligámico o reconocer el matrimonio poligámico. Más adelante abordaremos el problema del reconocimiento al matrimonio poligámico.

Por lo pronto, si se trata de la autorización podemos adelantar que si se pretende contraer matrimonio en Puebla, México, la autorización será rechazada, porque si se aceptara significaría permitir una unión matrimonial contraria a la concepción cultural mexicana, según la cual el matrimonio debe ser monogámico (el fondo mismo de la institución matrimonial). Por ello, admitir una institución de este tipo significaría vulnerar el orden público internacional mexicano. Si el matrimonio se hubiera contraído ya en el extranjero para escapar a la ley mexicana, implicaría un fraude a esta ley, como veremos más adelante y, por tanto, el desconocimiento del matrimonio.

Como se observa, el problema no es sencillo. Si alguien contrajo matrimonio poligámico o poliándrico en el extranjero y éste no se reconoce, a la persona seguirá considerándosele casada, por la razón siguiente: lo que no se reconoce del matrimonio poligámico es que un hombre pueda estar casado con varias mujeres, aunque el efecto del matrimonio sí es susceptible de ser reconocido. Una viuda podría tener derechos sobre la sucesión que se abra en México si acredita haber celebrado nupcias con el *de cujus* como su primera cónyuge y sin someter a discusión de qué matrimonio se trata. Los hijos también podrían ejercer su derecho a reclamar alimentos.

Matrimonio entre el adoptante o los padres biológicos y el adoptado como impedimento

Otro de los impedimentos para contraer nupcias es el que se refiere al matrimonio entre adoptante y adoptado. En este caso, cabe plantear dos hipótesis: *i)* el matrimonio del adoptado con los padres que lo adoptaron, y *ii)* el matrimonio del adoptado con sus padres biológicos. Se trata de un impedimento regulado por reglas específicas prescritas en tratados y la misma ley interna.

Existe impedimento legal para contraer matrimonio cuando previamente existe la adopción conocida (plena y semiplena). Si se trata de *adopción plena* el impedimento es absoluto, pues sería tanto como que padre e hija biológica se casaran. Si se trata de adopción semiplena (en las entidades federativas donde subsiste), podría darse luego de liquidar la adopción y a la mayoría de edad del adoptado. La razón del impedimento se explica porque mientras la adopción dure, la relación entre adoptante y adoptado será de padre e hijo.

Respecto de la adopción plena, el derecho convencional internacional prescribe una regla uniforme: cuando hay adopción plena no es factible el matrimonio entre adoptante y adoptado (Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores). Esta disposición es acogida por las leyes internas mexicanas tanto para la adopción plena como para la semiplena, por lo que no podrá ser dispensada.

Si un adoptante y un adoptado con residencia en México se trasladan a otro país con el único fin de obtener dispensa para contraer matrimonio y lo contraen, tal matrimonio deberá ser rechazado en México, por constituir fraude a la ley. Obviamente, en este último caso ya no nos referimos a un *impedimento para celebrar el matrimonio* en México, sino a un caso en que ha de desconocérsele *efectos al matrimonio* ya celebrado en *fraude a la ley mexicana*.

La otra hipótesis de interés que mencionamos al principio es la relativa a que un adoptado se case con sus padres (o tíos o primos) biológicos, que lo dieron en adopción plena y con los cuales se "rompieron" los vínculos legales y de filiación. Aun cuando es cierto que se rompen los vínculos, para un juez mexicano subsistiría el impedimento para contraer matrimonio, porque la posición de hijo biológico preserva razones de salud como impedimento. En este punto las leyes internas mexicanas no son claras, ni parece que la hipótesis hubiere sido contemplada por el legislador.

El impedimento para que adoptante y adoptado celebren nupcias no se regula en las reglas generales que rigen el fondo del matrimonio, como en los demás casos. Los impedimentos en el caso del adoptante y adoptado mantienen autonomía y se rigen por las reglas especiales que hemos explicado; es decir, las de la filiación adoptiva.

Matrimonio mediante apoderado

Algunos países sólo admiten el matrimonio cuando ambos contrayentes *se encuentran presentes en el momento de la celebración*. Esta regla admite excepciones en la

Convención de Naciones Unidas sobre Consentimiento para Contraer Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro, ya que permite la realización de este tipo de matrimonio aun cuando alguno de los contrayentes no se encuentre físicamente presente. Se trata de lo que también conocemos como *matrimonio por poder o matrimonio por conducto de representante o matrimonio a distancia* (aunque en algunos lugares suelen establecerse diferencias entre estos conceptos, como en Argentina).[58]

Esta modalidad para la celebración del matrimonio permite que un contrayente esté en un país y su pareja en otro. Sin embargo, lo anterior no ha sido aceptado por algunos países suscriptores de la citada Convención, que expresaron reservas sobre el particular; es el caso de Dinamarca, República Dominicana, Finlandia, Guatemala, Hungría, Islandia, Noruega, Filipinas y Rumania, entre otros. Como se advierte, esto obliga a las autoridades mexicanas a conocer el contenido de las reservas introducidas a un tratado por los demás países suscriptores.[59] Además, es razonable que al menos uno de los contrayentes esté domiciliado en el lugar de celebración, pues de lo contrario se propiciaría el fraude a la ley. Tal parece que fue el caso de la actriz Sofía Loren y Carlo Ponti: luego del divorcio de la primera, se realizó el matrimonio de ambos mediante apoderado.[60]

Según el Principio I, *b*) de la Recomendación sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la Edad Mínima para Contraer Matrimonio y el Registro de los Matrimonios (Resolución 2018 [XX] de la Asamblea General de la ONU, de 1o. de noviembre de 1965), "sólo se permitirá el matrimonio por poder cuando las autoridades competentes estén convencidas de que *cada una de las partes ha expresado su pleno y libre consentimiento ante una autoridad competente, en presencia de testigos y del modo prescrito por la ley, sin haberlo retirado posteriormente*".[61]

Como hemos señalado al referirnos a los matrimonios por conveniencia, en el caso de matrimonio de extranjeros que otorgan poder para casarse en México, el legislador federal desconfía e incluso niega el matrimonio, ya que el extranjero para casarse tiene que residir en México.

58 En Argentina se diferencian tres tipos de matrimonio entre ausentes: el matrimonio por poder, por correspondencia y a distancia. En el primero, un mandatario realiza el acto en nombre y representación de una persona; en el segundo, basta la carta que el interesado envía a la autoridad en la que expresa su deseo de casarse; y en el tercero, la expresión de voluntad se hace ante una autoridad del lugar en que se encuentra el cónyuge y que esté autorizada para recoger ese consentimiento (art. 173 del CC). María Josefa Méndez Costa, *Matrimonio. Cuestiones conexas: nombre, domicilio, adopción. Sociedad conyugal. Sucesión de los cónyuges. Régimen legal del matrimonio civil. ley 23.515*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987, pp. 90 y siguientes.

59 Estas reservas no se publican en el *Diario Oficial*, por lo que es aconsejable recurrir a la Consultoría Jurídica de la SRE para recabar ese dato, a menos que el interesado pueda obtenerlo del país en consulta o de los organismos internacionales (ONU, OEA) a través de internet.

60 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato*, *op. cit.*, p. 396.

61 http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/64_sp.htm; igualmente en http://www.derechos-humanos.cl/tratados/64_sp.htm, marzo 18, 2006.

En los casos en que sea factible el matrimonio mediante poder (sólo cuando es un mexicano el poderdante), en el mismo deberá describirse a la persona con la que pretende casarse, de manera que no son aceptables poderes sin especificar la persona con la que se casará el poderdante. Por lo general, se trata de un poder especial que debe ir acompañado de una constancia en la que se demuestre que el poderdante es soltero. Este anexo no se exige en México.

Hay consulados de varios países que anuncian en internet la posibilidad de que ahí se otorgue un poder de este tipo y por celebrarse en el país representado, por el cual se cobra una cantidad de dinero.

La ley interna mexicana, cuando se trata de relaciones de tráfico jurídico interestatal, permite la celebración de matrimonios mediante apoderado, el que puede representar a un contrayente ante el oficial del Registro Civil. No obstante, si se trata de relaciones de tráfico jurídico internacional se presentan algunos problemas.

Cuando las leyes territorialistas estaban vigentes en México que, como lo mencionamos, fue antes de 1988, la Secretaría de Gobernación giró circulares a los gobiernos de los estados en las que se expresó que las personas residentes fuera del país no podían contraer matrimonio por poder. José Luis Siqueiros recuerda que sobre el particular se argumentó que el CCDF prescribía que el art. 12 sólo se aplicaba a los habitantes de la República. Si el contrayente ausente no estaba en la República, no podía contraer matrimonio.[62] Hoy en día éste parece un argumento desconcertante y contrario a los derechos humanos.

Con la reforma de 1988 esa regla se eliminó. No obstante, en 1971 se prescribió (en las leyes federales) que si un extranjero deseaba casarse en el país, debería residir en México.[63] Debido a esta disposición, ni los extranjeros ni los mexicanos residentes fuera del país podían contraer matrimonio mediante apoderado. Según la ley federal vigente, la prohibición sólo queda para los extranjeros, a menos que obtengan la autorización correspondiente de la Secretaría de Gobernación. Esto significa que los mexicanos, aunque se encuentren en el extranjero, sí pueden celebrar matrimonio por medio de representante, punto que sólo es acogido expresamente en el *Código Familiar del Estado de Hidalgo* (art. 39).

En lo que no estamos de acuerdo es en que a los extranjeros que residan fuera de México se les prohíba casarse por poder. Esta prohibición no es congruente con la Convención de la ONU sobre Consentimiento para Contraer Matrimonio, que prescribe que sólo podrán impedirse los matrimonios a distancia cuando concurran circunstancias "excepcionales". El hecho de ser extranjero y no residir en el lugar de la celebración *no es una condición excepcional*. Hay que recordar, a la vez, que la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (art. 16) impide que se restrinjan los

62 José Luis Siqueiros, "Síntesis de Derecho Internacional Privado", en *Panorama del Derecho Mexicano*, t. II, UNAM, México, 1965, p. 65. Igualmente en S. A. Bayitch y José Luis Siqueiros, *Conflict of laws: mexican and United States*, *op. cit.*, p. 91.

63 Más adelante afirmaremos la inconstitucionalidad de esta disposición.

matrimonios por el simple hecho de la nacionalidad.[64] Además, en ninguna de ambas convenciones México estableció alguna reserva sobre el particular.

Lo que el legislador podría hacer respecto de los matrimonios mediante apoderado sería establecer disposiciones que de alguna manera impidan o provoquen la nulidad en el caso de ciertos *matrimonios simulados o fraudulentos*. Por ejemplo, el de un hombre o mujer centroamericanos que mediante poder se casan con mexicano con el objetivo de obtener, en México, algunos beneficios que como extranjeros no conseguirían, como una visa de ingreso para trabajar en este país o adquirir la residencia.[65] Se trata de un caso que no es sencillo de determinar ya que habrá que probar una intención que no es expresa y quién deberá denunciarlo, etcétera.

Relaciones personales entre los cónyuges

La celebración del acto matrimonial produce diversos efectos, que hacen surgir los derechos y obligaciones de cada uno de los cónyuges. Se trata de lo que también se conoce como *estatuto de los casados* o *estatuto matrimonial*. Estos derechos y obligaciones se rigen de acuerdo con la regla general reguladora del estado civil de las personas, ya que carecemos de una regla especial al respecto.

La doctrina emplea la frase *ley aplicable de las relaciones personales entre los cónyuges* como sinónimo de *ley aplicable a los efectos del matrimonio*. De manera indistinta se continúan utilizando ambas frases para designar lo mismo. Un matrimonio produce efectos inmediatamente en el momento de su celebración. De ahí que por efectos del acto matrimonial y relaciones entre los cónyuges se implique la misma idea.

Hay quienes sostienen que debe diferenciarse la noción *efectos del matrimonio* de la de *relaciones entre los cónyuges*. Para ellos, la primera noción es arcaica mientras que la segunda es más actualizada y responde a una idea democrática. De cualquier manera, cuando nos refiramos a los efectos del matrimonio o a las relaciones entre los cónyuges se tratará de un mismo supuesto fáctico-normativo.[66] En la ciencia

64 México es Estado parte de dos convenciones sobre poderes (la Convención sobre Uniformidad del Régimen Legal de Poderes y la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero), pero ninguna de ellas se refiere al matrimonio mediante poderes.

65 Una de las prácticas que siguen los cónsules mexicanos en Centroamérica y varios otros países consiste en que para otorgarles visa que les permiten ingresar en México, exigen a los solicitantes que demuestren un ingreso económico y trabajo en su país. Ello es así porque muchos de los solicitantes sólo pretenden la visa mexicana para cruzar el país rumbo a EUA. Para evitar tales dilaciones, hay quienes afirman que esos extranjeros prefieren casarse con mexicanos para ingresar más fácilmente en México.

66 Mariano Aguilar Navarro, *Lecciones de derecho civil internacional español*, Universidad Complutense, Madrid, 1983, p. 146. Amores Conradi, por su parte, prefiere la denominación *relaciones entre los cónyuges* para significar el estatuto de los casados. Miguel Amores Conradi, "Las relaciones entre cónyuges en el Nuevo Derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de regulación", en *Anuario de derecho civil*, t. XL, fasc. 1, enero-marzo, 1987, p. 93.

jurídica las definiciones normalmente son estipulativas, esto es, suponen un consenso entre la doctrina y el legislador.

Abordaremos las relaciones entre los cónyuges en dos planos: por un lado, las relaciones *personales*, y por otro las *patrimoniales;* ambas son especies de lo que la ley italiana y su doctrina llaman *relaciones entre los cónyuges*.[67] Como tendremos la oportunidad de explicar, la diferencia entre ambas ha sido resultado de los criterios judiciales habidos en México, más que de nuestro legislador o de la doctrina. En este caso, la clasificación dogmática ha precedido a la teórica.

El registro del matrimonio, pero en especial las relaciones entre los cónyuges (personales y patrimoniales), revelan en la mentalidad de los legisladores mexicanos (no los juzgadores) un enfoque similar al adoptado en las viejas leyes españolas llamadas *Leyes de Partida*. En éstas no se hacía distinción entre relaciones personales y patrimoniales, por lo que su tratamiento era único y monolítico. Las leyes mexicanas codificadas de nuestra época parecen continuar la tradición medieval. No obstante, pese a ese criterio único, ya veremos (y en el capítulo siguiente lo constataremos) que los tribunales judiciales mexicanos (no los legisladores) han estimado que el análisis de las relaciones entre los cónyuges merece un trato diferencial: por un lado, las relaciones propiamente personales y, por el otro, las patrimoniales. El criterio monolítico medieval ha cedido ante un criterio o trato dualista.

Las relaciones personales

Los derechos y obligaciones entre marido y mujer constituyen lo que conocemos como una especie de las *relaciones jurídicas entre los cónyuges*. Éstas dan lugar a un estado familiar que, como se ha explicado, constituye una parte del *estado civil de las personas*. Esa relación, según el autor que así lo sostiene, significa *la situación en que se encuentra cada cónyuge*.[68] Como dijimos, conviene tener presente la diferencia entre el *acto que genera el matrimonio* y el *matrimonio mismo*.

Actualmente las relaciones entre los cónyuges se rigen por un principio de igualdad democratizante y se ha llevado, incluso, a nivel de derechos humanos la igualdad de derechos y responsabilidades entre los casados.[69]

En general, nuestros teóricos, jurisprudencia y varias leyes al mencionar los convenios matrimoniales suelen referirse a ellos pero únicamente en el aspecto patrimonial, con lo que parecen ignorar el personal.

No obstante, por el momento nos interesan las relaciones personales. En éstas los cónyuges tienen como obligación hacer vida marital en común, el débito carnal, la fidelidad, el auxilio y el socorro mutuo, el diálogo, el respeto y la autoridad (compartida en México). Estas relaciones pueden concretarse en los *convenios conyugales*

67 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato, op. cit.*, pp. 400 y siguientes.

68 Manuel F. Chávez Asencio, *Convenios conyugales y familiares*, Porrúa, México, 1993, p. 6.

69 Artículo 23.4., Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

—como lo pone de relieve Manuel F. Chávez Asencio—, entre los que cabe destacar los *relacionados con el hogar* (establecer el domicilio conyugal, cambiar éste, manejar el hogar), con *aspectos económicos* (sostenimiento del hogar, trabajo de cada cónyuge, alimentos), con *cuestiones familiares* (planear la procreación de la familia) y con la *crisis del matrimonio* (separación, disolución del vínculo matrimonial por divorcio, reconciliación), etcétera.[70]

El manejo del hogar por los casados forma parte de las relaciones entre los cónyuges. El marido y su pareja se ponen de acuerdo para conducirlo. No obstante, pueden surgir desacuerdos entre ellos y alguno puede llevarlos ante un juez para resolver la diferencia. Para solucionar el caso, el juez podrá tomar en cuenta el acuerdo pactado o, a falta del mismo, aplicar la *ley del lugar del domicilio conyugal* en los casos en que la norma de conflicto vincule la ley aplicable a la ubicación del domicilio; en caso contrario, la *lex fori*.

Calificación de las relaciones personales

Aunque las relaciones personales entre los cónyuges pueden ser objeto de convenio (en las capitulaciones matrimoniales), no pueden calificarse como un tema o asunto estrictamente obligacional, esto es, como si fuera un contrato o convenio. Deberán calificarse como un *asunto de estado civil*, pues se pretende regular relaciones personales en el núcleo familiar. Se trata de obligaciones que no sólo transfieren derechos y obligaciones como si fueran un simple contrato o convenio, de manera que la ley aplicable a los derechos y obligaciones que surgen en la pareja matrimonial es la reguladora del *estado civil*. Dicho de otra manera: aunque las relaciones personales entre los cónyuges (no las patrimoniales) puedan llevarse a un convenio, su naturaleza y calificación no encuadra o califica en los contratos sino como un asunto del estado civil de las personas.

Aunque existen obligaciones entre los cónyuges y que de alguna forma el derecho de las obligaciones podría encargarse de su estudio, en el matrimonio tenemos obligaciones de naturaleza tan especial por la intimidad que guardan con la persona, que caen en la órbita de las relaciones personales del matrimonio y no en la de los contratos o convenios. Se trata de reglas particulares que por tradición y naturaleza sustituyen a las generales de las obligaciones. La vida matrimonial no se reduce a crear y transferir derechos y obligaciones: las emociones, la vida de la pareja, el comportamiento positivo de la familia son, entre otras, de suma importancia.

En las relaciones personales entre los cónyuges, a diferencia de las relaciones contractuales, privan *elementos tradicionales, culturales, emotivos, valorativos, morales*, etc., como podemos constatar cuando sabemos que la diferencia de sexo no sólo es una condición para casarse, *sino parte de la esencia del matrimonio*, como también lo es la fidelidad, la asistencia mutua o la posibilidad de crear familia. Es decir, el

70 Manuel F. Chávez Asencio, *ibidem*, pp. 18 y siguientes.

estatuto matrimonial no es el mismo que el estatuto contractual, por lo que la ley aplicable puede ser diferente de la de los contratos. Se tratará de una regla especial: domicilio conyugal, derivada de la general: domicilio de la persona.

Derecho aplicable a las relaciones personales del matrimonio

Cada país establece su propia conexión para localizar el derecho aplicable a las *relaciones personales* entre los cónyuges. Por ejemplo, en Corea,[71] Egipto,[72] Irak,[73] Jordania[74] y los Emiratos Árabes[75] se aplica la *ley nacional del marido*; en Alemania,[76] la *ley personal común* de ambos cónyuges; en Nicaragua,[77] la *ley del lugar de celebración* y, si hay cambio de domicilio, la ley correspondiente; en Argentina,[78] se rige conforme a la *ley del domicilio efectivo*, con elementos más fácticos y por tanto, más objetivos.

En México no existe una regla de conexión especial para regular las relaciones entre los cónyuges, de manera que debe recurrirse a la regla general de derecho internacional privado. Encontramos aquí el art. 13, fracc. II, del *CCFed*, así como el de varias entidades federativas, que prescriben que los asuntos del estado civil de las personas se regulan de acuerdo con la *ley del domicilio*, aunque otras entidades federativas siguen una conexión territorial, como ocurre en el D.F. En cualquiera de los casos, la ley aplicable a las relaciones entre los cónyuges es la que rige su estado civil (algunas se rigen por la ley domiciliar; otras, por la *lex fori*).

En cuanto al aspecto domiciliar cabe considerar tres cuestiones: *a*) el lugar donde se vive de consuno, *b*) el caso en que la pareja resida en lugar diferente, y *c*) la obligación de cohabitar en un mismo lugar y sus dispensas.

a) La Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas establece como domicilio de los cónyuges aquel donde "vivan de consuno" (art. 4),[79] lo que implica un criterio práctico para ubicarse y objetivo, en la medida que la realidad coincide con la norma.

Aunque varias de las leyes mexicanas establecen que la ley aplicable a los asuntos o cuestiones de estado civil de las personas es la de su domicilio, es obvio que esta respuesta es parecida a la argentina, sólo que en esta última la conexión es mucho

71
72 Artículo 16 de la ley sobre DIPr.
73 Artículo 13 del *Código Civil*.
74 Artículo 19 del *Código Civil*.
75 Artículo 14 del *Código Civil*.
76 Artículo 13 del *Código de las Transacciones Civiles*.
77 Artículo 14 de la *Ley de Introducción al Código Civil*.
78 Artículo VI del *Código Civil*.
79 Artículo 162 del *Código Civil*.
Vivir de consuno significa vivir en unión en un lugar por el acuerdo de ambos.

más clara y precisa.[80] La fórmula mexicana tiene el inconveniente de que no aclara que se trata del domicilio efectivo; sin embargo, puede llegarse a esa conexión por interpretación: la coincidencia de los domicilios de los cónyuges en uno, el efectivo o común[81] en el lugar en donde "viven de consuno". Pero, ¿qué sucede si los cónyuges tienen domicilios diferentes? Los códigos mexicanos que acogen la ley domiciliar no lo resuelven. Falta una construcción jurisprudencial que se pronuncie sobre este tema.

Para el orden público mexicano es repugnante que un tribunal musulmán resuelva un litigio en el que participe una mujer mexicana y ésta se vea discriminada por razón de sexo, con el pretexto de que así lo indica la ley islámica. Es obvio que la ley mexicana defiende el respeto a las mujeres, además de las domiciliadas en México. La mayoría de las leyes musulmanas emplean como punto de conexión la ley de la nacionalidad, que en este caso es la ley con la que más están vinculadas las mujeres y de esta forma, conforme a la regla de conflicto de esos países sería aplicable la ley mexicana que no establece discriminación alguna. El juez musulmán tendría que optar: si aplica la ley mexicana se anularía un derecho discriminatorio como es el caso de la repudiación de la mujer sin que ésta sea oída. Si aplica la *lex fori*, no se aplica la ley mexicana y la discriminación sería posible conforme a esa ley musulmana; sin embargo, como hemos dicho, una decisión judicial de esa naturaleza no sería reconocida en México por ser violatoria del orden público mexicano, en este caso del art. 1o., último párrafo, de la *Constitución*, por lo que se refiere a la discriminación y del art. 14 en lo tocante al derecho de audiencia. ¿Por qué algunos jueces y legisladores mexicanos se muestran renuentes a exigir mayor apego a la manera de ser, costumbres y cultura de las personas? La respuesta es que: el sistema formalista mexicano lo impide.

La teoría y algunas leyes de entidades federativas se inclinan por una correcta adecuación de la ley (entre el supuesto fáctico-normativo y el orden jurídico aplicable), lo que proporciona la conexión personal para regular las relaciones de familia por ser la que garantiza mayor justicia. Si por alguna circunstancia la ley señalada como aplicable vulnera nuestro orden público internacional, entonces tenemos nuestras reglas que impiden la aplicación de la extranjera. La renuencia de los jueces y legisladores debe ceder a favor de la armonía en las relaciones familiares de los sujetos del litigio, y con ello entender las relaciones familiares, incluso las extranjeras. Se trata de darle una vida más justa a la familia.

80 La generalidad establecida en las leyes mexicanas contrasta con la especificidad de otras leyes, como la argentina, que en el art. 162 de su *Código Civil* prescribe: "las relaciones personales de los cónyuges serán regidas por la ley del *domicilio efectivo*, entendiéndose por tal el lugar donde los mismos viven de consuno. En caso de duda o desconocimiento de éste, se aplicará la ley de la última residencia."

81 La ley italiana de DIPr de manera más correcta alude a "la ley del Estado en el cual la vida conyugal resulta localizada de manera preponderante" (art. 31).

b) En principio, la pareja matrimonial *debe convivir en un mismo lugar*. No obstante, para el derecho mexicano es importante la excepción a esa regla, que se encuentra en una *norma imperativa mexicana*. Si uno de ellos tuviera que ir a trabajar al extranjero, el juez mexicano podrá eximir al otro de irse a vivir con aquél (art. 163, CCDF).

Se trata de una norma que implica a dos puntos de conexión: el *lugar donde se encuentra la pareja matrimonial*, que sería cuando está en México (tiene su residencia), y el que se refiere al *lugar de trabajo* de uno de ellos, cuando se ubica en el extranjero. Aun cuando la ley extranjera donde se halla domiciliado el cónyuge trabajador prescribiera que el otro debe convivir en el lugar donde se encuentre el primero, tal disposición podrá no ser aplicable en nuestro país debido a la presencia de la norma imperativa mexicana, que faculta a un juez mexicano para evitar que necesariamente el cónyuge que se encuentra en México tenga que desplazarse del país para ir a convivir con su pareja a otro lugar. En el fondo de una disposición semejante se defiende la libertad de la persona a tomar sus propias decisiones.

c) La citada disposición no sólo presupone el establecimiento de un domicilio común, sino el deber u *obligación de la pareja de cohabitar;* no obstante, se prescribe una excepción a la obligación de la pareja de convivir en un mismo domicilio. Las leyes de las entidades federativas establecen algunas dispensas a esa obligación: la mayoría de ellas lo hace de manera ambigua, pues sus enunciados normativos no explican claramente si se concreta o no la dispensa;[82] otros introducen la dispensa de forma un poco más clara[83] y otros sólo se refieren a la mujer como reflejo de un machismo inaceptable, que además es inconstitucional.[84]

82 Códigos civiles del Distrito Federal (art. 163), Campeche (art. 174), Colima (art. 163), Baja California (art. 160), Baja California Sur (art. 169), Coahuila (art. 270), etc.: "Los cónyuges vivirán juntos en el domicilio conyugal. Los tribunales con conocimiento de causa, podrán eximir de esta obligación a alguno de ellos, cuando el otro traslade su domicilio a país extranjero a no ser que lo haga en servicio público o social, o se establezcan en país insalubre o indecoroso." ¿La obligación de convivir con quien realiza un servicio público es dispensable?

83 Artículo 166, CC de Tabasco: "El juez de primera instancia, con conocimiento de causa, eximirá a uno de los cónyuges del deber de vivir con el otro, cuando alguno de los dos traslade su domicilio al extranjero o cuando se establezca en un lugar insalubre o indecoroso."

84 Artículo 159, CC de Aguascalientes: "La mujer debe vivir al lado de su marido. Los tribunales, con conocimiento de causa, eximirán a la mujer de esta obligación cuando el marido traslade su domicilio a país extranjero, a no ser que lo haga en servicio de la patria, o cuando se establezca en un lugar insalubre o indecoroso." Con relación a esta disposición (la machista), cabe afirmar tanto a su inconstitucionalidad como a su sentido contrario al *principio de igualdad* y *no discriminación* por razón de sexo, como lo previenen varias convenciones internacionales, entre otras la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. A este respecto, México se obligó a implementar todas las políticas necesarias para modificar los patrones socioculturales a fin de eliminar los prejuicios y las prácticas consuetudinarias o de cualquier índole, muy arraigados en grupos indígenas y campesinos.

Con relación a las facultades del juez mexicano para neutralizar la obligación de uno de los cónyuges a fin de desplazarse al extranjero para reunirse con su pareja, podrá apoyarse en que el lugar en el extranjero es insalubre o indecoroso, que son razones secundarias; lo que importa en este caso es defender la libertad de decisión del cónyuge que está en México.

La regla principal (convivir bajo el mismo techo) y su excepción no son productos de la casualidad. Desde la época colonial varios peninsulares dejaban en España a sus mujeres para venirse a las tierras americanas. Diversos decretos establecieron que el peninsular que saliera, debía hacerlo acompañado de su mujer e hijos. El lugar extraño o insalubre no fue excepción; por el contrario, cuando un peninsular dejaba a su mujer, ésta intentaba las acciones necesarias para que se le regresara a su marido, lo cual era aceptado por los tribunales. Este derecho ya no es acogido en la actualidad por ser violatorio de la libertad de la persona.

Conflicto móvil

Los que hemos descrito son actos cuya interpretación puede suscitar dudas cuando implican conexiones móviles, esto es, cuando no se trata de una conexión que permita conocer la ley aplicable. Por ejemplo, en el caso de la *lex rei sitae* la conexión siempre será la misma cuando se trate de inmuebles. No ocurre lo mismo con el domicilio, que es una conexión móvil ya que la persona puede cambiar de uno a otro lugar: habiendo tenido su domicilio en un lugar, puede establecerlo posteriormente en otro.

Pensemos en una pareja que se casó en Argentina, donde estaba domiciliada. La ley de ese domicilio será la aplicable para determinar la validez de su matrimonio, incluida la capacidad de cada uno de ellos. Posteriormente la pareja cambia de domicilio (se reubica en otro país, digamos México) donde se les aplica una ley distinta. Podría ocurrir que acorde con la ley sustantiva mexicana ese matrimonio no satisficiera los requisitos de validez de fondo, cuestionándosele al juez mexicano esa validez.

En este caso la autoridad mexicana tendrá frente a sí el planteamiento de un interesado que le dice: si la ley del domicilio rige el fondo del matrimonio y están domiciliados en México, donde los requisitos establecidos no le reconocen validez, entonces ese matrimonio es nulo. Por otro lado, la contraparte podría argumentar la validez afirmando que en el momento de contraerse el matrimonio la ley del domicilio, entonces aplicable, le otorgó validez al acto y que solamente se está reconociendo los efectos de una ley extranjera que lo validó desde el momento de su celebración, que es la respuesta aceptable.

El juez se encuentra frente a un problema intertemporal, pues las posibles respuestas están dadas en la ley aplicable del domicilio en el momento de contraer matrimonio, o en el domicilio designado por los cónyuges o en la ley del domicilio en el momento que se plantea el problema judicial, o quizá en las leyes que rijan el domicilio de cada uno de los cónyuges, cuando tienen domicilios separados.

En este caso, el conflicto intertemporal se resolverá considerando la conexión domiciliar vigente en el momento de la celebración del matrimonio, lo que significa

que es válido. Lo anterior resulta del manejo de las posibles respuestas, cuyo mejor argumento es el *favor matrimonii*. Ante una norma aplicable que lo anula y otra que lo valide, se escogerá esta última, lo que demuestra que estamos fuera del estatuto contractual, donde se limitan los derechos y obligaciones para mantener un equilibrio; en nuestro ejemplo, la unión familiar, la unión de la pareja, están por encima de cualquier otro criterio.

Matrimonio consular

Hoy en día es generalmente aceptada la práctica de que los cónsules de cualquier país celebren matrimonios entre sus nacionales conforme a la regla *auctor regit actum*, esto es, conforme al orden jurídico del Estado que el cónsul representa. La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares regula internacionalmente esa cuestión. Un matrimonio de este tipo produce efectos jurídicos plenos, como si se hubiera realizado en el propio país del cónsul. En esta clase de matrimonios, los contrayentes deben cumplir las formas prescritas en la ley del Estado que el cónsul representa, lo que parecería una excepción a la regla *locus regit actum*. No obstante, la ley aplicable puede suscitar algunos problemas que más adelante examinaremos.

Antes de proseguir es recomendable hacer una breve referencia a los convenios internacionales mediante los que se han otorgado facultades a los cónsules para que autoricen y celebren matrimonios en el país donde fueron asignados; convenios de los que México es Estado parte:

a) La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (art. 5, fracc. *f*), que faculta al cónsul para actuar en calidad de funcionario del Registro Civil.
b) La Convención sobre Contratos de Matrimonio, celebrada con Francia.[85]
c) La Convención celebrada con Italia para Regularizar la Situación de sus Respectivos Nacionales que hayan Celebrado o Celebren en lo Futuro Contrato de Matrimonio ante los Agentes Diplomáticos o Consulares.[86]

Se trata de tres convenios, uno multilateral y dos bilaterales. En los dos últimos, los Estados contratantes admiten expresamente que los cónsules de uno y otro países podrán autorizar los matrimonios de sus respectivos nacionales. En estas condiciones, los cónsules podrán celebrar tales matrimonios siempre que:

a) Los cónyuges sean nacionales del país del cónsul.
b) El matrimonio sea autorizado por el ministro de la nacionalidad de los contrayentes, lo que significa que en México no sería reconocido el matrimonio

85 DO del 17 de enero de 1910.
86 DO del 5 de julio de 1911.

de un mexicano celebrado ante un cónsul extranjero, esto es, ante un cónsul que no sea mexicano.

c) La ley del país del cónsul lo autorice a celebrar ese matrimonio.

d) Los contrayentes tengan su residencia en el país donde el cónsul está acreditado. Este último requisito no parece encontrar el mismo eco en la Convención de Viena citada.[87]

En resumen, el matrimonio celebrado ante un cónsul producirá todos los efectos legales correspondientes no sólo en el país que aquél representa, sino también en el país donde se celebra. Aunque en las citadas convenciones no se hace alusión al orden jurídico aplicable, puede entenderse que el cónsul celebrará el matrimonio basándose en la propia *ley que lo rige,* incluidas sus normas conflictuales.

Ejemplo

Un matrimonio ante un cónsul italiano o francés acreditado en México se realizará según la ley italiana o francesa, y un matrimonio celebrado ante el cónsul mexicano no acreditado en Italia o en Francia se practicará conforme a la ley mexicana. Esto supone la adopción del principio *auctor regit actum*.

Además de que a un matrimonio consular se le reconocerán efectos tanto en el país del cónsul como en el Estado donde se celebró, existen buenas posibilidades de que también se le reconozcan efectos en un tercer país.

Ejemplo

Se trata de un matrimonio de españoles celebrado ante el cónsul italiano. Éste podrá ser reconocido en México, siempre que dicho matrimonio se hubiese celebrado conforme a la ley italiana, con base en los convenios suscritos entre Italia y España que establecen la validez de ese tipo de matrimonio. Esto quiere decir que

87 En la página de internet del Consulado de México en Sacramento, California, EUA, aparece la nota siguiente: "El Cónsul puede celebrar matrimonios si ambos contrayentes son mexicanos. 1. Llenar solicitud, 2. Copia certificada de las actas de nacimiento de los contrayentes, 3. Declaración de cuatro testigos mayores de edad, 4. Certificado médico de los contrayentes, 5. Convenio que especifique el tipo de régimen del matrimonio: sociedad conyugal o separación de bienes, 6. Pago de derechos: $43.00 por la actuación matrimonial." http://www.consulmexsacramento.com/registro_civil_esp.htm, noviembre 30, 2004. Se reiteran páginas similares en el Consulado de México en Puerto Rico (http://www.sre.gob.mx/sanjuan/html/servicios/registro.html) y en el de San Diego, California (http://consulmexsd.org/det_serv.asp?nombre=Matrimonio, marzo 18, 2006).

los países no sólo determinan las reglas de conflicto internamente, sino que lo pueden hacer por convención internacional.

En algunos países europeos se ha recurrido al matrimonio consular para dar solución a algunos problemas. Por ejemplo, el Convenio para Facilitar la Realización de Matrimonios en el Extranjero, de 1964, prescribe que si en un país se impusiera como única forma de celebración de matrimonio el de los contrayentes que no desean ese tipo de matrimonio religioso, podrán celebrar el consular, a condición de que no sean de la nacionalidad del Estado que impone el matrimonio religioso.[88]

Con relación a la ley aplicable es necesario hacer algunas precisiones. Dijimos que en este caso opera la regla *auctor regit actum*, que obliga al cónsul a aplicar la ley del país que representa (en este caso, la ley mexicana). El primer problema para un cónsul mexicano en el extranjero es saber cuál ley mexicana aplicará, si la federal o la local de alguna entidad federativa, por ejemplo, la del domicilio de uno de los contrayentes. En este caso nos inclinamos por la *aplicación de la ley federal*, pues se trata de jurisdicción federal y de la actuación de un funcionario federal que deberá aplicar el *CCFed*. También está el hecho de que no actúa dentro de alguna entidad federativa. El segundo problema consiste en resolver si sólo se aplica la norma sustantiva mexicana o también se incluye la de conflicto. En esta hipótesis nos inclinamos por la aplicabilidad de todo el sistema mexicano, esto es, normas sustantivas y normas de conflicto. No existe disposición que restrinja la aplicabilidad de las de conflicto.

Ahora bien, si el cónsul sólo puede casar a sus connacionales que estén domiciliados dentro de la circunscripción territorial que le corresponde, podrá razonar como sigue: consultará la ley federal mexicana (que en este caso es el *CCFed*) y como ésta dispone que la ley aplicable a los asuntos del estado civil es la ley del domicilio, entonces la norma de conflicto federal mexicana remitirá al cónsul a aplicar la ley del país donde sus compatriotas están domiciliados.

Esta respuesta merece dos explicaciones. En primer término, si la ley del lugar donde están domiciliados los que pretenden casarse tiene conexión con la nacionalidad, entonces se producirá un reenvío a favor de la ley mexicana, ya que se trata de mexicanos que desean casarse, aunque residan en el extranjero. En este caso la ley mexicana sustantiva será la que regule los aspectos del estado civil de las personas, incluidos los supuestos para celebrar el matrimonio, así como los impedimentos. Es importante destacar que este mecanismo conflictual toma entre otros puntos de conexión el de la nacionalidad, que en este caso surge del hecho de que el cónsul mexicano, como cualquier otro cónsul, protege y apoya a sus connacionales porque es una encomienda que le ha hecho el Estado mexicano, y en este sentido la nacionalidad es el factor de relevancia.

88 Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, *Derecho español y derecho comunitario. Selección de textos de derecho Internacional Privado*, tratado núm. 214, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 976. El citado Convenio no está en vigor para México.

En segundo término, en el caso de que la ley del lugar del domicilio (donde está el cónsul y domiciliados los mexicanos) no emplee la conexión nacional, sino la domiciliar, entonces no operará el reenvío de retorno a la ley mexicana, ya que la norma aplicable será la misma del lugar donde el cónsul se encuentra acreditado. En esta segunda hipótesis carecemos de alguna disposición interna que nos rectifique esta ley aplicable. De cualquier forma, la normatividad y la costumbre internacionales han llevado a aplicar la ley del país que el cónsul representa.

Registro del matrimonio

Ciertos actos jurídicos requieren de su inscripción en un registro, esto es, de la anotación de datos específicos propios del acto que, incluso, pueden corresponder a su transcripción. Conforme al orden jurídico mexicano y dependiendo del dato que se va a registrar, existen cuatro tipos de registro del acto matrimonial:

a) Registro constancia. El registro del matrimonio, entendido como constancia de que el mismo se constituyó. Este procedimiento es una matriculación del acta de matrimonio, que puede demostrarse con la copia certificada de ésta o, en otros lugares, con el certificado de matrimonio. El dato que se va a registrar es el matrimonio mismo.

b) Registro poblacional. Es el que le exigen a los extranjeros las autoridades poblacionales y de control y vigilancia del ingreso en territorio nacional por parte de extranjeros. En realidad, este registro no se orienta especialmente a que se le reconozcan efectos jurídicos al matrimonio, sino que obedece a objetivos de control y vigilancia poblacional de extranjeros. Ahí se incluye la autorización del Instituto Mexicano de Migración para que los extranjeros no domiciliados en México puedan celebrar su matrimonio. Lo que importa al registro es el hecho de que un extranjero que se encuentra en México ha contraído nupcias y que tiene permiso para celebrarlas.

c) Registro consular. Es el solicitado en el caso de los matrimonios realizados por extranjeros dentro de México o por mexicanos en el extranjero. En este caso nos referimos a dos tipos de registros: el registro de un matrimonio realizado ante las autoridades extranjeras y el registro contraído ante el cónsul. Lo que se registra es el acto matrimonial celebrado ante una autoridad extranjera o ante el cónsul. En realidad, si el matrimonio se contrajo ante una autoridad extranjera, el cónsul sólo lo revalida; si el cónsul es el que celebra el matrimonio, lo registra.

d) Registro de matrimonio celebrado fuera de México. Con éste se procura revalidar el acto realizado en el extranjero y reconocerle todos los efectos en México. También se le conoce como *registro de matrimonio contraído en el extranjero.* Lo que se registra son los actos o constancias acreditativas del matrimonio extranjero.

A continuación explicaremos cada uno de estos tipos de registro matrimonial, aunque llamaremos especialmente la atención sobre el cuarto (el del matrimonio contraído en el extranjero), debido a las construcciones jurídicas especiales elaboradas por los tribunales al interpretar la normatividad existente.

Primer tipo de registro

En la actualidad los estados de la comunidad internacional han procurado establecer un registro para cada matrimonio, con lo que se pretende documentar o dejar constancia del acto del estado civil. La Convención de Naciones Unidas sobre Consentimiento para Contraer Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro, que ya hemos mencionado, prescribe que "todo matrimonio deberá ser *inscrito por la autoridad competente en un registro oficial destinado al efecto*" (art. 3o.). Esta disposición es acogida por leyes del sistema jurídico mexicano, que han creado un Registro Civil en el que se incluye una sección relativa a la inscripción de los matrimonios. Se trata de un registro oficial en el cual se ha establecido una sección específica para los matrimonios celebrados.

En dicha Convención internacional se prescribe que el matrimonio será registrado "por la autoridad competente". Aunque no se dice cuál es esa autoridad, se trata de la correspondiente a la del *lugar donde se constituyó el matrimonio* y que en México es, al menos, la del domicilio de uno de los cónyuges.

En algunos países el registro se encuentra en la Oficina del Secretario de la Corte, en el Departamento de Justicia, de votantes o en uno específico como el Registro Civil.

En los casos en que se permita celebrar el matrimonio a grupos religiosos (como en Nicaragua) o tribales, es necesario que la autoridad estatal los regule, los documente y lleve un registro de ellos, salvo que se les reconozca autoridad o competencia a esos grupos para hacer y mantener los registros.

Hoy en día los países miembros de la citada Convención de la ONU tienen el deber de mantener los registros mencionados. Así, se establecen registros cuya *ratio essendi* pretende *dejar constancia de la identificación del acto jurídico* (de aquí la denominación *registro-constancia*) consistente en el matrimonio, lo que se conoce como *registro de acta matrimonial* o *del certificado de matrimonio.*

La Convención citada no enumera los datos que han de ser registrados. Le basta que se haga constar la celebración de ese matrimonio, sin prever la forma como quedaron identificados los contrayentes (nombre de los padres, lugar de origen, edades, etc.) o régimen patrimonial (sociedad conyugal o separación de bienes). Los datos específicos que debe contener el registro matrimonial continúan siendo regulados por la ley interna: la del lugar del registro.

Segundo tipo de registro

En el caso de un matrimonio celebrado en México entre mexicano y extranjero o entre extranjeros, debe inscribirse en el Registro Nacional de Extranjeros (art. 68, *Ley*

General de Población). Este registro sólo se refiere a los matrimonios constituidos en México, no a los celebrados en el extranjero.

Éste es otro tipo de registro (registro poblacional), diferente del que examinaremos antes, es decir, del que debe llevarse a cabo ante el Registro Civil del lugar de residencia. Según la ley mexicana, el Registro Nacional de Extranjeros debe hacerse ante las autoridades dependientes de la Secretaría de Gobernación, que son las distintas delegaciones de esta Secretaría en el interior del país y ante el Instituto Nacional de Migración en el caso del D.F.

La importancia de este registro trasciende a los datos que el gobierno mexicano desea tener de los extranjeros sitos en México. *La abstención del registro no es causa de anulación del matrimonio, ni obstáculo para que deje de producir efectos.* El registro poblacional no es un requisito de existencia ni de validez del acto matrimonial. La sanción por no registrar el matrimonio es sólo administrativa, por lo que no afecta al estado civil constituido.

Tercer tipo de registro

La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, ratificada por numerosos países, entre ellos México, reconoce como función de los cónsules actuar en calidad de oficiales del Registro Civil, siempre que no se opongan las leyes del Estado receptor (art. 5o., fracc. *f*).

En este ámbito se deslindan dos funciones con relación al registro del matrimonio: *i*) el que se constituye ante el cónsul, esto es, el matrimonio que ante él se celebra, y *ii*) el que habiéndose celebrado ante las autoridades del Estado en el cual está adscrito el cónsul, le es presentado para que elabore una certificación de dicho matrimonio y lleve a cabo un asiento o registro con la finalidad de que sea reconocido en el país que representa el cónsul. El primer tipo de registro (registro-constancia) es el que prescribe la Convención de la ONU sobre Registro de Matrimonio, esto es, para *dejar constancia* del acto celebrado; en cambio, el segundo tipo se emplea para revalidar los actos o constancias relativos al matrimonio contraído ante las autoridades extranjeras a fin de que *produzca efectos* en México. En el primer tipo es donde cabe propiamente el conocido como *matrimonio consular*. En el segundo caso (registro-revalidación), podemos suponer que ya existe un registro previo en el lugar del extranjero donde se celebró el matrimonio y el nuevo registro o inscripción sólo revalida los actos realizados para que produzcan efectos en México, que es un foro distinto de aquel del lugar donde originalmente se documentó el matrimonio.

En el caso de los matrimonios consulares, el cónsul procede a hacer el registro del matrimonio en sus propios archivos. La ley o leyes mexicanas (de cada una de las entidades federativas) no establecen la obligación de registro de ese matrimonio ante alguna oficina específica del Registro Civil ubicada en territorio nacional. Lo que deja el asiento o registro del matrimonio en las oficinas consulares y no en alguna oficina del Registro Civil ubicada dentro de territorio mexicano. No obstante, con

este registro se cumple con lo ordenado en la Convención de la ONU sobre Registro de Matrimonio, sobre todo por el hecho de que los cónyuges pueden solicitar una copia certificada de su matrimonio para registrarlo ante el Registro Civil de un domicilio posterior en México, lo que sirve para efectos prácticos como una referencia directa e incluso para obtener copias subsecuentes.

Cuando el cónsul mexicano en el extranjero celebra el matrimonio de mexicanos sólo puede hacerlo cuando esos mexicanos están domiciliados en la demarcación territorial asignada al cónsul. Esto impide pensar en que el acta levantada por el cónsul se envíe a alguna entidad federativa mexicana donde estuviere el domicilio de los casados, ya que este último domicilio no existe. El *Reglamento de la Ley del Servicio Exterior* (art. 82) prescribe que esas actas deberán concentrarse en la oficina central del Registro Civil en el Distrito Federal.[89] La obligación debe entenderse para cuando el D.F. dependía del presidente de la República e, incluso, cuando su jefe máximo (el regente del D.F.) era designado por el propio presidente. En la actualidad este Registro Civil es un órgano que no depende del gobierno federal; además, su regulación tampoco le compete al Poder Legislativo federal, sino al local. El *Reglamento del Servicio Exterior* expedido por el presidente de la República no puede, por ningún motivo, establecer regla alguna que incida sobre una oficina que no le compete, pero en la práctica esta forma de registro ha funcionado pues al menos se sabe dónde encontrar el registro consular. De *lege ferenda*, podría crearse un registro federal que dependería de la Secretaría de Relaciones Exteriores, donde se lleve cuenta de los matrimonios celebrados por cónsules mexicanos.

La obligación de elaborar el registro la prevé la Convención Consular que celebraron México y la entonces República Democrática Alemana (art. 30, fracc. *d*), derechos que pasaron a la hoy República Alemana, donde se prescribe que los matrimonios de los mexicanos, o de un mexicano casado en Alemania, pueden ser registrados *ante el funcionario consular mexicano* acreditado en ese país. En sentido similar se prescribe en el Convenio Consular suscrito entre México y Bulgaria (art. 29, fracc. *d*); aparece, igualmente, en las convenciones que México celebró con Francia y con Italia relativas al matrimonio, que ya mencionamos.

El archivo, registro y mantenimiento de documentos de la oficina del D.F. sólo compete a las autoridades del D.F. En consecuencia, esta inconstitucional intromisión del Presidente de la República en una oficina del D.F. plantea la necesidad de que el matrimonio consular deba ir a un registro como el que mencionamos, a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Para tratar de salvar esta cuestión, el *Reglamento* indica que se concentrarán "en los términos y condiciones que señalen las disposiciones aplicables". Seguramente han de ser las del D.F., que nada indican.

[89] En este caso sólo se concentrarán esos documentos en una oficina del D.F., pero esto no significa que tenga que volver a registrarse el matrimonio.

Cuarto tipo de registro

En el caso de un matrimonio celebrado en el extranjero, además de registrarlo ante las autoridades del Estado donde se verificó, debe registrarse en México a manera de revalidación. Por lo general, este registro se reduce a la transcripción de las actas o constancias extranjeras.

La obligación de registrar las constancias acreditativas del matrimonio contraído en el extranjero se encuentra en el art. 161 del *CCDF*, el cual, luego de la nueva redacción realizada en el año 2000, establece lo siguiente:

> **Artículo 161.** Los mexicanos que se casen en el extranjero, se presentarán ante el Registro Civil para la inscripción de su acta de matrimonio dentro de los primeros tres meses de su radicación en el Distrito Federal.

Aunque con algunas variaciones el texto es seguido en la mayoría de las entidades federativas, así como en el *CCFed*. La mayor parte de estas leyes suelen agregarle el momento a partir del cual produce efectos el registro. Como ya lo dijimos, este registro es innecesario y puede provocar problemas cuando la viuda no hizo el trámite previamente, y al no ser válido su matrimonio en México, sus derechos sucesorales pueden ser afectados cuando el cónyuge que contrajo segundo matrimonio fallece intestado y los llamados al testamento sólo sean los hijos del primer matrimonio.

Antes del año 2000 el texto del *CCDF* tenía otra redacción que hoy es seguida en la mayoría de las entidades federativas. El art. 161 del *CCDF* ya derogado prescribía:

> Tratándose de mexicanos que se casen en el extranjero, dentro de tres meses de su llegada a la República se transcribirá el acta de la celebración del matrimonio en el Registro Civil del lugar en que se domicilien los consortes.
>
> Si la transcripción se hace dentro de esos tres meses, sus efectos civiles se retrotraerán a la fecha en que se celebró el matrimonio; si se hace después, sólo producirá efectos desde el día que se hizo la transcripción.

El citado enunciado o regla de derecho material interna merece algunos comentarios. Nos referiremos a tres de los aspectos que aborda: *i*) el origen de los contrayentes y el lugar de celebración del acto, *ii*) la presencia de los contrayentes en México y el plazo para la revalidación y registro, y *iii*) el momento a partir del cual produce efectos.

Origen de los contrayentes y lugar de celebración. En los *matrimonios celebrados por mexicanos en el extranjero* deben distinguirse dos aspectos: que las nupcias las hubieran contraído *personas de nacionalidad mexicana* y que se hubieran *realizado fuera de México*. Ahí las conexiones apuntan tanto a la *nacionalidad de los contrayentes* (mexicana) como al *lugar donde se realizó* (en otro país) el acto. Se trata de un doble o simultáneo o acumulativo punto de conexión.

Al amparo de esta disposición no es posible exigir que se registre el matrimonio realizado *entre extranjeros*, aun cuando residan en México, y tampoco el *matrimonio mixto*, es decir, el celebrado entre un mexicano y un extranjero,[90] ni los *matrimonios consulares* practicados ante un cónsul acreditado por México en el extranjero. Salvo estos casos, subsistirá el problema relacionado con la obligación de registrar el matrimonio contraído en el extranjero.[91]

Los códigos de algunas entidades federativas difieren en cuanto al origen de las personas que contraigan el matrimonio en el extranjero. Mientras el *CCFed* y el *CCDF* aluden a los *mexicanos*, otros códigos son más regionalistas pues sólo se refieren a los originarios de sus estados, como ocurre cuando aluden a los *morelenses, queretanos, sonorenses*, etc. La posición es lamentable ya que prescriben una desigualdad respecto a los originarios de otras entidades federativas o del extranjero, pues unos sí deben revalidar su matrimonio, mientras que otras personas no lo necesitarán.

No es correcto que el registro sólo se refiera a ciertas personas, cuando lo que se pretende es reconocer un matrimonio celebrado en el extranjero (sea de mexicanos o de extranjeros).

En resumen, sólo a los mexicanos o a los habitantes de ciertas entidades federativas se les exige que registren el matrimonio que contrajeron en el extranjero, siempre que se trate de mexicanos (de acuerdo con algunos códigos) o sean originarios de la entidad federativa correspondiente (conforme a otros códigos). Esto conduce a afirmar que los extranjeros no están obligados, aun cuando residan en México o en alguna entidad federativa, y tampoco lo estarán los mexicanos no domiciliados en la correspondiente entidad, según el caso.

---

90 A pesar de lo dicho, en la práctica se ha entendido que basta que uno de los cónyuges sea mexicano para exigir el registro, pues de otra forma ese matrimonio no produce efectos en México. Hay incluso una resolución judicial en este sentido que proviene de un Tribunal Colegiado de Circuito y establece que el art. 161 "está aludiendo a la posibilidad de que *cualquiera de los contrayentes, o ambos, sean de nacionalidad mexicana*, y no a la circunstancia de que necesariamente los contrayentes en país extranjero deban ser mexicanos... pues de aceptarse el criterio señalado, se excluirían de su regulación y aplicación a los matrimonios celebrados en el extranjero, por un nacional con un extranjero, estableciéndose una excepción a dicha regla general que el dispositivo de mérito no contempla". Tribunales Colegiados de Circuito, Quinto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, t. V, junio de 1997, Tesis: I. 5o.C.60 C, p. 763, AD 2355/97. Sucesión de Santiago Méndez Suárez, 15 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: José Rojas Aja. Secretario: Francisco Sánchez Planells. Hay otra resolución similar en Tribunales Colegiados de Circuito, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, agosto de 1995, Tesis: XI. 2o.9 C, p 556, AD 98/95. Genuino Calvo Rodríguez. 3 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Enrique Castillo Morales. Secretaria: Ireri Amezcua Estrada.

91 Nadia de Araujo plantea un caso ocurrido en el derecho brasileño. Se trata del matrimonio de unos extranjeros en el momento del matrimonio, pero que después se naturalizaron brasileños. ¿Les cabe a éstos la obligación de registrar su matrimonio? Nadia de Araujo, *Direito Internacional Privado*, Renovar, Río de Janeiro, 2003, p. 368.

Presencia de los contrayentes y plazo para la revalidación. En cuanto a los matrimonios celebrados en el extranjero por mexicanos que trasladan su residencia a México, la mayoría de las entidades federativas conceden un *plazo de tres meses para que se haga el registro*. La pareja de mexicanos que se establezca en esas entidades debe registrar su matrimonio ante una autoridad mexicana: el Registro Civil.

No hay obligación de registrar el matrimonio cuando la pareja sea transeúnte, llegue accidentalmente a México o ingrese como turista o por cualquier otro motivo. Esto es, *sin ánimo de residencia* (de radicarse, dice el *Código*). Para que esa obligación exista, la pareja debe llegar *con el ánimo de residir en territorio mexicano*. Por ejemplo, los millones de mexicanos que residen en Estados Unidos de América y que durante sus vacaciones visitan México no están obligados a registrar su matrimonio a menos que su intención sea residir en nuestro país.

Por lo que hace a la forma de computar el plazo, la redacción prescrita en la mayoría de los códigos de las entidades federativas aclaran el *dies aquo* y el *dies ad quem*. De esta manera, precisan que el plazo se inicia a partir del momento en que la pareja se domicilia en esa entidad federativa. El momento de inicio de la radicación se entiende que es cuando comienzan a residir en esa entidad, punto a partir del cual se contará un plazo de tres meses y se puede comprobar con un contrato de arrendamiento, pago de servicios municipales u otro documento pertinente.

La redacción que anteriormente tenía el *CCDF* aún es seguida por los códigos de varias entidades federativas y continúa produciendo dudas en torno a su interpretación:

> Por lo que hace a la forma de computar el plazo para el registro, consideramos que hay dos posibles interpretaciones.
>
> La primera[92] sostiene que la disposición contenida en el art. 161 del *CCDF* es imprecisa, lo que demanda justamente una labor interpretativa. En su primer párrafo dicha norma establece que los mexicanos que se casen en el extranjero deberán registrar su acta de matrimonio "dentro de los tres meses de su llegada a la República", concepto éste bastante vago. Aquí tenemos tres hipótesis: se habla de que los mexicanos "llegan" a México, pero sin que se precisen las consideraciones sobre los propósitos de su llegada (turismo, visita o para establecer su domicilio); según la disposición, deben hacer el registro "dentro de los tres meses" y de esta manera se le otorgarán efectos retroactivos al matrimonio a la fecha que se celebró. Si no lo hacen, la sanción correspondiente es que los efectos del matrimonio sólo se contarán a partir de la fecha del registro, lo que, por ejemplo, puede provocar serios problemas para los herederos en caso de muerte o para la cónyuge o el cónyuge para demandar alimentos. Esto nos lleva a la segunda hipótesis: por el solo hecho de que los mexicanos casados en el extranjero "lleguen" a la República, ya sea por 24 o 48 horas, el citado plazo empieza a contar, y si no registran su matrimonio dentro del mismo habrán incumplido la disposición, hipótesis evidentemente absurda.

92 Sostenida por Leonel Pereznieto Castro.

> En tales circunstancias sólo cabría una interpretación integradora, que sería la tercera hipótesis, que comprendiera tanto el primero como el segundo párrafo de la disposición. ¿Cuál es el fin último del art. 161 del *CCDF* que se comenta? En nuestra opinión[93] puede ser que se trate de aquellos mexicanos que vengan a domiciliarse a México. La propia disposición da la clave al establecer que la transcripción del acta de celebración del matrimonio en el extranjero deberá hacerse ante "el Registro Civil del lugar en que se domicilien los consortes". Esta interpretación no evita que los mexicanos casados en el extranjero puedan registrar su acta sin domiciliarse, a causa de la ambigüedad de la disposición, pero ello dependerá del juez o del oficial del Registro Civil. Lo importante es que en la interpretación integradora que se propone para el art. 161 del *CCDF* se tome en cuenta como factor básico el fin de la disposición; es decir, que se trate de consortes que hayan decidido domiciliarse en México, que la "llegada" a territorio de la República sea con ese fin. Y se considera que en estas circunstancias se está en condiciones de interpretar el art. 161 del *CCDF* en su totalidad, como veremos en seguida.
>
> Si afirmamos que el registro debe hacerse cuando la pareja se internó en territorio nacional para residir en él, conforme al art. 29, segundo párrafo del *CCDF*, "se presume que una persona reside habitualmente en el lugar cuando permanezca en él por más de seis meses", nos lleva a concluir que los tres meses a los que se refiere el art. 161 del *CCDF*, que indica que el registro del matrimonio debe hacerse dentro de dicho plazo después de que los mexicanos que se casaron en el extranjero llegaron al país, deben ser considerados como el plazo establecido por una norma especial que deroga la general del art. 29, segundo párrafo, del *CCDF*.
>
> La segunda interpretación[94] considera que el plazo para registrar el matrimonio corre a partir del momento de la llegada de la pareja a la República y no desde el momento en que se domicilie. El art. 161 dice: "dentro de tres meses de su llegada". Aunque este texto es bastante confuso, podría pensarse que la pareja llega a México, visita varios lugares y sólo después de un tiempo decide residir en este país.
>
> Ciertamente, esta interpretación plantea que su significación gramatical es excesiva. Según las direcciones metodológicas del derecho, una interpretación meramente formal y sin examen del contexto conduce al resultado explicado. Al examinar la disposición de acuerdo con un enfoque sociológico, con base en el realismo jurídico o uno contextual, el resultado será seguramente uno.[95] El planteamiento parte del principio de que los tribunales mexicanos sostendrían una interpretación formalista y descontextualizada, dada la tradición que durante el siglo XX los ha acompañado. No obstante, es deseable que la ley y los jueces reflejen realidades y valores, y lo mejor sería aclarar el texto legal.[96]

93 De Leonel Pereznieto Castro.
94 Sostenida por Jorge Alberto Silva.
95 El defendido por Leonel Pereznieto Castro.
96 Es muy posible que la reforma llevada a cabo en el *CCDF* durante el año 2000 haya tomado en cuenta los planteamientos que por aquel entonces hicimos en la primera edición de esta obra.

En resumen, conforme a las leyes mexicanas se requiere que la pareja matrimonial resida en México y que a partir de establecer su residencia ("que lleguen" a México) cuente con un plazo máximo de tres meses para revalidar su matrimonio.

Prueba del matrimonio contraído en el extranjero

La prueba o demostración de un matrimonio no es un asunto o aspecto propio del estado civil de las personas, sino del derecho procesal probatorio. Normalmente se plantea como cuestión previa reclamando el reconocimiento de ese estado o su desconocimiento. Mientras el estado civil se rige por la ley del domicilio (o la *lex fori* en el D.F.), la prueba (aspecto procesal) suele regirse por la *lex fori*, es decir, se aplica la ley del tribunal. En especial, nos estamos refiriendo al *medio de prueba*.

Los *medios de prueba* se consideran como "los instrumentos en los que se encuentra o mediante los que se conduce la fuente de prueba que se presenta al órgano o tribunal para conocimiento".[97]

El CCDF reitera el criterio territorial al prescribir que "el estado civil sólo se comprueba con las constancias relativas al Registro Civil; ningún otro documento o medio de prueba es admisible para comprobarlo, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley" (art. 39).

Aquí es necesario hacer algunas precisiones: una cosa es registrar las constancias acreditativas del matrimonio celebrado en el extranjero, y otra la prueba de ese matrimonio. No es posible afirmar que para probarlo tenga que estar registrado, ya que, por un lado, es necesario probarlo para que se registre y, por otro, el registro se hace para que se le reconozcan efectos probatorios al matrimonio. Luego, el registro no es para probarlo, sino para revalidar el matrimonio y darle publicidad y, eventualmente, servir de instrumento probatorio.

Por otro lado, también cabe diferenciar el acta del estado civil (el acta de matrimonio) del acta del registro del acto del estado civil (la anotación que se realiza con motivo del registro del acta). En México ambos actos parecen fundirse en uno solo, pero es conveniente la distinción porque no en todos los países se confunde el acta o constancia que se levanta con motivo del matrimonio, con el registro de esa acta o constancia. Piénsese por ejemplo en el acta o constancia que se levanta en una iglesia al celebrarse el acto matrimonial, con el registro que de esa acta se hace ante las oficinas de gobierno.

Con el registro se reconoce un matrimonio extranjero, pero el reconocimiento no sólo se hace mediante el registro, como adelante lo explicaremos.

Como se advierte, para probar o acreditar un matrimonio extranjero no necesariamente ha de hacerse mediante el acta de algún Registro Civil, ya que una norma especial ha abreviado lo relativo al Registro Civil al exigir que *basta con las constancias*

97 Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, McGraw-Hill, México, 1977, p. 333.

que los interesados presenten para acreditar ese estado civil (art. 51, *CCDF*), lo que significa que podría bastar con el acta de celebración del matrimonio o la constancia que expida la Iglesia en el extranjero, si ésta es documento oficial en ese país, sin que sea necesario el acta de su registro.

De lo anterior se advierte que el art. 39 del *CCDF*, arriba citado, sólo es una norma sustantiva interna que se preocupa por las relaciones de tráfico jurídico interno (no internacional) ya que, por otra parte, el legislador mexicano tampoco podría exigir que se cumplieran determinadas reglas en el extranjero. Es el estado del registro el que debe determinar su funcionamiento.

Con lo dicho, un matrimonio extranjero podrá probarse en México mediante *las constancias que lo acrediten*, independientemente de que se registre o no en el extranjero, siempre sobre la base de que este tipo de documentos deben ser debidamente legalizados. Este último tema lo abordaremos más adelante.[98] Por otro lado, algunos códigos de procedimientos penales admiten que el matrimonio sea comprobado mediante la prueba testimonial. De igual manera, una ley abrogada, la *Ley del Divorcio*, de Chihuahua, de 1933, también admitía el testimonio para poder demostrar un matrimonio e, incluso, algunas decisiones judiciales han admitido esta posibilidad, conformándose con una simple confesión judicial.[99]

Las dificultades para probar el matrimonio extranjero se hicieron patentes a raíz de la Segunda Guerra Mundial, sobre todo porque en los lugares donde se había constituido el matrimonio se destruyeron los registros e, incluso, las actas. Los tribunales de varios países tuvieron que acceder a que el matrimonio se demostrara con medios de prueba distintos de los tradicionales. En nuestro país se presentaron diversos casos con motivo de la Revolución mexicana, pues varios archivos fueron incendiados y destruidos. Algo similar ocurrió durante la conocida como *Guerra cristera*. Lo mismo sucede aún a algunos exiliados como los cubanos, para quienes es sumamente difícil acceder a los archivos de su país.

Las capitulaciones patrimoniales o régimen patrimonial del matrimonio podrán demostrarse con cualquier medio ordinario de prueba. Como las capitulaciones patrimoniales no califican o encuadran dentro de los actos del estado civil, sino de los contratos (tema que examinaremos en el próximo capítulo), no les es aplicable el citado art. 51, ni el 161 del *CCDF* sobre la prueba de un acto del estado civil constituido en el extranjero.

Por otro lado, las constancias extranjeras que se presenten, deberán estar legalizadas, lo que se puede hacer mediante la Convención de la Apostilla. La legalización tradicional, por lo común, es remitida por los códigos locales a lo que indique el *CFPC*, debiéndose incluir aquí la traducción, cuando fuere procedente.

98 Capítulo 18.

99 *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Quinta Época, t. CXIX, p. 407, AD 4927/52, Sec. 1a., 20 de enero de 1954, cuatro votos. Véase en Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado; su recepción judicial, op. cit.*, tesis 932, p. 932.

Reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero

El hecho de que un matrimonio extranjero se pruebe o *demuestre* no significa que tenga que ser *reconocido*. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la prueba en México de un matrimonio anterior, para impedir o anular un matrimonio en nuestro país y, en caso extremo, en que podemos probar el tercer matrimonio de un musulmán (sin disolución de los anteriores) y que, a pesar de probarlo, no sea reconocido. Conforme al principio *favor matrimonii,* todo matrimonio extranjero debe ser reconocido, salvo en los casos de excepción que procedan.

El reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero ha sido objeto de regulación específica en otros países. Por ejemplo, en Gabón,[100] lugar donde se acepta la poligamia, se aplica la *ley nacional del marido*; pero a los extranjeros naturalizados no se les puede reconocer el derecho a tomar una segunda mujer si la poligamia no se admite en su patria. En la República Dominicana,[101] la ley reconoce el matrimonio celebrado entre un dominicano y otra persona en el extranjero conforme a la *ley del lugar de celebración*, siempre que al matrimonio le hubieran precedido los edictos fijados en la ley dominicana.[102]

Nos referiremos ahora al órgano competente que puede reconocer un matrimonio extranjero. Debe tenerse presente que la ley mexicana exige a los encargados del Registro Civil que para autorizar un matrimonio cada contrayente debe presentar diversos documentos. Entre éstos se encuentra, si es el caso, la sentencia judicial o la resolución administrativa que previamente disolvió el matrimonio anterior, lo que ayudaría a demostrar la falta de impedimento para contraer un nuevo matrimonio. La autoridad mexicana con facultades para reconocer un matrimonio extranjero podrá ser una administrativa y no necesariamente una judicial. Además, el oficial del Registro Civil no puede exigir que la sentencia extranjera haya tenido que pasar por un procedimiento de *exequátur,* pues no se trata de una sentencia que implique ejecución coactiva.[103] Sólo se trata de un acto que podrá introducirse al foro bastando la autenticación del documento (que se legalice o apostille). Se exceptúa de lo dicho la ley de Baja California Sur, que exige una *previa homologación del divorcio* extranjero (art. 138, CC). En sentido similar, la ley de Hidalgo ni siquiera admite efectos probatorios a las constancias extranjeras que se presenten, sino después de que se transcriba el acta de matrimonio en cualquier Registro Civil del país (art. 163, CC); la ley yucateca se conduce de igual manera (arts. 75 y 77, CC). En las leyes de estos tres últimos estados se trata, obviamente, de disposiciones fuera de época, impregnadas de

100 Artículo 34 del *Código Civil.*

101 Artículo 170 del *Código Civil.*

102 Al dominicano que se case en México le conviene que, previamente, se cumpla con la publicación de los edictos en su país a fin de que le sea reconocido (en el caso de que regrese), ya que en México su matrimonio será reconocido sin necesidad de los edictos.

103 En México, a diferencia de España, no es necesario que el divorcio obtenido en el extranjero tenga que ser registrado (y homologado) como condición para volver a casarse.

un territorialismo exagerado que atenta contra el principio *favor matrimonii* y que se muestran desfavorables a los principios internacionales de cooperación y armonía.

Podemos decir que, en lo general, en México priva en el ámbito judicial el principio *favor matrimonii. Los matrimonios contraídos en el extranjero tendrán que ser reconocidos sobre la base de su validez en el extranjero* (art. 161, CCDF). Esto significa que si el matrimonio es válido en el lugar donde se contrajo no habrá ninguna razón para desconocerlo en México, salvo que concurra un caso de excepción, como sería que pugne contra el orden público internacional o que haya sido anulado por los tribunales del país donde se celebró, pero si tal anulación tiene como base una condición establecida por la ley mexicana, esa sentencia no podrá ser reconocida.

Como sabemos, la ley aplicable al matrimonio contraído en el extranjero es la *ley del lugar de su celebración*, incluidas sus normas de conflicto (art. 161 del CCDF). Esto supone el reconocimiento de la ley sustantiva de ese lugar o de la ley que su norma de conflicto hubiera prescrito como aplicable a la validez del acto matrimonial (por ejemplo, la de la nacionalidad o la del domicilio).[104]

Lo incorrecto es que ese art. 161 sólo se refiere al matrimonio "de los mexicanos" como ya señalamos. Esto supone una regla especial de DIPr, extraña en nuestra codificación. Si se trata del matrimonio de una pareja de personas residentes en el extranjero el problema parece quedar sin respuesta, aunque no se prohíbe su reconocimiento.[105]

Las dudas que en seguida trataremos de aclarar tienen que ver con matrimonios que carecen de un equivalente exacto en la regulación mexicana: los religiosos y los poligámicos. ¿Deberán ser reconocidos en México?, ¿hasta dónde opera el *favor matrimonii*? Intentaremos dar una respuesta sobre el particular y aprovecharemos para referirnos al no reconocimiento del matrimonio extranjero cuando se ha contraído con *fraude a la ley*.

Reconocimiento del matrimonio religioso contraído en el extranjero

Enrique Estrada Aceves afirmó que un matrimonio religioso contraído en el extranjero no podría ser reconocido en México. Según el autor, de acuerdo con la ley mexicana

104 Si la norma de conflicto extranjera prescribe la validez del matrimonio conforme a la ley del domicilio o la de la nacionalidad, éstas serán las que le den validez al acto. El nuevo *Código Civil* yucateco (arts. 75 y 76) no sólo se refiere al matrimonio contraído en el extranjero *entre mexicanos*, sino que alude al *matrimonio mixto* (un mexicano y un extranjero), que será reconocido "si se prueba que en el acto se observaron las formas y requisitos que en el lugar de su celebración establezcan las leyes, y que los mexicanos no contravinieron" ciertas disposiciones yucatecas.

Como algo novedoso, la ley yucateca también se refiere al reconocimiento del *matrimonio entre extranjeros*, que será reconocido si se realizó "con arreglo a las leyes del país en que se celebró" y que "los interesados comprueben ante la autoridad judicial que corresponda [la yucateca], en vía de jurisdicción voluntaria, que al celebrarlo *no violaron*" específicas disposiciones yucatecas. Procedimiento éste que es una especie de *exequátur*, lo que implica una traba adicional al reconocimiento del acto matrimonial.

105 S. A. Bayitch y José Luis Siqueiros, *Conflicts of laws: mexican and United States*, *op. cit.*, p. 95.

sólo son válidos los matrimonios contraídos ante el Registro Civil.[106] Es ésta una visión internista que sólo se aplica para los matrimonios contraídos en territorio mexicano, donde la ley lo define de esta manera y donde además existe el Registro Civil, pues el legislador mexicano no puede obligar a que en otros países se siga su propia regla y menos aún que se constituyan registros como los que ese legislador mexicano ha dispuesto para su propio sistema. La regla a que Estrada Aceves se refiere es una regla sustantiva interna, no una material o una conflictual internacional.

Efectivamente, la ley sustantiva interna mexicana no admite el matrimonio religioso, sino únicamente el que se celebra ante el encargado del Registro Civil. Pero el problema por resolver se concentra en los matrimonios religiosos contraídos en el extranjero. No puede decirse que la regulación de éstos sea la misma que la aplicable a las relaciones de tráfico jurídico interno. En todo caso, la respuesta debe encontrarse en la regulación de las relaciones de tráfico jurídico internacional. Si la ley mexicana remite a la ley del lugar de celebración del acto (*lex loci actus*), *resulta entonces que cabe reconocer un matrimonio religioso extranjero*, siempre que sea monogámico, entre personas de sexos opuestos y válido en el lugar de celebración.

En consecuencia, los matrimonios cristianos, judíos, musulmanes o de cualquier otra religión serán reconocidos cuando de acuerdo con la ley del lugar donde se contraen (en Nicaragua, España o Israel, por ejemplo) son válidos, y no existe razón en México para rechazarlos, a menos que vulneren el orden público.

Aunque la formalidad, el ritual y la autoridad ante la que se contrae el matrimonio religioso no son iguales a los seguidos para un matrimonio civil, los tribunales mexicanos han llegado a reconocer matrimonios católicos realizados en España[107] y han tomado en consideración que, según la ley española, los matrimonios confesionales son válidos en el Estado español. Como hemos visto en otro apartado, el matrimonio religioso sólo es una forma del acto matrimonial y como tal debe calificarse y acogerse, esto es, sobre la base de la *lex formam actum*.

Además, la *lex loci* nos facilita encontrar la ley aplicable y los actos creados conforme a esa ley constituyen *derechos adquiridos*, como los llama la ley (art. 13, *CCFed*), y deberán ser reconocidos.

Desconocimiento de los matrimonios poligámicos o poliándricos

La posibilidad de reconocer un matrimonio poligámico o uno poliándrico ha sido objeto de estudio por parte de tribunales de otros países. En un caso en California

106 Enrique Estrada Aceves, *Derecho internacional privado mexicano*, *op. cit.*, p. 177.

107 *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Sexta Época, vol. CXXVIII, p. 39, AD 5649/67, Juan Gari Pallares y coag., 14 de febrero de 1968, cinco votos. Ponente: Mariano Azuela. La tesis puede verse en Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado: su recepción judicial*, *ibidem*, tesis 18, p. 582.

(Estados Unidos de América), fue abordado el tema como *cuestión previa* para decidir acerca de una sucesión por causa de muerte en favor de las viudas, y se terminó por reconocer algunos efectos de ese matrimonio.[108] Un tribunal inglés (1981) hizo lo propio como cuestión previa con un matrimonio poligámico, de manera que reconoció la calidad de herederos de los hijos (caso Shemshadfard *vs.* Shemshadfard); en otro caso (1978) también lo hizo, con el fin de reconocer el derecho de las viudas a suceder (caso Sehota).[109] Esto es lo que el jurista francés Pillet denominó *efecto atenuado* del orden público, es decir, no se reconoce al matrimonio poligámico ni al poliándrico por sí mismo, sino sólo algunos de sus efectos.

Hasta ahora no se ha presentado ante los tribunales mexicanos un caso semejante, aunque Francisco J. Zavala en el siglo XIX mencionó cierto tipo de reconocimiento, al que le denominó *efecto remoto*. Se refirió a los hijos que lograron ejercer un derecho no obstante que el matrimonio no fue reconocido. En una situación semejante, es posible que la autoridad mexicana resolvería en sentido similar a esta decisión. Sin embargo, como en otro capítulo lo explicaremos, en el caso de los alimentos su importancia es mayor pues se trata de un derecho humano y, por tanto, se sigue una lógica distinta.

En cambio, conforme al método iusprivatista, el razonamiento es el siguiente: el juez constata que se trata de un matrimonio (poligámico o poliándrico) contrario a la institución del matrimonio monogámico que tiene establecido por su derecho y, por ende, no admite su reconocimiento. Éste sería un proceder incompleto aunque cumple un fin: evitar que una institución jurídica contraria a nuestros principios se incorpore al sistema jurídico mexicano. Sin embargo, el juez debe consultar su regla de conflicto para indagar de qué naturaleza es la institución que se le presenta y debe concluir que en el fondo es una unión de dos personas y que de esa unión surgieron hijos. El orden público mexicano no sólo admite el concubinato, sino que lo regula y le otorga derechos, así que ese hecho de la unión de dos personas puede ser admitido, pero en todo caso se tratará de un hecho jurídico del cual se derivan consecuencias, como sería el caso de los alimentos.

Cabe agregar que no será reconocido el derecho de una persona a continuar con el estatus de polígamo que adquirió en el extranjero, y, si acaso quiere constituir un matrimonio de ese tipo en México, *no se le autorizará*. La razón es clara: sólo el primer matrimonio del polígamo será reconocido por el ordenamiento mexicano. Sin embargo, podrán reconocerse los derechos adquiridos generados por matrimonios polígamos contraídos en el extranjero (art. 13, fracc. I, *CCDF*), como en el caso de alimentos o la sucesión *mortis causa* de los hijos de los bígamos.

108 François Rigaux, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1985, p. 387.

109 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. II, Artes Gráficas Iberoamericanas, Madrid, 1992, p. 382.

Rechazo a los efectos del matrimonio extranjero contraído con fraude a la ley

Aunque resulta relativamente fácil reconocer un matrimonio contraído en el extranjero también es posible que sus efectos sean desconocidos por *fraude a la ley*. Supongamos que en México una persona atentó contra la vida del cónyuge de su amante; el agresor fue sancionado penalmente, pero luego su amasia se divorció y pretende casarse con ella. Como la ley mexicana impide este matrimonio ("atentado contra la vida de uno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre", *CCDF*, art. 156 fracc. VI), la autoridad lo impedirá. No obstante, estas personas (el delincuente y la amasia, ahora divorciada) se trasladan a otro foro, cambian el punto de conexión (el domicilio, por ejemplo) y se casan. Más tarde regresan a México, lugar donde solicitan el reconocimiento de su matrimonio. El juez mexicano podría razonar de dos maneras distintas. En la primera desconocerá y rechazará aceptarlo. Se deben desconocer los efectos de un matrimonio en estas condiciones, puesto que se contrajo con fraude a la ley mexicana (art. 15, fracc. I, *CCDF*). En el segundo caso, podría argumentar que la disposición del *Código Civil* es de orden público y, por tanto, no debe reconocer ningún matrimonio en el que se ha atentado contra la vida de uno de los casados, por lo que rechazará el reconocimiento.[110]

En el ejemplo anterior los consortes modificaron voluntariamente los puntos de conexión con la finalidad de lograr un resultado que les hubiera sido imposible alcanzar en condiciones normales. En una perspectiva diferente, José Luis Siqueiros considera que "el matrimonio celebrado por mexicanos fuera de su país con el propósito de evadir un impedimento no dispensable de acuerdo con la ley mexicana estaría afectado de un vicio de nulidad tal como si se hubiese verificado en la República".[111] En realidad no se trataría de una nulidad, porque el matrimonio puede ser celebrado válidamente en el extranjero; en todo caso, se rechazarán sus efectos en México debido al fraude a la ley mexicana.

Efectos que produce el registro y reconocimiento de un matrimonio contraído en el extranjero

Nos hemos referido hasta ahora a la prueba y al registro de las constancias acreditativas de un matrimonio contraído en el extranjero, así como a su reconocimiento

110 No en todas partes se estima que se está frente a un fraude a la ley; por ejemplo, en la *Ley de Matrimonio Civil* chilena de 2004 (arts. 82 en relación con el 7) se ha estimado que podrá declararse nulo el matrimonio contraído en el extranjero en el caso de que sobre un cónyuge sobreviviente se "hubiere formalizado investigación por el homicidio de su marido o mujer, o con quien hubiere sido condenado como autor, cómplice o encubridor de ese delito". La explicación es que en este caso la ley chilena mantiene una especie de norma de extensión que le permite controlar hacia su interior la legalidad del acto extranjero conforme a la propia ley chilena.

111 José Luis Siqueiros, "Síntesis de Derecho Internacional Privado". *Panorama del Derecho Mexicano*, UNAM, México, 1965, p. 64.

Ahora vamos a precisar el efecto que produce su registro y reconocimiento. Por lo pronto, cabe dejar sentado que el registro en sí del matrimonio extranjero no es un acto constitutivo del estado civil, de ahí que sea necesario mencionar dos cuestiones: el momento a partir del cual se inicia el reconocimiento de los efectos del matrimonio extranjero y el tipo de efectos que produce en México.

Momento en que comienza a producir efectos en México

El art. 161 del *CCDF* (anterior a la reforma de 2000, pero seguido en varias entidades federativas), a que ya nos hemos referido, prescribía el momento a partir del cual se inicia el reconocimiento de los efectos de un matrimonio contraído en el extranjero. Aquí hay que diferenciar dos situaciones: *a*) que el matrimonio se registre en México dentro del plazo de tres meses, y *b*) que no se registre o se registre fuera de ese plazo.

Si el matrimonio se registra dentro de un plazo de tres meses (contado a partir del *dies a quo*), se reconocerán todos los efectos del matrimonio a partir de la fecha en que se celebró; si no se hace dentro de ese plazo, *no se reconocerán sus consecuencias legales*. Ahora bien, si se hace el registro después del plazo fijado, los efectos del matrimonio sólo serán reconocidos a partir de la fecha del registro en México, pero como en cualquier registro, se presupone que su efecto es retroactivo en la medida en que con él se valida el acto celebrado en el extranjero. El registro en sí mismo es otro de los efectos que puede producir el acto celebrado fuera. Sin él no habría registro. El registro confirma que el matrimonio produzca efectos plenos en México. Se trata en este caso de un acto celebrado antes de la fecha del registro en el país. La ley es rígida porque fue expedida para regular situaciones en el ámbito nacional; sin embargo, el registro actúa como regla de reconocimiento y amplía la referencia del sistema jurídico mexicano a través de una norma distinta (la del registro). Estamos en presencia de un direccionamiento indirecto de la norma hacia el ámbito internacional. Son casos excepcionales, pero no por ello dejan de ser fuente del DIPr.

Los códigos de Coahuila (art. 266, *CC*) e Hidalgo (art. 163, *CC*) no establecen un plazo; les basta que el matrimonio se registre, en cuyo caso los efectos se retrotraen al momento de la celebración, aunque el de Hidalgo faculta para multar a quien no haga el registro dentro del plazo de tres meses.

Algunos códigos mexicanos exigen el registro del matrimonio celebrado en el extranjero (*CCDF* y otros); sin embargo, ese registro no se exige en las leyes de algunas entidades federativas mexicanas, como es el caso de Tlaxcala y Tabasco. Por otro lado, la mayoría de códigos disponen que el registro se realice en su estado o entidad federativa, aunque otros se conforman con que se registre en cualquier otra entidad federativa mexicana donde por ocasión primera los cónyuges establezcan su domicilio en México.

El *Código* que indica respecto a favor de quién produce efectos el registro es el queretano, que establece que es a favor de terceros (art. 153, *CC*), circunstancia que los tribunales de amparo ya habían destacado.

Por último, si el matrimonio se contrajo ante las autoridades extranjeras y luego fue llevado ante el cónsul mexicano acreditado en ese lugar para su registro, como prescriben los convenios consulares, entonces ya no habrá necesidad de volver a registrarlo ante las autoridades del Registro Civil de cualquier entidad federativa. La explicación es la siguiente: si la razón del registro consular consiste en revalidar las actas y constancias acreditativas del matrimonio para que sean reconocidas ante las autoridades mexicanas, ya no habrá motivo para volver a hacer ese registro. Aunque esto no aparece en las leyes internas mexicanas, así se desprende de los tratados o convenios consulares que poseen supremacía jerárquica respecto de las leyes secundarias internas.[112] Desde el punto de vista práctico, por ley, como ya hemos visto, el registro consular se concentra en el registro del D.F. y ahí se podrá solicitar la copia de un acta.

Otra explicación que contribuye a afirmar que un matrimonio contraído en el extranjero y registrado ante el cónsul mexicano en ese lugar no tenga que volver a registrarse en México: sería tanto como una repetición innecesaria de procedimientos en la administración pública, de por sí sobresaturada de trabajo, así como una carga de trabajo doble para los particulares.

Tipos y contenido de los efectos que produce el matrimonio

La mayoría de los problemas que produce la obligación de registrar los actos o constancias acreditativas de un matrimonio extranjero no han sido abordados por el derecho legislado, sino por los tribunales judiciales. Como en otro apartado dijimos, las respuestas no han salido de la teoría ni de la ley, sino de la dogmática judicial, que es importante destacar, ya que en este caso la construcción de la norma ha sido producto de los juzgadores.

El registro (de un matrimonio contraído en el extranjero, donde ya fue registrado) por sí mismo carece de razón de ser. Sólo puede entenderse cuando se toma en cuenta que mediante él se procura un efecto publicitario (efecto registral). En este caso, al ser un acto publicitario no es precisamente el probatorio (cuando menos no único o principal medio probatorio), sino el que publicita un estado civil adquirido fuera de México.

En efecto registral ha sido abordado por los tribunales judiciales de amparo, que diferencian los efectos *exclusivamente matrimoniales o personales* del matrimonio de los *efectos patrimoniales*, clasificación que no se encuentra en el art. 161 del *CCDF*.

El primer tipo de efectos comprende los derechos y obligaciones personales entre los cónyuges. En este caso los tribunales *han resuelto que es innecesario que se registre el matrimonio contraído en el extranjero* (más adelante haremos referencia a algunas resoluciones judiciales). Es decir, aunque se hubiera celebrado en el extranjero y

112 Jorge Alberto Silva, "El registro de los actos acreditativos del estado civil adquirido en el extranjero: algunas notas de la regulación mexicana", en *Alegatos*, núm. 55, 2003, Universidad Autónoma Metropolitana, México.

se hubiera registrado en México, el matrimonio *será reconocido (dentro de las relaciones conyugales) a partir del momento en que se celebró*. Por lo que se refiere al reconocimiento de efectos frente a terceros, algunas decisiones han tendido a exigir el registro. Por ello es que se ha sancionado penalmente a las personas que contrajeron segundas nupcias en México sin haber disuelto antes las contraídas en el extranjero. Cuando la SCJN afirma que por falta de registro "no se invalida el matrimonio extranjero",[113] está reconociendo el matrimonio celebrado en el extranjero, aun cuando no se hubiese inscrito en México. No es necesario que se le dé publicidad a un matrimonio si el cónyuge bígamo sabía que estaba casado.

La sanción por abstenerse de registrar el matrimonio extranjero no ha sido el desconocimiento de éste, aunque algunas tesis judiciales aisladas han sostenido una respuesta diferente.

Respecto de los *efectos patrimoniales*, los tribunales han hecho una distinción tomando en cuenta las personas acerca de las cuales habrá de producir efectos el matrimonio. Cuando de por medio existen problemas patrimoniales *entre los cónyuges*, es innecesario el registro (la respuesta es similar al de los efectos meramente

113 *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala, Quinta Época, t. XXVI, p. 2288; Jesús R. Pesqueira, 23 de agosto de 1929. Varias resoluciones han seguido esta idea. Una resolución de la SCJN ha indicado que "el acta del estado civil exhibida en un juicio en copia certificada, relativa al matrimonio de los contendientes celebrado en el extranjero, demuestra ese vínculo civil, porque tal documento tiene la eficacia plena que le asignan los artículos 327, fracción IV, y 411 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California, siendo además el indicado para acreditar ese estado civil, por ser el específicamente señalado por el artículo 39 del Código Civil, aun cuando no aparezca inscrito en la oficina correspondiente del Registro Civil del lugar de su residencia, como lo exigen los artículos 51 y 161 del Código Civil, *pues la omisión de tal condición, solamente opera en el aspecto patrimonial de los consortes* en beneficio de terceros y no en los matrimoniales". *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Séptima Época, t. XLIX Cuarta Parte, p 45, AD 3192/71. José González Cárdenas. 26 de enero de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

En otra resolución la SCJN prescribió que "debe tenerse en cuenta que el matrimonio produce diversos efectos; unos, puramente *familiares o morales, y otros de carácter patrimonial*. Ahora bien, si la ley exige para que produzca efectos el matrimonio la transcripción en nuestro registro del acta matrimonial relativa, es evidente que los efectos a que alude son exclusivamente los de índole patrimonial en beneficio principalmente de terceros que establezcan relaciones jurídicas con los cónyuges. Esto es obvio, dado que la transcripción es el medio de darle publicidad al acto, para que todo mundo pueda conocerlo y evitar los perjuicios que a aquéllos pudieran resultarles por la ignorancia del estado civil de éstos, si se tolerara que lo mantuvieran oculto; y con privar al matrimonio de sus efectos patrimoniales no resulta afectado en esencia; en cambio, privarlo de los efectos morales o familiares, sí lo afecta, porque se llega a las consecuencias absurdas que ya se han considerado antes; luego entonces, con base en lo anterior, debe establecerse que la expresión 'efectos civiles', que emplea el precepto en cuestión, alude exclusivamente a los efectos que son consecuencia de la publicidad y a ellos debe limitarse el alcance de la sanción impuesta por esa ley, y excluir de ella a todos aquellos efectos que se producen independientemente de que haya o no tal publicidad, porque son producto de la naturaleza misma del contrato." Tercera Sala, *Apéndice de 1995*, Séptima Época, t. IV, Parte SCJN, Tesis. 282, p. 190, AD 9288/67. Evangelina Contreras de Cenizo. 13 de septiembre de 1968. Cinco votos.

personales); si se trata de problemas patrimoniales que *afecten a terceros*, los tribunales han exigido el registro,[114] con lo cual han confirmado que éste produce en tales casos efectos publicitarios.

Entre lo prescrito en el art. 161 del *CCDF* y las decisiones judiciales se presenta una diferencia. En el primero se exige el registro del matrimonio extranjero como condición para que produzca efectos, mientras que en las decisiones judiciales no se establece esa exigencia (al menos en lo que se refiere a los efectos personales), por lo que aun sin el registro se producen todos los efectos de este tipo.

Cabe agregar que la obligación de registrar las constancias acreditativas del matrimonio extranjero también se establece en los códigos de varias entidades federativas mexicanas. Esto hace suponer que en el lugar donde se domicilie la pareja matrimonial debe inscribirse la documentación extranjera que acredite el matrimonio constituido en el extranjero, aunque otras legislaciones se conforman con que se registre en cualquier otra entidad federativa. Como se observa, en algunos casos el legislador dio efecto publicitario al registro, que sean las personas del lugar donde se van a domiciliar los cónyuges las que estén advertidas del estado civil de la pareja, mientras en otros casos el efecto del registro en una entidad distinta desactiva el dispositivo de la publicidad.

Un acto trascendental como el matrimonio no debe hoy en día quedar sin efectos en México por la falta del requisito de registro. Los tribunales judiciales, como ya explicamos, han reconocido la validez del matrimonio extranjero sin necesidad de que se registre cuando el efecto por reconocer es meramente personal, pero se manifiestan en sentido diferente cuando se trata de ciertos efectos patrimoniales (esto es frente a terceros), casos en que sí se ha exigido el registro.[115]

La Convención de Naciones Unidas sobre Consentimiento para contraer Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro no prescribe que un matrimonio deba registrarse en un país diverso a aquel del lugar donde se contrajo para que se le reconozcan efectos, por lo que cada país miembro de la Convención queda en libertad de regular las implicaciones legales internas de matrimonios celebrados en el extranjero.

En algunos países se ha seguido un camino distinto al exigir la previa homologación (España, por ejemplo), pero esto no ocurre en México.

Si se exige que en México, en todos los casos, sí se lleve a cabo el registro del matrimonio extranjero, no sólo se arribaría a una interpretación meramente literal

114 Las tesis, resoluciones y comentarios a éstas pueden verse en Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional privado. Su recepción judicial en México, op. cit.*

115 En una resolución de la SCJN se enfatiza esta postura: *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, Tercera Sala, t. XLIX Cuarta Parte, p. 45, AD 3192/71. José González Cárdenas. 26 de enero de 1973. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Las resoluciones de nuestra Suprema Corte distan mucho de lo que resolvieron los tribunales cubanos, pues a decir de Antonio Sánchez de Bustamante, ahí sí se exigió el registro matrimonial. Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho Internacional Privado*, t. II, Cultural, La Habana, 1943, p. 37.

sino descontextualizada de la realidad. De ahí que el art. 161 del *CCDF* representa una *reminiscencia del territorialismo* mexicano, ya que se trata de una regla que establece un mecanismo burocrático para reconocer los efectos de un matrimonio extranjero. En nuestra opinión, estamos frente a una disposición obsoleta. Lo más razonable sería que, salvo contrariedad con el orden público, todos los actos del estado civil celebrados en el extranjero deberían producir efectos en México, sin necesidad de tener que revalidarlos. De ahí que consideramos que la ley interna debe ser aclarada.

La persistencia en exigir la revalidación y el registro de los actos del estado civil resultaría (por analogía) en que la no inscripción en México del nacimiento ocurrido en el extranjero convertiría a la persona no registrada en un fantasma, lo que es contrario a los derechos humanos, entre los que se encuentra reconocer la personalidad del individuo. Una interpretación rigorista del art. 161 del *CCDF* podría dar como consecuencia que el casado, al no revalidar su matrimonio extranjero en el D.F., se convirtiera en soltero, lo que también es ilógico.

5.4. Matrimonio *solo consensu*, concubinato y otras formas de convivencia

Además del matrimonio contraído ante una autoridad estatal, existen otras figuras semejantes en mayor o menor grado. Algunas, incluso, son equiparadas al propio matrimonio, como el *matrimonio por comportamiento* o el *common law marriage*, es decir, matrimonios *solo consensu*. Otra figura, más alejada del matrimonio, es el concubinato, y una todavía más, el *adulterio*. La diferencia entre unas y otras radica en la mayor o menor permanencia de la vida en pareja y en los efectos legales que producen.

En ocasiones dichos efectos pueden ser semejantes o iguales a los que produce un matrimonio contraído ante una autoridad; en otras es menor el número de efectos (como en el caso del concubinato mexicano), y en otras prácticamente no se reconoce nada (por ejemplo, en el caso de los adulterios).

Concubinato

El concubinato (barraganía o amancebamiento en la España medieval) puede definirse como la vida en común entre un hombre y una mujer, como si fueran un matrimonio, durante un tiempo razonable que la ley mexicana limita a cinco años. En la primera época de la República romana el concubinato y la prostitución no se diferenciaban. La distinción se dio en razón del tiempo: en uno la relación era más o menos prolongada, mientras que en la otra era accidental. Las variaciones habidas en el concubinato han consistido en los requisitos y la capacidad para constituirlo. Durante el medioevo, en ocasiones los casados podían tener

concubinas, pero las actrices, prostitutas y las casadas no podían convertirse en tales.[116]

Con la Iglesia el concubinato fue tolerado, incluso en el caso de los párrocos, por lo menos hasta el siglo XII. Hacia el siglo XIV en algunas ciudades se prohibió el concubinato, lo que colisionaba con disposiciones de otras municipalidades que lo permitían.

El concubinato plantea problemas de calificación cuando el legislador mexicano intenta tratarlo analógicamente con los derechos que se derivan del matrimonio. En el concubinato se está reconociendo una realidad, que es la de una gran cantidad de mexicanos que viven en unión libre, por lo que debe considerársele dentro del *estado civil de las personas*. Éste es un fenómeno que también se da en países de Centro y Sudamérica.

En una concepción jurídica como la planteada estamos en desacuerdo con el profesor José Antonio Tomás Ortiz, quien sostiene que el concubinato no es un elemento familiar, sino una *cuestión prematrimonial*. Según el autor, no puede ser familiar porque no implica una familia; en conclusión, dice, se trata "de una obligación civil convencional". Ortiz desconoce que el concubinato en sí es ya una familia, por lo que considerarlo asunto prematrimonial es claramente una distorsión. En países como México difícilmente puede considerarse al concubinato como una "obligación civil convencional", ya que la realidad nos muestra que existe un alto número de familias que conviven en relaciones surgidas de aquél; se trata necesariamente de relaciones que no sólo son convencionales, sino mayoritariamente de familia.[117] Un rápido estudio de la antropología jurídica mexicana y de la realidad social puede conducirnos a una aceptación de esa forma de vida y asimilarla al matrimonio. Se trata de una forma de comportamiento que han adoptado millones de parejas y que se extiende en la sociedad. Ellas constituyen familias que son una parte considerable del núcleo de la sociedad mexicana y, por tanto debe considerársele un estado civil. A ese estado convergen valores y realidades estrechamente amalgamadas a la familia, por lo que no se trata de una situación prematrimonial o prefamiliar. La Iglesia católica mexicana y latinoamericana han aceptado esa manera de vivir.

La Convención de Naciones Unidas sobre Consentimiento para contraer Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro no desconoce los efectos que podría tener un concubinato constituido en otro país.

El concubinato, como se acoge en México, es una parte del *estado civil de las personas*, aun cuando no exista una disposición que expresamente así lo califique. A pesar de lo parcos que han sido los tribunales mexicanos sobre el particular, ha

116 James A. Brundage, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la época medieval, op. cit.*, p. 54.

117 Leonel Pereznieto Castro, "Algunos aspectos del derecho familiar en México y otros países de Latinoamérica", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI. Aspectos internacionales, op. cit.*, p. 20.

dado por hecho que el *concubinato es una institución propia del estado civil*.[118] Esa manera de ser, convivir y relacionarse conforma el estatuto concubinario. Esta calificación nos lleva a afirmar que las relaciones entre los concubinos deben ser reguladas por la ley que regula el estado civil de las personas, incluida su disolución.

Debido a la naturaleza fáctica del concubinato no es posible advertir la *forma* de constitución,[119] pero es factible percibir el *consentimiento* para constituirlo, que es el de la *lex fori* (en el D.F.) o el del domicilio de cada concubino en el momento de la constitución (en algunas entidades federativas).

Matrimonio por comportamiento y *common law marriage*

El matrimonio formal o tradicional tiene algunas semejanzas con el concubinato y con el matrimonio por comportamiento, ya que estos últimos son semejantes entre sí y se les reconocen efectos similares a los que produce el acto matrimonial. No obstante, mientras que en el concubinato los efectos son restringidos (según lo explicamos), en el matrimonio por comportamiento son más cercanos y en algunos casos iguales a los del matrimonio tradicional.

Julio González Campos afirma que existen países donde el matrimonio no requiere una forma especial para ser válido. En ciertos estados de Estados Unidos de América, sostiene el autor, se reputa como matrimonio aquel que surge por mera posesión de estado (*by habit and repute*). Este tipo de matrimonios equivalen a los que en México se establecieron en las leyes de Tamaulipas y de Hidalgo (matrimonio por comportamiento). En esas entidades federativas se consideraba que existía matrimonio por el simple transcurso del tiempo, aunado a la posesión de estado e inscripción (al menos en Hidalgo).[120] Como éstos se constituyen al lado o al margen de cualquier autoridad, también se les conoce como *matrimonios informales*.

La Convención de la ONU sobre Consentimiento para contraer Matrimonio, Edad Mínima para Contraerlo y su Registro (art. 1.1) exige que el matrimonio se celebre ante una autoridad competente y testigos, pero no prohíbe las uniones no

118 AR 950/92, Bernarda Mundo Principal, 30 de junio de 1992. Asimismo, AR 528/92, sucesión de Jorge Lanz Flores, 28 de octubre de 1992. Una propuesta para mejorar la regulación establecida en el CCDF respecto al concubinato puede verse en Fernando Barrera Zamorategui, "Hacia una mejor normatividad jurídica del concubinato en el Código Civil del Distrito Federal", en *Estudios jurídicos que en homenaje a Antonio Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM*, UNAM-Porrúa, México, 1996.

119 Cierta parte de la doctrina alude a la existencia de actos sin forma.

120 Para un estudio de la ley del estado de Hidalgo (*Código Familiar*) véase Manuel Rosales Silva y Francisco Ignacio Navarro, "Posibles conflictos de leyes derivados del matrimonio y concubinato en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo de 8 de Noviembre de 1983", en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, 1984. Un examen sobre el tema del matrimonio por comportamiento, derivado de un caso presentado en el estado de Tamaulipas puede verse en Raúl Ortiz Urquidi, *Matrimonio por comportamiento*, Stylo, México, 1955; del mismo autor, "Matrimonio por comportamiento", en *Foro de México*, núm. 30, septiembre de 1955.

registradas ni que se les reconozcan efectos similares a los del matrimonio. Con esto se acepta la realidad existente. El punto clave en torno al cual se centra el matrimonio es el consentimiento recíproco manifestado de diversas maneras.

A principios de la década de 1990 se presentó un caso cuyo demandado fue el cómico mexicano Mario Moreno (*Cantinflas*), a quien las autoridades estadounidenses lo consideraron casado con una ciudadana de ese país, Joyce Jett, por el simple hecho de que se presentaba con ella en diversos lugares y la trataba como su cónyuge. En el asunto seguido en Estados Unidos de América se calificó tal unión como matrimonio al amparo del *common law marriage*.[121] Derivado de esta calificación hubo un acuerdo privado entre las partes involucradas en el asunto.[122]

Hubiera sido interesante ver cómo habrían actuado los tribunales mexicanos si se hubiera pretendido que la sentencia estadounidense fuera reconocida, lo que, a su vez, implicaba el reconocimiento del estado civil de casado. Si los tribunales estadounidenses ya habían reconocido un matrimonio de ese tipo, coincidimos con el profesor Julio González Campos, e incluso con la jurisprudencia española,[123] en que en México se podría haber reconocido la forma[124] *solo consensu* del matrimonio extranjero, porque la ley aplicable en Estados Unidos de América así lo dispone, además de que hubo un reconocimiento judicial de dicho matrimonio y éste hubiera sido equiparable al matrimonio por comportamiento, que sí reconoce la ley mexicana y, porque además, no habría contrariedad con el orden público mexicano.[125]

Además de la calificación que hemos planteado, cabe referirnos en este apartado a dos aspectos. Por un lado, a la *constitución del matrimonio* por comportamiento, el *common law marriage* y, por otro, a las *relaciones entre los concubinos* o personas unidas conforme al *common law marriage*.

En cuanto a la *constitución*, tanto el concubinato como el *common law marriage* (que son formas de constitución del estado civil) se rigen por la ley que rige al estado

121 En EUA actualmente se reconoce el *Common law marriage* en Alabama, Colorado, District of Columbia, Iowa, Kansas, Oklahoma, Nueva Hampshire, Pennsylvania, Rhode Island, Carolina del Sur y Utah. En el caso de Mario Moreno el juez tomó en cuenta que ella era la que materialmente pagaba los servicios del departamento del señor Moreno (agua, energía eléctrica, teléfono), fotografías de ambos en fiestas, en la casa del D.F., con el hijo de él. Además de testimoniales, el juez valoró una tarjeta que la señora Jett recibió el día de las madres por parte del hijo de él, así como el trato y cuidado de ella durante una estancia de Moreno en un hospital, todo ello ocurrido durante un largo periodo.

122 En la sentencia pronunciada en Harris, Texas, se condenó a Mario Moreno a pagar 26 millones de dólares. En el convenio ella se quedó con 700 mil, más un departamento y algunas regalías por películas y obras de arte.

123 Julio González Campos *et al., Derecho Internacional Privado. Parte especial, op. cit.*, pp. 414 y 415.

124 En realidad, en el *common law* no existe una forma especial para su celebración.

125 José Luis Siqueiros se pronuncia por el no reconocimiento del matrimonio por comportamiento pues afirma que vulnera el orden público de las entidades federativas que no lo regulan. José Luis Siqueiros, *Los conflictos en el sistema constitucional mexicano. Cinco conferencias en torno al artículo 121 constitucional*, Universidad Autónoma de Chihuahua, Chihuahua, 1957, p. 89.

civil de las personas, que en México se vincula con la ley domiciliar o la *lex fori*. Lo mismo ocurre en lo que hace a las relaciones entre los concubinos o los unidos conforme al *common law marriage*, que se rigen conforme a la *ley que rige al estado civil* de las personas. De esta manera, en México pueden seguir la conexión domiciliar o la *lex fori*, dependiendo de la entidad federativa cuyo *Código* o ley resulte aplicable.

Cuando el orden jurídico de una entidad federativa remita a la ley domiciliar, la calificación podrá hacerse conforme a una calificación *lex causae*; es decir, de acuerdo con lo que dispone la ley aplicable, incluidas todas sus categorías.

Indudablemente, se trata de relaciones de estado civil, y con esta idea hay que tener presente que existen instituciones relativamente diferentes del matrimonio, como el concubinato, que puede considerarse parte del estado civil, lo mismo que el matrimonio por comportamiento.

6 Régimen patrimonial del matrimonio

6.1. Introducción

En el capítulo anterior nos referimos a los efectos que puede producir en México u matrimonio celebrado en el extranjero y mencionamos que los tribunales mexicano han distinguido entre los efectos propiamente matrimoniales o *personales* y los *patri moniales*. Aunque ambos se generan con motivo del mismo acto del matrimonio, lo patrimoniales suelen tener reglas diferentes.

La parte patrimonial es otra faceta de la relación entre los cónyuges. Una es la per sonal, que da origen al matrimonio, la más importante e impregnada de afectividad. través de la patrimonial o económica se procura garantizar a los cónyuges el equilibri y la supervivencia material de la relación en una sociedad como la nuestra.

Como también explicamos en el capítulo anterior, sólo las relaciones personal califican dentro del estado civil, lo que no ocurre en el caso de las relaciones patri moniales. Por esta razón hemos dedicado un capítulo especial a diferenciar el estatu to personal del estatuto patrimonial del matrimonio.

La complejidad de las relaciones matrimoniales y sus efectos han provocado qu en las leyes y en la doctrina extranjeras se les otorgue un trato diferenciado.

En el ámbito de las relaciones patrimoniales el Estado se ha limitado y deja a pareja matrimonial una amplia autonomía de la voluntad, sin que intervengan te ceros ajenos, como es el caso de México. La intervención del Estado, como acabam de mencionar, es limitada, lo cual se demuestra por el hecho de que México s suscriptor de un solo tratado que regula el aspecto económico[1] y son escasas l reglas internas.

Aunque las relaciones de la pareja (las intrafamiliares) son poco reguladas, regulación "hacia fuera" (las extrafamiliares) es tema de la mayor preocupación los jueces para protección en contra de los intereses de terceros.

1 Aunque México es Estado parte de la Conferencia de La Haya, no ha ratificado la Convenci sobre la Ley Aplicable a los Regímenes de Propiedad Matrimonial, de 1978.

Cuando los cónyuges han pactado un convenio respecto del patrimonio, nos encontramos frente a una realidad social tangible. Se trata de una decisión de cómo regular el patrimonio que aportan o adquieren, conformado por muebles, enseres de la casa, productos del trabajo, inversiones, valores y acciones de empresas, e inmuebles. Independientemente de los convenios relativos al régimen patrimonial, en el contexto planteado es evidente la presencia de un régimen económico del matrimonio que se encuentra regulado por leyes distintas de las estrictamente matrimoniales. Éste es el tema que abordaremos en seguida. Para efectos de este capítulo entendemos al patrimonio como un conjunto de bienes, derechos y obligaciones con valor económico de uno de los miembros de la pareja matrimonial o de los dos.

Al adentrarnos en un tema como éste haremos distinciones sutiles que el lector irá descubriendo. En primer lugar está el deslinde que debe realizarse entre el ámbito personal y el patrimonial. Uno de los cuestionamientos ha sido el derecho a la manutención y a los alimentos, que la doctrina suele referir a uno u otro estatuto, tema que abordaremos en el capítulo 11.

6.2. Tipos de regímenes patrimoniales

Al revisar el patrimonio matrimonial tal como es regulado en cada país, se advierten dos tendencias: por un lado, la que está generalizada en los países del sistema romano-germánico, que ve a la familia como una *unidad económica*, de ahí que el patrimonio sea de ambos cónyuges, sin que exista la libertad para que cada uno por separado instituya herederos diferentes de los miembros de la familia. La segunda tendencia no atiende con tanto énfasis a la unidad económica, pues separa a ésta del matrimonio mismo. La ley mexicana se apoyó originalmente en el sistema romano-germánico, pero una reforma en el siglo XIX estableció la libre testamentifacción, así como la posibilidad de cada cónyuge de pactar el régimen patrimonial, colocando a nuestro país en el segundo plano, esto es, que no necesariamente los bienes adquiridos en el matrimonio pasarán a la familia, dada la libertad para testar.[2]

En México, el régimen económico del matrimonio puede pactarse antes de celebrarlo; además, durante la vida matrimonial es posible modificarlo, o incluso sustituirlo. La respuesta a este importante tema corresponde al derecho civil; para nosotros el primer interés es enfocarlo desde la perspectiva de la regla de conflicto; es decir, cuál es el régimen económico de acuerdo con la norma que se aplique, lo que constituye el tema central de este capítulo.

En el orden jurídico sustantivo de los países hay principalmente tres tipos de regulación en cuanto al régimen económico del matrimonio:

2 Una excepción a esta regla puede observarse en la propiedad ejidal, donde la familia parece estar unida a la tierra.

a) El convenio que el derecho mexicano denomina *capitulaciones*, que celebran *los contrayentes al amparo de la autonomía de su voluntad*. Sus disposiciones pueden referirse a dos aspectos: a los personales (cómo educar a los hijos, dónde estará la habitación) y a los patrimoniales (bienes adquiridos, donaciones). El que nos interesa aquí es el último: el *convenio patrimonial del matrimonio*.

b) A falta o insuficiencia de las capitulaciones patrimoniales, el régimen económico normalmente está predeterminado en la ley, por lo que también se le conoce como *régimen legal supletorio*. Tal sistema funciona cuando no existe acuerdo entre la pareja matrimonial; éste es el caso al que se refieren la mayoría de las resoluciones judiciales vinculadas al DIPr.

c) El tercer tipo de regulación parte de las normas imperativas, donde no cabe la voluntad de los contrayentes. Se trata del régimen que *fija* el Estado, *un régimen legal único*. Conforme a estas reglas, se excluye la autonomía de la voluntad para elegir el régimen patrimonial. Así, la ley prescribe el régimen económico al que deben ajustarse los contrayentes,[3] como sucede en varios países musulmanes o en Rumania, donde la regla es la separación de bienes.

Como se advierte, la razón de cada tipo de régimen se deriva del interés que el Estado y la sociedad tengan en la vida cotidiana de los cónyuges; sin embargo, al ser este patrimonio una parte constitutiva del patrimonio social, el Estado interviene para regular lo que más le importa. Por lo general, esta regulación se efectúa por medio de normas imperativas e inderogables y en donde la posibilidad de seleccionar la ley aplicable tiene un límite.

También conviene aclarar que en otros países no es factible hacer modificaciones al régimen económico pactado (inmutabilidad del régimen económico). En estos países el pacto es simultáneo a la celebración del matrimonio. Lo que a nosotros nos interesa por el momento es saber si esta regla de inmodificabilidad puede aplicarse, o no en México.

Salvo casos excepcionales, las leyes mexicanas admiten la autonomía de la voluntad para pactar el régimen económico y, a falta de ésta, se establece un régimen supletorio.

6.3. Calificación del régimen económico

Al igual que en otros supuestos normativos, el primer problema con el que nos encontramos consiste en *calificar el régimen económico* del matrimonio, por lo que solemos preguntarnos entonces si este régimen se tipifica como un asunto o cuestión

3 Édgard Baqueiro y Rosalía Buenrostro, *Derecho de familia y sucesiones*, Oxford University Press, México, 2004, pp. 85 y ss. Acerca de esta obra, cabe mencionar que en 2005 la misma casa editorial publicó *Derecho de familia*, edición revisada y actualizada por Rosalía Buenrostro.

de estado civil, de bienes o derechos reales o como un convenio (tácito o expreso) que encuadra en las obligaciones contractuales. En el primer caso la ley aplicable (si fuese el orden jurídico mexicano) sería la que rige al *estado civil* (que puede ser la del domicilio o la *lex fori*, dependiendo de la entidad federativa). Si lo encuadramos en el régimen de los bienes o *derechos reales*, normalmente se aplica la ley de la situación de los bienes. En el tercer caso, la *ley elegida*, en cuanto a su validez, podrá ser la del lugar donde se celebró el convenio (*lex loci actus*), o la del sitio donde éste producirá efectos (*lex loci solutionis*), o bien la ley que las partes elijan voluntariamente. Como podrá verse, existe un abanico de posibilidades que trataremos de deslindar de aquellas que no correspondan a la definición correcta.

En opinión de Antonio Sánchez de Bustamante, las capitulaciones patrimoniales encajan en el *régimen contractual*.[4] La misma opinión tiene en México Ramón Sánchez Medal.[5] Hay, no obstante, un criterio judicial en sentido diferente, expresado en el caso de Antenor Patiño.[6] Para Carlos Arellano García la calificación sería de derechos reales, lo que es incorrecto pues no se trata precisamente de derechos reales.

La calificación contractual es simplista y deja un vacío en el caso de que no se hubiese pactado acuerdo sobre el régimen económico. Por otro lado, esta calificación contractual se diluye cuando se le analiza frente al acto propiamente matrimonial. Para Chávez Asencio, las capitulaciones patrimoniales son *actos accesorios* del matrimonio y no indispensables para su validez; pueden pactarse antes o después de contraerlo o simplemente no pactarse, caso en el que se aplicará el régimen legal. No obstante, según el autor citado se trata de *actos jurídicos diferentes*, que no son ni deben confundírseles con el matrimonio. Incluso, la nulidad del matrimonio tampoco implica la nulidad de las capitulaciones patrimoniales.[7] La idea de que se trata de un acto accesorio no la comparten todos los autores, como ocurre con Ramón Sánchez Medal[8] y Sergio Martínez Arrieta.[9] Para este último, no es un acto accesorio, sino diverso. La nulidad del matrimonio, dice, no implica necesariamente la nulidad de las capitulaciones,[10] como lo establece el propio *CCDF* (arts. 255 y 256). El régimen patrimonial del matrimonio es, de acuerdo con Martínez Arrieta, "el marco jurídico que gobierna las relaciones patrimoniales que con motivo del matrimonio

4 Antonio Sánchez de Bustamante y Sirven, *Derecho Internacional Privado*, t. II, Cultural, La Habana, 1943, p 20.

5 Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 1973.

6 No publicado en el disco compacto de la SCJN, aunque sí en el *Semanario Judicial de la Federación*, y que lo estimó como parte del estado civil. Véase Fernando Vázquez Pando, "Reflexiones en torno al art. 35 de la *Ley de Nacionalidad y Naturalización*", en IV *Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*. Cd-rom, *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Cenedic, Universidad de Colima, Colima, 2001.

7 Manuel F. Chávez Asencio, *Convenios conyugales y familiares, op. cit.*, 1993, p. 62.

8 Ramón Sánchez Medal, *De los contratos civiles, op. cit.*, p. 398.

9 Sergio Martínez Arrieta, *El régimen patrimonial del matrimonio en México*, Porrúa, México, 1992, p. 39.

10 Sergio Martínez Arrieta, *idem*, p. 41.

nacen entre los cónyuges, frente a sus hijos y con terceros".[11] Para la SCJN se trata de un régimen contractual e, incluso, debe interpretarse conforme a las reglas de interpretación de los contratos.[12]

Con los elementos expuestos abordaremos la calificación dentro del ámbito del DIPr mexicano. Por lo pronto, cabe indicar que existe régimen económico del matrimonio aun cuando no exista entre los cónyuges acuerdo explícito. Si existe convenio la regulación será acorde con el convenio; si falta, conforme a lo que la ley prescribe. No obstante, la autonomía de la voluntad no es tan amplia en este campo como para pactar cualquier cosa en el régimen económico.

La autonomía de la voluntad permite pactar el régimen económico, pero enfrenta algunos problemas en cuanto a la elección del orden jurídico aplicable. Si hay acuerdo escrito, se trata de un convenio, aunque no siempre se realiza este acuerdo.

Vamos a precisar más. No estamos frente a un estatuto de derechos reales, en la medida que no deseamos saber cuál es la ley aplicable a cada bien individualmente considerado; tampoco estamos ante el estatuto de estado civil, porque éste se refiere únicamente a las relaciones personales. Cuando se trata de un convenio su calificación es contractual, pero no siempre existe el convenio; es más, en la mayoría de los casos dicho convenio matrimonial es inexistente (en lo que atañe a las prácticas mexicanas). No nos estamos refiriendo en exclusiva a un acuerdo entre los cónyuges sino al régimen económico del matrimonio decidido por éstos. Cuando enfatizamos en este último concepto, nos estamos refiriendo a los efectos reguladores del matrimonio, al menos en su aspecto patrimonial, por lo que el régimen económico del matrimonio encuadra o califica dentro de los *efectos patrimoniales del matrimonio*. Con esto, tenemos ya una primera parte de la calificación que buscamos.

No obstante esta primera calificación, ¿qué sucede en el caso de que la ley extranjera aplicable califique al matrimonio como régimen contractual? A este respecto, el juez, de acuerdo con la regulación federal, aplicará esa calificación en lugar de la que normalmente se emplea en el derecho mexicano. Sobre el particular, nuestro derecho conflictual indica que "En aplicación de derecho extranjero se observará lo siguiente: I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente." Pero esta forma de proceder no es única ni mayoritaria en las legislaciones de las entidades federativas donde se aplica el estatuto civil de la *lex fori*. En este caso estaremos en presencia de un sistema derogatorio en la medida que sustituye al estatuto contenido en la ley extranjera por el estatuto local. En tales casos, el régimen en vez de contractual —en el ejemplo anterior— sería el relativo al régimen económico del matrimonio, si en esa entidad federal así se regulase. De esta manera, el hecho de que se celebre mediante un convenio no es suficiente para que "el centro de gravedad" —como propuso Savigny— deje de encontrarse del lado de los intereses patrimoniales del matrimonio, por ejemplo, en el *Código* de Jalisco, que dispone que para los aspectos no regulados en las capitulaciones se aplicarán las reglas del contrato, pero no las de cualquier contrato, sino las de

11 Sergio Martínez Arrieta, *idem*, p. 5.

12 *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XIV, sep. de 2001, p. 70.

contrato de sociedad (art. 289, CC). El énfasis, aunque limitado en este ejemplo, es hacia la articulación de la sociedad conyugal que privilegia sobre el contrato en sí. Se busca ir más allá. Lo importante es el matrimonio, la relación fundamental; lo patrimonial sólo lo es en la medida que ayuda en el desarrollo de esa relación que los cónyuges han decidido establecer para llevar a cabo su vida en común y para enmarcar dentro de ella la de sus hijos y formar de esa manera una familia.

Si concluimos que los derechos y obligaciones patrimoniales entre los cónyuges, resultantes de la actividad patrimonial matrimonial, encuadran o *califican dentro de los efectos patrimoniales del matrimonio*, a estos últimos deberán subordinarse los convenios pactados.

6.4. Órgano competente para conocer del régimen económico matrimonial

En México no hay reglas específicas de competencia internacional para conocer y resolver sobre el régimen económico del matrimonio. En otros países existen leyes sobre el particular. La ley suiza, por ejemplo, señala como foro competente para liquidar la sucesión, cuando la liquidación sobrevenga por causa de muerte, la que decrete el divorcio o la que conozca de los efectos del matrimonio (art. 51). Ciertamente, el juez suizo optará por la conexión más favorable para la sucesión, si es que ante él se presentó la demanda.

En cuanto al órgano competente mexicano para conocer del régimen económico matrimonial, debemos tomar en cuenta las hipótesis siguientes:

a) Para autorizar las capitulaciones patrimoniales convenidas *antes del matrimonio* (en realidad un convenio condicional, por cuanto que opera hasta que se celebra el matrimonio).

b) Para autorizar las capitulaciones pactadas o constituidas en el *momento de contraer matrimonio*.

c) Para que durante la vida matrimonial se autorice la *modificación o sustitución* de las capitulaciones patrimoniales.

d) Para *liquidar las capitulaciones*, ya sea por divorcio, nulidad de matrimonio, muerte de uno de los cónyuges o mala administración, sin que el matrimonio haya terminado.

e) Para revalidar y registrar en México las capitulaciones patrimoniales pactadas en el extranjero.

En los casos *a*, *c* y *e* el tribunal competente no será necesariamente el mismo del Estado que autorice el matrimonio. En algunos países suele fijarse como órgano competente el del *Estado donde se ubican los bienes*, especialmente cuando se trata de inmuebles.

De acuerdo con el derecho mexicano, en el caso *b* (cuando las capitulaciones se pactan en el momento de constituir el matrimonio) la competencia se inclina en favor de las autoridades del Estado o país que *autoriza y celebra el matrimonio*. En la realidad, la mayoría de los casos encuadran en este supuesto.

Además tenemos los casos en que se está ante un litigio entre cónyuges o donde no existe ese litigio; si lo hay, el país competente es por lo general el del *domicilio del demandado*, o en algunas hipótesis, como en el caso de abandono del hogar, el tribunal competente es el del *domicilio del cónyuge abandonado*; si no existe litigio, es usual que las partes elijan al tribunal competente en atención a la autonomía de su voluntad o recurran al lugar de ubicación del inmueble a que pueda referirse el acto de jurisdicción voluntaria.

No está por demás aclarar que según el orden jurídico mexicano, sus tribunales no tienen *competencia exclusiva* para conocer acerca de las capitulaciones económicas patrimoniales, ni siquiera cuando en el patrimonio haya inmuebles, según desacertadamente sostiene un autor.[13]

6.5. Ley aplicable

Algunos sistemas jurídicos cuentan con una norma de conexión especial para regular el régimen patrimonial del matrimonio. En países como Albania,[14] Grecia,[15] Irak,[16] Jordania[17] y Corea[18] se recurre a la *ley del marido en el momento de celebrar el matrimonio*. Se trata de países donde, en su mayoría, aún pesa el antiguo derecho religioso. En cambio, en países seculares como Perú[19] se aplica la *ley del primer domicilio conyugal*; en Alemania,[20] el derecho que rige es el de los *efectos generales del matrimonio*; en Venezuela,[21] la *ley del domicilio de los cónyuges;* en Brasil, la del *domicilio común*,[22] y en Estados Unidos de América[23] se recurre normalmente a la ley del *lugar de ubicación de los bienes*, aunque la determinación de la propiedad personal puede definirse con base en la conexión con la que la persona tenga la *relación más significativa*, que puede ser la residencia habitual o el domicilio.

13 Carlos Arellano García.
14 Artículo 8 de la ley del 21 de noviembre de 1964.
15 Artículo 15 del *Código Civil*.
16 Artículo 19 del *Código Civil*.
17 Artículo 14 del *Código Civil*.
18 Artículo 16 de la *Ley sobre el Derecho Internacional Privado*.
19 Artículo 2078 del *Código Civil*.
20 Artículo 14 de la *Ley de Introducción al Código Civil*.
21 Artículo 22 de la *Ley de Derecho Internacional Privado*.
22 Nadia de Araujo, *Direito Internacional Privado*, Renovar, Río de Janeiro, 2003, p. 384.
23 David Siegel, *Conflicts in a Nut Shell*, West Publishing, Minnesota, 1982, p. 414.

Desde el siglo XVI Charles Dumoulin se inclinó por la validez contractual conforme las leyes del *lugar del domicilio del marido*, sustrayéndola del estatuto real.[24] Dumoulin sostuvo que la ley aplicable era la del domicilio del marido *en el momento de celebrarse el matrimonio*.

En México no existe una regla específica de DIPr similar a las ya mencionadas, por lo que debemos recurrir a las reglas generales en busca de la conexión correcta.

La ley aplicable a las relaciones personales no es la misma que regula las relaciones patrimoniales, pues como hemos mencionado se trata de supuestos normativos distintos. La diferencia en la ley aplicable se produce por situaciones complejas que se reflejan en la calificación cuando cada supuesto fáctico podría significar la remisión a una ley aplicable distinta. Dicho de otra manera, se puede atomizar la ley aplicable o unificarse de tal modo que de aplicarse una ley única se podrían producir injusticias.

Demos un paso más y examinaremos la conexión autorizada por el legislador en los diversos casos relacionados con el convenio patrimonial. Aunque dijimos que en principio el convenio califica dentro del estatuto de los contratos, las particularidades del convenio patrimonial provocan un trato especial y muy interesante.

a) Forma del convenio patrimonial del matrimonio

Respecto a la calificación y regulación del aspecto formal del acuerdo patrimonial debe recurrirse a la norma general que rige la forma de los actos jurídicos, ya que no existe regla especial del DIPr sobre el particular. Por tanto, la ley aplicable será la del lugar donde se pacta el convenio, con lo cual se acoge la regla general *locus regit formam* (art. 13, fracc. IV, CCFed).

Sin embargo, cabe insistir en la autonomía de los convenios patrimoniales respecto a los personales y con relación al matrimonio mismo. Tal es el caso del matrimonio que puede ser solemne y, en cambio, los convenios patrimoniales no serlo.

En México no es necesario que los convenios patrimoniales se eleven a escritura pública o se realicen con una solemnidad especial. Sólo deberá hacerse cuando existan bienes cuya traslación lo requiera (por ejemplo, los inmuebles). En este caso, el juez mexicano deberá exigir esta forma si así lo establece la ley del lugar donde se pactaron las capitulaciones. Pero en este mismo supuesto, en el caso de que esas capitulaciones se hayan pactado en nuestro país, la regla opera únicamente cuando los bienes se encuentran en México.

De igual manera, aunque la forma extranjera carezca de similitud con la que se emplea en México, se reconocerá la extranjera si la norma de conflicto mexicana conduce a ello.

24 Al parecer, por primera ocasión en la historia fue en ese momento cuando se aludió a la solución de un conflicto móvil.

Ejemplos

a) En EUA una pareja casada según el régimen de sociedad conyugal decide compra una casa, pero acuerda que sólo será propiedad de ella. Sin necesidad de ir ante u juez o una autoridad específica como un notario público (como en México), el mar do firma, en el momento de la compra, un convenio (*quitclaim deed*), en el que esta blece que el bien sólo pertenece a la cónyuge, sin que él se reserve acción algun contra ella.[25]

b) En Argentina, al igual que en México se requiere elevar a la forma de escritur pública el contrato cuando se trata de inmuebles, pero en el caso de bienes qu rebasen una específica cantidad de dinero, también deben ser escriturados au cuando sean muebles, solemnidad que no es necesaria en México.

En el primer ejemplo, la forma empleada (un convenio privado) para pactar quié es el propietario de la cosa no corresponde con la que se sigue en México (la judici o la notarial), pero por estar especificado en la ley del lugar de otorgamiento, e forma deberá ser respetada. Lo mismo ocurre en el segundo caso cuando se trate muebles. Sin embargo, con los bienes muebles, como veremos en su oportunida (capítulo 13), en materia comercial existe el requisito del registro, que puede cond cionar al derecho aplicable.

En lo que atañe a la forma que debe asumir la modificación o sustitución de l capitulaciones patrimoniales podemos plantearnos dos hipótesis: conforme a la l del lugar *donde por primera ocasión se convinieron las capitulaciones* originales, o q se rijan de acuerdo con la ley del lugar *donde se modifiquen o sustituyan*.

En nuestra opinión, la norma de conflicto mexicana establece que la forma de l capitulaciones patrimoniales se rige por la ley del *lugar donde se constituyan o mod fiquen*. Si acaso se modifican, la ley aplicable no será necesariamente la misma que aplicó en el momento en que se constituyeron las originales, sino la ley del lug donde se modifiquen.

Ejemplo

En Nicaragua se requiere que las capitulaciones se hagan en escritura pública que no es necesario en México). Supongamos que las capitulaciones original se formalizaron en Nicaragua; luego la pareja, ya en México, lugar donde es domiciliada, pretende modificarlas o sustituirlas. ¿Qué ley rige la forma del ac que modifica las capitulaciones?

25 Normalmente, en EUA este documento suele ser llevado a un notario, ante el que se ratifica.

De acuerdo con la ley mexicana, la forma de los actos jurídicos se rige con base en la ley del lugar donde se celebren, de manera que la regla indica que será indistintamente la ley del lugar donde se pacten las capitulaciones patrimoniales o, en su caso, la del lugar donde se modifiquen o sustituyan.

Si la sustitución de las capitulaciones patrimoniales se conviene en México deberá aplicarse la *ley mexicana*. Sin embargo, el problema puede no ser tan sencillo cuando el cambio que se pretende hacer en México es parcial (no sustituye, sino sólo modifica); entonces deberán practicarse las formalidades de todo acto, que en el caso del ejemplo de Nicaragua sería elevar dichas modificaciones a escritura pública tal como se hicieron las originales, pues de otra forma se correría el riesgo de invalidar la escritura original o de que los cambios hechos en México se consideraran un acto paralelo del acto original, y, por tanto, no ser reconocido, lo que podría resultar inconveniente pues se tendrían dos actos en vez de uno. Y si hay bienes en Nicaragua, las capitulaciones no formalizadas conforme a su ley no serán reconocidas en ese país.

Otra manera de solucionar el caso sería anular las capitulaciones originales y celebrar nuevas en México, pero este procedimiento tampoco estaría exento de problemas. En primer lugar, ya no se trataría de una modificación, sino de la celebración de nuevas capitulaciones. Además, ¿qué sucedería, entre otras cosas, con las situaciones válidamente creadas en el antiguo régimen? Aquí dos opciones pueden ser viables: una, que las disposiciones del antiguo régimen se incorporen en el nuevo, y otra, se podrían dar por concluidas, en cuyo caso debe ser conforme al régimen de creación, en el ejemplo de Nicaragua, mediante escritura pública. Subsiste el problema de las situaciones ya consumadas durante el régimen anterior y que tienen efectos en el nuevo régimen. Aquí se trataría del reconocimiento de dichos efectos en el nuevo régimen y la celebración de los nuevos actos conforme al régimen que se utiliza para la sustitución.

La conexión de la ley mexicana es la tradicional (*locus regit actum*). En la actualidad, en varios países se han planteado diversos puntos de conexión alternativos con la finalidad de aligerar las formas. Así, podría ser válida la ley del *lugar del otorgamiento*, la del *fondo*, la del *domicilio* o de la *nacionalidad de los sujetos* o la de la *ejecución*, pero ninguna de estas soluciones alternativas es acogida por las leyes mexicanas.[26]

b) Capacidad para celebrar el convenio patrimonial

Uno de los aspectos esenciales en los convenios patrimoniales, como en todo convenio, es saber quién tiene capacidad para *celebrar las capitulaciones patrimoniales* del matrimonio.

26 Por último, una breve reflexión sobre el derecho del estado de California (EUA), donde habitan varios millones de mexicanos. Según Peter M. Walzer y Catherine Parker, un acuerdo patrimonial celebrado en México se debe volver a celebrar en California, cuando los cónyuges se domicilien en dicho estado, ya que hay antecedentes judiciales de que puede desconocerse por vulnerar el orden público de ese lugar. Explican que en México (o en Francia) esos convenios se celebran ante una sola persona (un notario o el encargado del Registro Civil). Lo normal es que al firmar tal convenio los

Conforme a las normas sustantivas mexicanas, la capacidad de obrar de los meno
res de edad para celebrar capitulaciones patrimoniales requiere la autorización de su
padres o tutores. Por lo que hace a la capacidad de los padres o tutores, se regula po
la ley que rige a cada uno de ellos (estatuto personal) para contratar, no la que nec
sariamente corresponde a los menores.

La capacidad de las personas físicas, según el *CCDF*, se rige de acuerdo con la *l*
fori, aunque otros códigos mexicanos la vinculan a la *ley del domicilio*, como en
caso del *CCFed*. Para determinar la ley aplicable a las capitulaciones patrimoniales,
necesario buscar la regla general o especial que disponga la conexión en torno de l
requisitos para ser capaz, regla que, dependiendo de la entidad federativa, se ri
como lo acabamos de mencionar por la ley del foro (como en el D.F.) o la del lug
del domicilio.

Consideramos que aunque la celebración del matrimonio y las capitulacion
patrimoniales pueden coincidir en el tiempo, también es posible que se formalic
antes o después del matrimonio, cuando los cónyuges se encuentran domiciliad
en otro lugar, de manera que la capacidad para pactar las capitulaciones no se con
tará necesariamente con la misma ley mediante la cual se realizó el matrimonio.

Además, la ley sustantiva aplicable a la capacidad para contraer matrimonio pue
ser diferente de la prescrita para celebrar capitulaciones patrimoniales. Pensemos, p
ejemplo, que en otro país se acepta la remisión que hace la norma de conflicto me
cana en lo que se refiere a la capacidad para contraer matrimonio, pero que
regla extranjera reenvíe a un sistema distinto (tercera ley susceptible de ser aplicad
la capacidad para acordar capitulaciones patrimoniales, o que la misma ley sustan
va extranjera prescriba otros requisitos para ser capaz. Como ejemplo de lo dic
cabría una minoría de edad más baja que la establecida en México, de 18 an
Creemos que en este caso habría jueces que sostendrían que se estaría frente a u
disposición de orden público mexicano y excluiría, en este punto, a la ley extranj
y se le negaría capacidad a la persona.

c) Bienes y derechos que conforman el patrimonio

Respecto a los bienes que forman parte del régimen económico del matrimon
especialmente cuando la sociedad conyugal funciona (sea por disposición legal o p

interesados no tienen la oportunidad de ser asesorados convenientemente. Afirman que en Califor
un contrato como éstos requiere que cada persona que se case esté asistida por un abogado, los
deben discutir los términos del convenio. En el caso de que se aceptara un convenio mexicano
vulneraría el orden público, ya que los contratantes (que lo hayan celebrado como un contrato
adhesión) no tuvieron la oportunidad de asesorarse por personas diferentes y discutir los térmi
del convenio. Peter M. Walzer y Catherine Parker, "French Knots: Contract de Mariage in Californ
http://www.california-divorce.com/premarital/frenchknots.html, diciembre 3, 2002. El caso
citan es el de una pareja de mexicanos casada en México y que posteriormente se mudaron
California. El caso fue resuelto por la Corte de Apelaciones de California, que rechazó la validez
convenio. Fernández vs. Fernández, 194 Cal. App. 2d 782 (1961).

acuerdo entre los cónyuges), es necesario tomar en cuenta la ley que los rige. Aquí importa qué bienes, a partir de cuándo y hasta qué momento los bienes obtenidos forman parte del régimen común.

Si la sociedad conyugal (*community property*) es la que rige el matrimonio, uno de los principales problemas consiste en saber cuáles son los bienes que la integran. En este caso, hay que revisar en los bienes previos al matrimonio, los adquiridos durante el matrimonio, los recibidos por medio de donaciones o por herencias. En estos ámbitos es donde suelen oscilar las diferencias en las regulaciones mundiales.

Por otro lado, en México, como regla general, los bienes que se obtengan a partir de la celebración del matrimonio hasta la muerte de uno o el divorcio de ambos forman la sociedad común. Esto no ocurre en todas partes. En EUA, por ejemplo, varias entidades federativas niegan que los bienes adquiridos por un cónyuge a partir de la separación de hecho sean parte del patrimonio único.

Ejemplo

Una pareja se casa, vive durante varios años en el mismo lugar y luego decide separarse físicamente. Después de esa separación ella obtiene una casa que compra con el dinero producto de su trabajo. Después, demanda el divorcio y la liquidación de la sociedad conyugal.

En este caso, la casa no es parte de la *community property*. En cambio, conforme al derecho mexicano la casa sería de ambos.[27]

La ley que regula estos casos es la del lugar de la celebración del convenio y, a falta de convenio expreso, la del lugar de celebración del matrimonio.

Hay algunos aspectos que, al no calificar dentro del régimen económico, tampoco pueden estimarse dentro de los bienes que lo conforman. Tal es el caso del supuesto que prescribe el *CCDF*, según el cual cuando la pareja está casada bajo el régimen económico de separación de bienes y la cónyuge no trabaja, tendrá derecho a recibir hasta 50% del total de las propiedades del cónyuge que trabaja. En caso de divorcio, el pago de la parte que corresponde a la cónyuge podría calificarse (en otro país) como derivada del régimen económico matrimonial si se sigue una interpretación histórica del origen de esta institución ("la cuarta del cónyuge pobre") y, por tanto, calificar de acuerdo con la ley del domicilio. Sin embargo, puede tomarse otra perspectiva y considerar que ese pago debe ser considerado como una indemnización en virtud de que la cónyuge que no trabajó y no tuvo ingresos contribuyó con su trabajo al sostenimiento y desarrollo del hogar y de los hijos, por lo cual tiene derecho a la mitad de los ingresos del cónyuge que trabajó fuera de la casa y los obtuvo. Visto

27 Hay entidades federativas en las que la sociedad conyugal se suspende a partir de la separación de uno de los cónyuges (por ejemplo, Chihuahua).

desde esta perspectiva, al no considerársele parte del patrimonio matrimonial se calificaría dentro del régimen extracontractual, de acuerdo con cuya ley debe resolverse.

d) Contenido del convenio regulador del régimen económico del matrimonio

En México las capitulaciones patrimoniales se regulan por convenio; por tanto, se abre la posibilidad de que la pareja de casados decida su contenido conforme vaya pasando el tiempo y lo haga con plena *autonomía de su voluntad*.

De acuerdo con la ley mexicana, si la pareja hubiera concretado algún convenio en el clausulado de éste pueden pactarse, entre otras, dos clases de disposiciones:

a) Cláusulas sustantivas. Se refieren al régimen económico en su regulación directa sustantiva (por ejemplo, los bienes tipo *B1* serán para el marido, los del tipo *B2* para la mujer, los del *B3* para ambos).

b) Cláusulas conflictuales. Son aquellas en las que se convenga el derecho aplicable al régimen económico matrimonial; por ejemplo, la ley que se aplicará y los tribunales que conocerán del caso (en aplicación de la ley francesa, italiana, argentina).

La validez de las cláusulas sustantivas depende de la ley que rige el convenio. En el caso mexicano la autonomía de la voluntad permite pactar un régimen económico de separación de bienes, sociedad conyugal o mixto. Incluso, a falta de acuerdo se prevé un régimen legal supletorio, esto es, el legislador establece las cláusulas.

Los bienes que forman parte de la sociedad conyugal son aquellos que los cónyuges convinieron. No obstante, el problema consiste en decidir qué bienes integran la sociedad conyugal *cuando no se detalló en el acuerdo* cuáles integrarían la masa.

Dijimos que la ley sustantiva aplicable a la validez sería la del lugar donde se celebró el acuerdo patrimonial (a menos que se hubiere hecho alguna elección acorde con la autonomía de la voluntad). Explicaremos este planteamiento a continuación.

Ejemplo

Una pareja contrajo matrimonio en Perú y convino en que su régimen patrimonial sería el de sociedad conyugal. Se domicilia en México y, después de varios años de residir en el país, se requiere saber si a la sociedad conyugal se integra la fortuna que uno de los cónyuges adquirió en Perú por concepto de derechos de autor (escribió libros, música, etc.), o por un invento de una máquina que se la produjo. Según la ley mexicana, estos bienes forman parte de la sociedad conyugal, pero según la ley peruana no. Son bienes del cónyuge autor e inventor.[28] En nuestro ejemplo, a pesar de estar domiciliados en México subsiste como aplicable la ley peruana, hasta que los cónyuges deciden dar por concluido su convenio y someterlo a una ley distinta como podría ser la mexicana. Si seguimos la tesis propuesta, la ley aplicable será la peruana.

[28] Artículo 302.5, CC.

Hay cláusulas que han sido controvertidas por la jurisprudencia y la doctrina. Se trata del acuerdo entre los cónyuges conforme al cual convienen en que sus bienes quedarán a favor de sus hijos, de alguno de los cónyuges o de alguna otra persona; acuerdan además que la cláusula será irrevocable y producirá efectos en el momento del fallecimiento de uno de los cónyuges.

Este tipo de cláusula puede ser calificada como una cláusula testamentaria y no como formando parte del convenio patrimonial del matrimonio, por lo que, en nuestra opinión, debe regirse por la ley que rige a la sucesión *mortis causa*. Se le llama *testamento mancomunado* y no es aceptado en la mayoría de los países, incluido México. Al examinar el contenido de los testamentos retomaremos este tema.

En cuanto a las cláusulas conflictuales, sólo encontramos en el orden jurídico mexicano una regla especial sobre el tema en el *Código Civil* de Jalisco (art. 15, fracc. III), que permite a la pareja elegir la ley aplicable a su régimen económico.

Aceptada la autonomía de la voluntad para pactar el régimen patrimonial e, incluso, la ley aplicable, subsisten otros problemas: ¿cuáles leyes podrán elegir?, ¿cualquiera? En nuestra opinión, debe existir cuando menos alguna conexión con el foro elegido, pues de otra manera se elegiría un foro sin conexión para regular el régimen patrimonial, aunque hay que reconocer que hasta ahora no existe disposición alguna que impida la elección del derecho aplicable.

La ley de DIPr italiana es más precisa, pues aunque admite la elección del derecho aplicable, *condiciona ese acuerdo entre las partes a la validez del mismo según la ley elegida*, que se estipuló en el pacto (art. 30).

La elección de la ley aplicable designada en el convenio patrimonial ha sido regulada en otros ordenamientos, como el alemán, en el que esa autonomía no es tan amplia como podría parecer. Ahí se prescriben restricciones para "asegurar un mínimo de protección al tercero de buena fe", de manera que sólo resulta aplicable la autonomía de la voluntad para el tercero de buena fe en tanto resulte más favorable. Es decir, se introduce una *cláusula de protección*.[29] Esta cláusula no se encuentra en el derecho mexicano, a no ser que se recurra a la cláusula de protección del orden público.

En cuanto al foro al que han de concurrir los cónyuges a fin de resolver sus litigios relativos al régimen económico, no siempre se puede aceptar la prórroga competencial, por lo que el abogado deberá analizar con detalle el foro de conexión

[29] Miguel Amores Conradi, "Las relaciones entre cónyuges en el nuevo derecho internacional privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de regulación", en *Anuario de derecho civil*, t. XL, fasc. I, enero-marzo, 1987, p. 123.

y la respectiva ley aplicable, así como los eventuales desplazamientos de foro y ley aplicable a que puedan conducir al convenio de no ser aceptados los primeros.

Por último, y de *lege ferenda*, aunque nos estamos refiriendo a un convenio, cabe la posibilidad de que el legislador revise su normatividad para fijar la ley del primer domicilio común de ambos cónyuges (donde viven de consuno), como ocurre en otros países. La razón es que con frecuencia los cónyuges se casan en cualquier lugar del mundo, pero su patrimonio comienza a enriquecerse en un lugar distinto, por lo general donde residen posteriormente. Parece más adecuada esta conexión que la del lugar de celebración, que resulta más apropiada para los contratos. Pero, como hemos señalado, la ley mexicana no indica nada al respecto y tendrán que ser los tribunales los que digan la última palabra.

e) Ausencia de convenio sobre el régimen económico del matrimonio

La hipótesis que planteamos en el apartado anterior supone que la pareja matrimonial celebró un convenio en torno del régimen económico del matrimonio. Ahora analizaremos el caso en que las partes *hubieran omitido celebrar ese convenio*. Aquí es necesario considerar dos hipótesis:

a) Que el ordenamiento sustantivo declarado competente establezca un *régimen legal supletorio* o un régimen legal único.

b) Que la ley sustantiva declarada aplicable *no prescriba o especifique el régimen* económico del matrimonio, esto es, que el derecho extranjero aplicable no fije un régimen supletorio.

Examinaremos ambos supuestos a continuación.

Primer supuesto

En el primer supuesto la norma de DIPr mexicana vincula a una ley extranjera como reguladora del régimen económico.

En el sistema francés, ante la falta de capitulaciones patrimoniales la jurisprudencia buscó el *acuerdo tácito al que llegaron los cónyuges*.[30] Tomó en consideración aspectos *jurídicos y de hecho*, que son los que permiten determinar una ley aplicable. Lo anterior supone que las partes, aunque no establecieron el acuerdo de manera expresa, lo hicieron *tácitamente*, por lo que el tribunal buscó ante ese silencio de los

30 No toda norma de DIPr deriva del derecho legislado, pues hay casos, en ocasiones frecuentes, en que este tipo de normas provienen del derecho *judicial o jurisprudencial*. Por ejemplo, en los sistemas francés, italiano, alemán y belga, y en buena medida en Argentina, Chile y Uruguay, el régimen del DIPr fue construido por su jurisprudencia.

cónyuges la ley aplicable que pactaron. En este sentido, la jurisprudencia francesa consideró, entre otras variables, el lugar donde habían residido. Es decir, a través de la *conexión más significativa* se llegó a localizar la ley aplicable.[31]

Otro ejemplo de derecho comparado nos ayudará en la explicación. En el derecho canadiense, las leyes de Québec[32] establecen específicamente que se aplicará la *ley del domicilio en el momento del matrimonio*. La misma solución fue dada en el Tratado de Derecho Civil Internacional de 1889 (art. 41), que México firmó pero no ratificó.

El derecho italiano admite la aplicabilidad del derecho extranjero, pero el derecho elegido por la pareja sólo será aplicable frente a terceros cuando éstos hayan tenido conocimiento del régimen elegido (art. 30, *Ley de* DIPr). El derecho mexicano carece de una respuesta similar, que eventualmente podría tener importancia por el fraude a que se pueden exponer los terceros.

La determinación de la ley aplicable al régimen económico es útil para resolver si es de sociedad conyugal, de separación de bienes o mixto; asimismo, para determinar qué bienes entran a formar parte de la sociedad conyugal; cuáles son de ambos cónyuges e incluso, definir si son sólo los bienes que entran a formar parte o también los frutos, quién será el administrador de los bienes (cuando hay sociedad conyugal), etcétera.

Al amparo de la Conferencia de La Haya se han celebrado algunos convenios internacionales sobre la materia, uno de ellos, el de 1978 sobre la *Ley Aplicable a los Regímenes Patrimoniales* (no vigente para México), prescribe que las relaciones patrimoniales del matrimonio se regulan por la ley designada por los cónyuges, dentro de un número limitado de puntos de conexión que pueden ser la nacional de los cónyuges, la de su residencia habitual o la del primer domicilio que establezcan (art. 1o.). En el caso de que los cónyuges no hubieren designado una ley aplicable, ésta será la del *lugar donde se estableció el primer domicilio conyugal* (art. 2o.).

Ejemplos

a) Supongamos que según la norma de conflicto mexicana el ordenamiento aplicable al matrimonio sea el de Nicaragua y que los cónyuges no hubieran pactado su régimen patrimonial. En Nicaragua se establece que a falta de convenio entre los cónyuges el régimen será el de la separación de bienes (art. 15, *CC*), por lo que éste será el régimen económico, es decir, el de separación de bienes.

b) Una pareja casada en Italia sin haber pactado régimen económico, ahora reside en México. La ley italiana establece que a falta de capitulaciones el régimen

31 Claude Belair, "Reflexiones sobre el sistema conflictual francés en materia de regímenes matrimoniales", en *Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.

32 Artículo 3123 de la *Ley de Derecho Internacional Privado* de Québec.

económico será el de separación de bienes. Actualmente el marido es demandado y se le embargan bienes. La cónyuge reclama que esos bienes los compró ella y son de su propiedad, por lo que solicita que los mismos sean excluidos del embargo. En este caso el juez tomará en cuenta la ley supletoria y accederá a la petición de la cónyuge, ya que el régimen económico es el de separación y ella demuestra, además, ser la propietaria.

La idea seguida por el legislador mexicano, en casos similares, consiste en determinar, conforme a las normas de conflicto, cuál es el régimen económico del matrimonio.

Los tribunales mexicanos no han sostenido un criterio homogéneo sobre la ley aplicable al régimen económico del matrimonio cuando la pareja matrimonial no lo hubiera pactado: en un caso se recurrió a la del *domicilio del marido*,[33] en otro a la ley del *lugar de celebración del matrimonio*[34] y en otro a la *lex fori*.[35]

Estas resoluciones contradictorias de los tribunales mexicanos se explican por un desconocimiento tanto de las técnicas de conexión a otros ordenamientos, como de la calificación. El régimen territorialista en que vivió México durante casi 80 años no inhibió una cultura conflictual que todavía se refleja en las decisiones de los tribunales, que ya es necesario que empiecen a cambiar hacia una labor armonizadora del DIPr. En este sentido, es deber de los tribunales mexicanos fijar un criterio estable y homogéneo que ayude a la definición de criterios informados y no al parecer individual de jueces y magistrados, sin vínculo con los objetivos de seguridad, certeza, igualdad que son necesarios en el mundo actual. La contradicción en los precedentes judiciales citados se debe al hecho de no conocer la ley aplicable correcta, lo que no ayuda a resolver casos futuros.

Debido a que la ley mexicana carece de una regla especial de DIPr que indique cuál es el ordenamiento aplicable al régimen económico del matrimonio (cuando falta el acuerdo de los contrayentes), es necesario recurrir a las reglas generales.

[33] *Semanario Judicial de la Federación*, Segunda Sala, Quinta Época, t. LXXII, p. 1163, Cristina Ramírez vda. de del Cojo, 15 de abril de 1942, cuatro votos. Puede verse en Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional privado: Su recepción judicial*, tesis núm. 110, *op. cit.*, p. 550. Curiosamente, en esta tesis la SCJN recurrió a Juan Paulino Niboyet, al cual cita.

[34] *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, t. XV-I, febrero, tesis I.8OC.93C., p. 175, Clave Tco 18093, CIVAD 701/94, Industrial Perforadora de Campeche S.A. de C.V., 19 de enero de 1995, mayoría de votos de los magistrados Guillermo Antonio Muñoz Jiménez y María del Carmen Sánchez Hidalgo en contra del voto del magistrado José Luis Caballero Cárdenas; ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez; secretario: Benito Alva Zenteno. Tesis similar en *Semanario Judicial de la Federación*, Primer Tribunal Colegiado del Séptimo Circuito, t. VI, julio de 1997, tesis VII.1o.,C.29, p. 433, AD 311/97, Lucía Isabel Alonso, 3 de abril de 1997, unanimidad.

[35] *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Quinta Época, t. XCII, p. 1122, Carlos Miranda Garzón, 30 de abril de 1947, cinco votos. Puede verse en Jorge Alberto Silva, *ibidem*, tesis núm. 13, p. 565. En este caso el matrimonio se había celebrado en el extranjero y la SCJN evitó la aplicación de la ley extranjera.

Hemos dicho que el convenio patrimonial puede seguir las reglas del contrato, lo que nos conduce a la *lex loci solutionis*, o la ley del lugar donde se producirán los efectos. Sin embargo, una solución de este tipo nos daría como aplicable siempre la ley mexicana (si la norma de conflicto remite a un orden jurídico extranjero, el efecto del contrato se estaría produciendo en México, por tanto, la ley de este país sería la aplicable). Pero ésta no parece ser la respuesta adecuada. La tendencia judicial y doctrinaria, en vez de tomar en cuenta la ley del lugar de producción de efectos, ha estimado que debe ser aplicable la ley del lugar de "celebración del convenio", cuando el de la celebración del matrimonio ha sido en el extranjero.

Esta solución tiene el fundamento siguiente: la ley del *lugar de celebración del matrimonio* rige no sólo las relaciones personales, sino que además se presume que con el matrimonio se generaron las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Presumimos que el acuerdo tácito de la pareja apunta a la *ley de la celebración del matrimonio*, a pesar de que ni siquiera hubieran pensado o imaginado la posibilidad de adquirir o aumentar un patrimonio. Esta ley designada puede cambiar si existe o existió por parte de los cónyuges algún acuerdo más concreto —es decir, más fácil de interpretar— en el que se descubra que hubieran elegido otro régimen patrimonial y que no necesariamente fuera el del primer domicilio conyugal. Lo anterior, en suma, dependerá del criterio y los razonamientos del juez y de la manera de entender la conexión más significativa, que en este caso resulta en justicia aplicar.

Sin embargo, cuando decimos que la ley aplicable puede ser la del lugar de celebración del matrimonio, no implicamos que sea una y única ley. Estamos sólo indicando el punto de conexión a lo que deberá venir a continuación, la calificación: estatuto personal para el matrimonio, estatuto contractual para las capitulaciones conyugales. Dicho en otras palabras, la ley que rige la celebración del matrimonio y el convenio patrimonial no es la misma: mientras en la primera la ley reguladora es la del estado civil, en la segunda es la de los contratos.

En el tratamiento iusprivatista del patrimonio matrimonial adquirido por los cónyuges es posible encontrar casos que dan lugar al reenvío, como el que relata la jurisprudencia francesa, en que para resolver una cuestión previa, propia del régimen patrimonial, se tuvo que resolver un problema de reenvío. En seguida lo presentamos como ejemplo.

Ejemplo

El señor Morelos nunca celebró en vida capitulaciones patrimoniales. Ciudadano mexicano, al fallecer dejó en Francia bienes inmuebles. Se casó en Nueva York con una mujer de Estados Unidos de América, también originaria del estado de Nueva York. El tribunal francés tuvo que resolver a quién correspondían los derechos a la sucesión (un inmueble). Según la ley sustantiva neoyorquina, había separación de bienes y de acuerdo con la ley francesa, existía sociedad conyugal, de manera que, de aplicarse la ley sustantiva francesa, la mitad de los bienes pertenecerían a la viuda.

Cuando el tribunal de Francia (lugar donde residía Morelos) consultó su norma de conflicto, encontró que el régimen patrimonial del matrimonio debía regirse por la *ley del lugar donde contrajeron las nupcias*. Aunque la ley sustantiva de Nueva York prescribía la separación de bienes, la norma de conflicto de ese estado estipulaba también que los inmuebles debían regirse por la ley del *lugar de su ubicación*. Como los bienes se encontraban en Francia, la norma de remisión neoyorquina dio lugar a un reenvío de retorno o de primer grado, por lo cual se aplicó el derecho francés,[36] cuya ley sustantiva declaraba la existencia de una sociedad conyugal.

En los tribunales de México no se ha presentado un caso similar, pero si así fuera podría recurrirse a las reglas mexicanas del reenvío de retorno, o incluso de segundo grado.

Segundo supuesto

El problema más difícil se presenta cuando en la ley sustantiva declarada aplicable nada se establece sobre el régimen económico supletorio u obligatorio del matrimonio: se trata del caso en que *no existe disposición* que permita al aplicador del derecho declarar si existe separación de bienes o sociedad conyugal.

En el derecho comparado se advierte que las leyes internas prescriben una respuesta. Por ejemplo, en Colombia se estipula que los casados en el extranjero y que establezcan su domicilio en ese país se regirán conforme a las reglas de la separación de bienes, a menos que en ese lugar haya un régimen diferente (art. 180, *CC*). En Suiza se prefiere la ley del domicilio de los cónyuges (art. 54, *CC*).

En México la respuesta la da el juzgador que debe resolver el caso. Se trata de un caso catalogado entre los difíciles, en la terminología de Dworkin. En nuestra opinión debe aplicarse la *lex fori* para dar una solución que no pudo encontrarse mediante la aplicación del régimen supletorio fijado por la ley mexicana correspondiente. Si la norma de conflicto pretende encontrar una respuesta en el extranjero y no la halla, el propio orden jurídico debe resolverla. Lo anterior supone que el tribunal debe aplicar el clausulado del régimen económico del foro cuando en el extranjero no se prescribía ese clausulado. La razón es que un juez mexicano jamás podrá dejar de resolver un asunto con el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley.

6.6. El *nomen iuris* del convenio

Un problema singular se refiere a las equivalencias conceptuales de las proposiciones lingüísticas empleadas en los convenios patrimoniales: en algunos países el convenio

36 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho Internacional Privado. Técnica aplicativa de la regla de conflicto*, vol. II, *op. cit.*, p. 121. El caso también se encuentra en Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado (su recepción judicial en México)*, *op. cit.*, p. 123.

recibe un nombre o denominación, mientras que en otros recibe uno distinto, a pesar de las diferencias. Explicaremos la hipótesis con un caso que se presentó en México.

A un tribunal de amparo le correspondió conocer de una sucesión testamentaria en la que el *de cujus* y la heredera se habían casado en España sin pactar régimen económico del matrimonio. Ante un tribunal veracruzano se cuestionó si ella tenía derecho a los bienes adquiridos directamente durante el matrimonio (acorde con la regla supletoria del régimen de sociedad conyugal), pero el caso fue que en el lugar de celebración del matrimonio la regla supletoria aludía a una *sociedad de gananciales*, que uno de los litigantes afirmaba que no era lo mismo que la *sociedad conyugal*. En amparo, se resolvió que no importaba la denominación que se le diera en el extranjero, pues sociedad conyugal y sociedad de gananciales (en el caso resuelto) eran lo mismo: lo que cambiaba sólo era el *nomen iuris*.[37]

El razonamiento nos parece correcto, aunque hubo un caso con anterioridad, en el que faltando una *ratio decidendi*, la SCJN resolvió en sentido contrario.[38]

6.7. Registro de las capitulaciones patrimoniales

Ya explicamos que de acuerdo con los tribunales mexicanos, un matrimonio por la ley civil produce un doble efecto: el matrimonial o personal y el patrimonial. Llamamos ahora la atención sobre el último porque para nuestros tribunales el aspecto patrimonial sólo producirá efectos frente a terceros, cuando se registre. Algunas de esas decisiones judiciales se apoyaron en el art. 161 del *CCDF* [39], a pesar de que tal disposición únicamente se refiere al matrimonio, no al aspecto patrimonial. No obstante, esas resoluciones judiciales establecieron la necesidad de inscribir las *capitulaciones patrimoniales* del matrimonio.[40] Si éstas no se inscriben, entonces no producirán efecto frente a terceros.

En realidad, si se interpreta con cuidado el art. 161 del *CCDF* se advertirá que éste sólo alude al acto matrimonial, no al convenio patrimonial. De cualquier manera, el

37 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, tesis VII.1o.C.60 C, p. 1434, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito. AD 1113/99. Sucesión testamentaria a bienes de Joel Torres Uscanga. 6 de octubre de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Amado Guerrero Alvarado. Secretario: José Ángel Ramos Bonifaz.

38 La resolución puede verse en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, abril-junio de 1961.

39 Aunque ya lo transcribimos, el art. 161 del *CCDF* establece: "Los mexicanos que se casen en el extranjero, se presentarán ante el Registro Civil para la inscripción de su acta de matrimonio dentro de los primeros tres meses de su radicación en el Distrito Federal."

40 *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Séptima Época, vol. 175-180, p. 201, AD 2862/72, Leonardo Fernández Cossío, 26 de marzo de 1973, unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Solís López. Puede verse en Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional privado: Su recepción judicial*, *op. cit.*, tesis núm. 197, p. 586.

registro del convenio patrimonial es seguramente el aspecto más importante que ha destacado los tribunales mexicanos con base en la citada disposición.[41]

La sanción por no registrar el convenio patrimonial no se encuentra establecid por el legislador en el art. 161 del *CCDF*. Han sido los tribunales judiciales los que ha sentenciado (en algunos casos) que la abstención del registro provoca el desconoc miento de sus efectos en el foro mexicano.

Al hacer la evaluación de las decisiones judiciales mexicanas habidas durante siglo XX, resulta curioso constatar que lo que los tribunales judiciales mexicanos ha sostenido es que lo que debe registrarse no es precisamente el acta o las constanci acreditativas del matrimonio, sino las capitulaciones patrimoniales del matrimoni en especial su clausulado.[42]

La SCJN ha explicado que la razón del registro es para que los terceros conozc el convenio celebrado; de ahí que el registro sea en beneficio de ellos.[43] Esto es, registro sólo es el medio para que se cumpla el efecto publicitario necesario.

En varias legislaciones estatales el registro o inscripción del convenio patrim nial pactado en el extranjero sirve para dar a conocer ese acto, pues supone una revisi y refrendo previos al ser llevado a un registro oficial que es público.

No hay que olvidar que el registro en México implica un refrendo o recon miento del convenio patrimonial y supone que el registrador ha constatado que se vulnera el orden público internacional. Sin embargo, esta revisión no está cla mente definida en las leyes. Para que se proceda al registro o inscripción de un co venio extranjero es necesaria la revisión previa sobre su validez, que en este c estará declarando un oficial del Registro Civil y no un juez.

41 Una disposición, un tanto más clara, que alude al registro de las capitulaciones del matrimo contraído en el extranjero, es la venezolana. En efecto, la ley venezolana prescribe al respecto: capitulaciones matrimoniales válidas de acuerdo con un derecho extranjero competente pod ser inscritas en cualquier momento en la respectiva Oficina Principal de Registro venezola cuando se pretenda que produzca efectos respecto de terceras personas de buena fe, sobre bie situados en el territorio de la República" (art. 22 de la *Ley de Derecho Internacional Privado*).

42 Jorge Alberto Silva, *ibidem*, p. 286. Igualmente en Jorge Alberto Silva, "El registro de los actos ac ditativos del estado civil adquirido en el extranjero: algunas notas de la regulación mexicana", *Alegatos*, núm. 55, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2003.

43 Una resolución judicial ha indicado que "el acta del estado civil exhibida en un juicio en copia c tificada, relativa al matrimonio de los contendientes celebrado en el extranjero, demuestra ese v culo civil, porque tal documento tiene la eficacia plena que le asignan los artículos 327, fracción y 411 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Baja California, siendo además el in cado para acreditar ese estado civil, por ser el específicamente señalado por el artículo 39 Código Civil, aun cuando no aparezca inscrito en la oficina correspondiente del Registro C del lugar de su residencia, como lo exigen los artículos 51 y 161 del Código Civil, pues *la omisión tal condición, solamente opera en el aspecto patrimonial de los consortes en beneficio de terceros y en los matrimoniales*". *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Séptima Época, t. Cuarta Parte, p. 45, AD 3192/71. José González Cárdenas. 26 de enero de 1973. Unanimidad votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Por tanto, el registro no es un medio exclusivo para constituir la prueba del acto extranjero, sino para darle publicidad, independientemente de que los abogados lo utilicen como instrumento probatorio. Así, el registro del acto extranjero en nuestro Registro se orienta a darle publicidad.

Los códigos de algunas de las entidades federativas han prescrito reglas más claras relacionadas con el patrimonio matrimonial, en las que se indica qué se debe registrar. En este sentido, el *Código Civil* de Oaxaca establece:

> **Artículo 2883.** Se inscribirán en el Registro [...]: II. Las capitulaciones matrimoniales cuando en virtud de ellas se establezca entre los cónyuges comunidad de bienes raíces o adquiera uno de ellos propiedad de bienes de esa clase por donación antenupcial o cualquier otro.

Lo que parece preocupar a los tribunales federales es saber a quién pertenecen los bienes, si sólo a él, a ella o a ambos. Es por eso que han resuelto que el convenio patrimonial se haga del conocimiento de terceras personas en un archivo público, como lo es el Registro Público de la Propiedad.

Independientemente de lo prescrito en cada una de las leyes mexicanas, hay algunos efectos prácticos que, según los tribunales, hacen recomendable revalidar y registrar las capitulaciones patrimoniales del matrimonio cuando se hubiesen convenido en el extranjero, especialmente cuando en ellas se hubiera pactado la separación de bienes.

Ejemplo

Una pareja de mexicanos casada en el extranjero bajo el régimen de separación de bienes, más tarde establece su domicilio en México. Después de haber contraído obligaciones, el marido es demandado y condenado al pago de una cantidad de dinero. El juez embarga bienes que aparecen a nombre de la cónyuge. Ésta se defiende argumentando que de esos bienes no se puede disponer porque no forman parte del patrimonio del marido, que fue el obligado y condenado al pago.

Si el convenio de separación de bienes fue registrado en México, deberá respetarse, a consecuencia de lo cual los bienes de la cónyuge no podrán ser embargados, ni disponer de ellos. En el caso de que no se hubiese registrado el convenio (no se dio a la publicidad), se aplicará la ley mexicana. Si acaso ésta prescribe (como se hace en varias entidades federativas) que a falta de convenio se tendrá como aplicable el régimen de sociedad conyugal, entonces, aunque de hecho los bienes fueren propiedad de la cónyuge, se estimará (debido a la presunción legal) que son parte de la sociedad conyugal y el embargo podrá considerarse legal.

En este caso, el territorialismo se escuda en la falta de publicidad del acuerdo patri
monial.

El apoyo de los tribunales al art. 161 del *CCDF* (que sólo se refiere al acto matr
monial) merece dos comentarios: por un lado, no es acertado pensar que esta di
posición sea fundamento de la obligación de hacer un registro; por otro, qu
ciertamente debe quedar registrado quién es el propietario del bien patrimoni
pero ese registro no se realiza en el Registro Civil, sino en el Registro Público de
Propiedad.

En efecto, hay varios datos que conviene tomar en cuenta. Cuando únicamen
se trata de bienes inmuebles ubicados en México, el registro se hace en el Regist
Público de la Propiedad. Por medio del notario que haga constar el contrato trasl
tivo de dominio deberá hacerse la inscripción de que uno o ambos cónyuges son
propietarios del inmueble. Ahora bien, en este último registro se hace constar qui
es el propietario del inmueble, no las capitulaciones patrimoniales. En realidad, en
las reglas que rigen el registro de actos ante el Registro Público de la Propiedad ni
guna alude al registro de las capitulaciones matrimoniales o patrimoniales. Lo que
asienta en el Registro Público de la Propiedad tampoco es dato fehaciente o contu
dente que indique cuál es el régimen económico del matrimonio.

El art. 161 del *CCDF* alude a la inscripción en el Registro Civil, pero hay que tom
en cuenta que esta disposición sólo se refiere a los actos del estado civil, en los q
no encuadra o califica el régimen económico del matrimonio, ya que ahí no
dice quién es o no el propietario de un bien específico.

Por otro lado, el registro de los bienes en el Registro Público de la Propied
solamente opera cuando éstos se encuentran en México, no en el extranjero. La cla
es cuándo entendemos que la ley que rige al registro es la del lugar de éste. Al fin
cuentas, la inscripción es un medio para darle publicidad al acto. La falta de publi
dad no anula el acto, pues ésta no es elemento de validez. En el mejor de los cas
la falta de publicidad implica que no producirá efectos el acto celebrado frente a
personas que lo desconocían.

Hay otro dato, propio del registro, que conviene tener presente. El *Código
Comercio* (art. 21, fracc. X) prescribe que "en la hoja de inscripción de cada com
ciante o sociedad se anotarán: [...] las *capitulaciones matrimoniales y los documen
que acrediten alguna modificación a las mismas*". Es ésta una disposición importan
porque ya no se alude al registro de las capitulaciones en el Registro Civil, sino en
registro de los comerciantes y que ha generado una singular interpretación por pa
de los tribunales judiciales. Al respecto, la SCJN decidió que *la sociedad conyugal
tiene por qué inscribirse en el Registro Público del Comercio*. Al respecto, razona af
mando que la citada disposición está dirigida a que los terceros conozcan los acto
los contratos que influyen sobre la solvencia del comerciante, y no los que no af
tan. En este sentido, se inscribirán las relaciones mercantiles que le abren crédito
comerciante o contratan con él. En esta inscripción no es necesario incluir la soc
dad conyugal porque los bienes que la forman ya son parte, sin restricción, de
consorte. La resolución concluye afirmando que en este punto el *Código de Comerc*

se aparta del derecho civil para adoptar un sistema especial, conforme a su espíritu y a la naturaleza de las relaciones que está llamado a disciplinar.[44]

Por otra parte, no hay que olvidar que no es precisamente el régimen económico del matrimonio extranjero el que ha de inscribirse, sino quién es el propietario de algún bien inmueble sito en México; de ahí que sea el Registro Público de la Propiedad la oficina competente para efectuar el registro y no el Registro Civil. Además, la citada tesis de la SCJN está referida a los terceros ajenos al vínculo matrimonial y no exactamente a los cónyuges.

En otros países, aunque sin exigir que se vuelva a inscribir el régimen económico, se han prescrito disposiciones relativas al *reconocimiento del régimen económico*. La *Ley Federal Suiza*, por ejemplo, reconoce el régimen extranjero en que estén domiciliados los cónyuges, siempre que el tercero conozca o debía conocer ese régimen (art. 57). Con esto, la ley aplicable al régimen económico es la del domicilio de los cónyuges.

En las leyes mexicanas es necesario hacer algunas precisiones en torno a lo que ha de registrarse y dónde. Faltan, además, reglas claras sobre los bienes ubicados en el extranjero (incluidos los muebles) que son o forman parte del régimen económico del matrimonio.

Lo que hace falta en los tribunales mexicanos es diferenciar el régimen económico del registro del mismo, aunque, también, cabe reconocer que al legislador le faltó un mayor conocimiento sobre estos problemas de tráfico internacional.

6.8. Propiedad inmueble de los cónyuges en zona prohibida

Más adelante (capítulo 13) nos referiremos al régimen de los bienes y derechos reales, de manera que por el momento lo circunscribimos al régimen patrimonial del matrimonio. Puede existir una restricción a la propiedad inmueble de la pareja matrimonial cuando los bienes se encuentran en la zona prohibida (frontera y zonas costeras). El art. 27 constitucional en uno de sus apartados prescribe:

> Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización [...] tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. [...]. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.[45]

---

44 *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Quinta Época, t. LXXXIX, p. 797, AD 2976/42. Compañía Fundidora de Fierro y Acero de Monterrey, S. A. y coagraviada. 23 de julio de 1946. Mayoría de tres votos. Disidentes: Carlos I. Meléndez e Hilario Medina. Igualmente: *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Sexta Época, Cuarta Parte, t. LXXXVIII, p. 9, AD 4211/62. Esther Tirado viuda de Tan Chi Wa Yuc. 22 de octubre de 1964. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Mariano Ramírez Vázquez.

45 Un estudio panorámico e incluso con propuesta de reforma puede verse en Ezio Cusi, "Algunos comentarios sobre las zonas prohibidas", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, oct.-dic., 1965.

Se ha presentado ante los tribunales el problema entre cónyuges de diferen nacionalidad (uno mexicano y otro extranjero) que durante su matrimonio adqu rieron propiedad inmueble en la zona prohibida. El problema consiste en saber el extranjero realmente puede tener en propiedad esos inmuebles, a pesar de que matrimonio se celebró en sociedad conyugal. Dicho en otros términos, ¿una propi dad inmueble, en las condiciones descritas, puede ser parte de la sociedad conyugal un matrimonio mixto?[46]

Varias resoluciones judiciales han decidido que en estos casos no es posib admitir una sociedad conyugal; en todo caso sería un régimen mixto de propieda pero en el que no cabe para el extranjero el derecho a la propiedad inmueble en zona prohibida. Sólo el cónyuge mexicano puede adquirir en propiedad los bien inmuebles, no el extranjero. Las últimas resoluciones judiciales habidas han cambi do el criterio. Ahora se ha prescrito que el hecho de que exista un acuerdo sociedad conyugal no impide que entren en el mismo los bienes ubicados en la zo prohibida, ya que el art. 27 sólo se refiere al "caso en que el extranjero celebra dire tamente un acto de la naturaleza señalada (una adquisición directa), lo que ocurre [...] en el evento en que el extranjero contrae nupcias bajo el régimen econ mico de sociedad legal, en la que, con posterioridad, ingresan bienes inmuebles"[47] sea, una adquisición indirecta).

Otro precedente judicial similar, pronunciado en 1975 y más salomónico, se tenció que los bienes que ingresan en la sociedad conyugal no impiden el ingreso los inmuebles en el patrimonio matrimonial, ya que

> se trata de una comunidad y sólo hasta que se liquide la sociedad podrá saberse, media te la adjudicación correspondiente, lo que pertenece a cada cónyuge. De consiguiente uno de los consortes es extranjero, en el caso de que sea partícipe de bienes inmueb adquiridos por su cónyuge de nacionalidad mexicana, no será menester que al celebr se el matrimonio en que se estipule la sociedad legal o al nacer ésta durante el matrim nio, existiendo dichos bienes, o bien en la fecha en que se adquieran, deba recabar permiso a que se refiere la fracción I del artículo 27 constitucional, porque *en ninguno esos eventos el cónyuge extranjero adquiere el dominio sobre algún bien* sino que pod hacerlo, respecto a los que constituyen la comunidad a bienes, hasta el momento de adjudicación y, por tanto, sólo hasta entonces se podrá actualizar respecto a él la norm constitucional invocada.[48]

46 Cabe aclarar que en México el matrimonio de una mujer extranjera con marido mexicano no otorga la nacionalidad mexicana, por lo que continúa siendo extranjera.

47 *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Segun Parte-1, t. VI, p. 161, AD 217/90, Cecilia Martínez García, 17 de agosto de 1990, unanimidad votos, Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Simón Daniel Canales Aguiar. Véase en Jor Alberto Silva, *Derecho internacional privado: su recepción judicial, op. cit.*, tesis núm. 609, p. 769.

48 *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima Época, Sexta Par vol. LXXVIII, p. 70, AR 206/75, María Guadalupe Terroba Canaliza vda. de Bella, 30 de junio de 197

Como se advierte, este criterio no es afortunado pues en el fondo se está afirmando que la sociedad conyugal posee personalidad diferente de la de cada uno de los cónyuges.[49] De admitirse un criterio como éste, ninguno de los cónyuges, en lo particular, podría disponer de la parte que le correspondiera, sino que tendría que ser la propia sociedad conyugal la que podría disponer. Además, la misma sentencia indica que el problema se debe resolver en el momento de la liquidación. El caso es que no resuelve qué hacer en esa liquidación.

6.9. Actos traslativos de dominio entre los cónyuges

La posibilidad de disponer y, en su caso, trasladar los bienes afectos a la sociedad conyugal merece dos comentarios. Por un lado, la traslación del dominio de los bienes mediante acuerdo entre los cónyuges, y por otro, la disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges y sus implicaciones registrales.

a) Traslación del dominio entre cónyuges

¿Será factible que los cónyuges se puedan hacer regalos o donaciones durante el matrimonio, esto es, durante la vigencia del régimen patrimonial de su matrimonio?, ¿y celebrar compraventa entre ellos? Conforme a las leyes sustantivas mexicanas parece posible. Al efecto, el CCDF indica que los cónyuges pueden hacerse donaciones con tal que no sean contrarias a las capitulaciones matrimoniales ni perjudiquen el derecho de los acreedores alimentarios (art. 232). El CC de Chihuahua, tratando de aclarar, prohíbe la celebración de contratos de compraventa entre cónyuges, a menos que su régimen económico sea el de separación de bienes (art. 163).

Las donaciones que los cónyuges pudieran hacerse, recíproca o unilateralmente, caen dentro del *patrimonio matrimonial* y se les puede calificar como un contrato, un acto del estado civil o un efecto patrimonial del matrimonio.[50]

unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ángeles Sentíes. Véase en Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional privado: su recepción judicial, op. cit.*, tesis núm. 591, p. 761. Un tanto similar: *Semanario Judicial de la Federación*, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Octava Época, Segunda Parte-1, t. VI, julio a diciembre de 1990, p. 161, AD 217/90. Cecilia Martínez García. 17 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Simón Daniel Canales Aguiar.

49 Esta posición se encuentra controvertida tanto en la doctrina como en los precedentes judiciales. Aunque el tema no es precisamente de DIPr, puede consultarse Luis Robles Brambila, "Algunas consideraciones sobre capitulaciones matrimoniales", en *Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, núm. 4, enero-junio de 1991.

50 Así lo ha entendido nuestro legislador: art. 2332 del CCDF: "Donación *es un contrato* por el que una persona transfiere a otra, gratuitamente, una parte o la totalidad de sus bienes presentes." No obstante, los tribunales judiciales han atenuado su sentido. *Semanario Judicial de la Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, t. IX-febrero, p. 183, AD 1656/91. Guillermo

No obstante, y a pesar de que sean un contrato, califican como efectos patrim niales del matrimonio.[51]

La ley española prohíbe las donaciones entre consortes (art. 1334, CC), pero l leyes mexicanas parecen permitirlas, a menos que pugnen con el régimen económ co matrimonial pactado, en cuyo caso resulta inoficiosa la porción donada. Si u autoridad mexicana se viera obligada a determinar la validez de una donación,[52] pr cedería de la manera siguiente: primero consultaría su regla de conflicto que la rem te al lugar de celebración y, de considerarla válida, en el siguiente paso consultaría ley del lugar en que se otorgaron las capitulaciones para saber si esa ley permite l donaciones entre cónyuges. El juez aquí, mediante la técnica de "cuestión previa" debido consultar una primera ley de celebración (cuestión previa), para entonc entrar en el análisis de la cuestión principal y determinar la validez de la donació de acuerdo con el derecho mexicano. En este proceder, el juez además habrá debi llevar a cabo el análisis que sigue.

Para saber si la donación entre cónyuges en la ley que va a consultar ha sido vá damente otorgada, habrá calificado a la donación. Cabe la posibilidad de que ésta esté considerada dentro del régimen patrimonial del matrimonio, pero tampo prohibida. En este caso, el juez mexicano estará calificando a la donación dentro régimen de los contratos y conforme a él tendrá que determinar su validez. S embargo, si la ley extranjera consultada acepta la existencia de la donación entre có yuges y la regula dentro del estatuto personal, la calificación del juez mexicano de ría de ser al estatuto de los contratos y se haría a partir del estado civil. En este últi caso, de acuerdo con las reglas de este estatuto determinaría la validez de esa donaci entre cónyuges. Si el juez procediera de manera diferente, pongamos por caso, si ca ficara de acuerdo con su estatuto de contratos en vez de hacerlo conforme al estat to personal, podría llegar a una solución inadecuada, porque si la donación es contrato posterior al de las capitulaciones matrimoniales aquél estaría modifican a éste, cuando en realidad son contratos diferentes, con objeto diverso.

Podría argumentarse que el nuevo contrato anula al anterior, por lo menos en apartado correspondiente (que el contrato de donación anula al de sociedad con gal), pues al fin y al cabo ambos son acuerdos de voluntades. No obstante, no par

Dorantes Miranda. 31 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Hugo D Arellano. Secretario: Gonzalo Hernández Cervantes. Igualmente en *Semanario Judicial de Federación*, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, t. XV-enero, tesis XVI.2o.48C, p 2 AD 506/94. Enrique Martínez Ascencio. 18 de octubre de 1994. Unanimidad de votos. Ponen Moisés Duarte Aguiñiga. Secretario: Gilberto Díaz Ortiz.

51 Beatriz Pallarés, "Efectos patrimoniales del matrimonio", en *Derecho internacional privado Mercosur* (Diego P. Fernández Arroyo, coord.), Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 780.

52 En principio el tribunal no sería competente en cuanto a este asunto; no obstante, podría aboc se al conocimiento del mismo cuando, teniendo injerencia en otro tipo de asuntos (una cuesti principal), se presentara la hipótesis que aquí planteamos (como cuestión previa). La cuestión pri cipal podría consistir en la nulidad de la compraventa que se hizo a una persona residente en Méxi respecto del bien objeto de la donación.

ser así: el acuerdo en el que se pacta el régimen económico exige requisitos específicos para modificarse, por lo que un simple contrato de donación posterior no lo anula o enmienda.

En algunos países se acostumbra la dote matrimonial, esto es, pago o patrimonio que por lo general el marido pide a los padres de la novia, o éstos lo fijan, dependiendo del lugar. Entre los musulmanes la dote va dirigida a la mujer y sirve para que en el caso de que sea repudiada o que fallezca el marido sirva como garantía económica.[53] Se le estima parte del estatuto personal. Lo que se discute es si la dote es un requisito para constituir el matrimonio o un efecto del matrimonio, [54] punto que en México carece de calificación pues no es necesaria para constituir un matrimonio ni para que subsista.

Las causas o supuestos de revocación de la donación se rigen por la ley que rige a ésta.

Ejemplo

Si en una entidad federativa la ley interna prescribe que es causa de revocación de la donación el abandono injustificado del hogar conyugal, pues supone una causa de ingratitud, esta causal no sería aplicable cuando la ley designada por la norma de conflicto sólo acoge como causal al adulterio.[55]

b) Disposición de los bienes por uno solo de los cónyuges

El convenio de la sociedad conyugal puede ser calificado como un contrato conforme al cual los bienes pertenecen a los cónyuges por partes iguales. Cualquier decisión debe ser de ambos en la medida que se trata del patrimonio común. Veamos un ejemplo que nos permita distinguir el tipo de calificación.

Cabe la posibilidad de que en un convenio patrimonial se pudiera pactar que uno de los cónyuges sea el administrador de los bienes y posea facultades para disponer de éstos (facultades de dominio). Sin embargo, en otro ordenamiento se establece que las facultades de dominio a cargo de uno solo de los cónyuges no son

53 Véase Caridad Ruiz-Almodóvar, "La dote en los códigos de estatuto personal de los países árabes", en *Revista Meah, Revista de Estudios Semíticos*, núm. 49, Universidad de Granada, http://www.ugr.es/~estsemi/hebreo/hebmeah49.htm. diciembre, 03, 2004.

54 Zoila Combalía, "Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico", en *Revista AequAlitas*, núm. 6, mayo de 2001, Instituto Aragonés de la Mujer y Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, http://www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200105-estatuto_de_la_mujer.html, diciembre 3, 2004.

55 *Semanario Judicial de la Federación*, Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, Octava Época, Segunda Parte-1, t. V, enero a junio de 1990, p. 195, AD 470/89. J. Jesús Torres Reyes. 17 de marzo de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Alfredo López Cruz.

admisibles. A partir de este punto podremos ilustrar con un ejemplo una serie d variables que serán determinadas por la calificación que haga el juez.

Como decíamos, a partir de aquí la calificación se convierte en un factor de gra importancia. Sigamos con el ejemplo. Si el juez califica como contrato el acuerd entre los cónyuges y la ley de donde se celebró el contrato permite el arreglo mediar te el cual uno de ellos sea el administrador de la sociedad conyugal, el juez mexica no otorgará validez al contrato. Sin embargo, el juez debe proceder con ese fin d manera más completa: tendrá que llevar a cabo una doble calificación, la del acue do y su validez conforme a la ley del lugar donde se celebró el convenio matrimoni y la de la forma, que será la de los requisitos para que un acuerdo tal entre los cón yuges pueda tener validez. Dicho en otras palabras, al calificar el juez como contra al acuerdo patrimonial lo valida tanto en el fondo como en la forma. Sin embargo, juez puede calificar de manera distinta y encuadrar el arreglo dentro de una cuestió estrictamente personal. En este caso, se considerará al contrato entre cónyuges com parte del acuerdo patrimonial y, por tanto, será éste el que determine si ese acuer es posible o no. Posteriormente, el juez tendrá que verificar si este tipo de acuerd deben cumplir ciertas formalidades y si se cumplieron. En estas condiciones, declarará la validez del acuerdo entre cónyuges.

Una y otra calificaciones tienen en su proceso múltiples consecuencias. Retomem brevemente el mismo ejemplo. Si en la ley del juez que califica existe prohibició expresa de este tipo de acuerdos (una norma imperativa), acabará por desechar reconocimiento del acuerdo. Si, por el contrario, el juez de nuestro ejemplo tie en su ley la posibilidad de que los cónyuges acuerden, pero lo sujeta a determinad requisitos, el juez admitirá el acuerdo aunque los procedimientos de origen d acuerdo no concuerden con los suyos, salvo que se trate, entre estos requisitos, del cum plimiento de una determinada formalidad que en la ley a la que se está refiriendo considere como elemento esencial para la creación del acuerdo. En estos casos el pr blema conflictual lo ha de advertir con mayor fuerza el notario o el encargado d registro público correspondiente.

Vamos a suponer que una pareja, casada en el D.F. en sociedad conyugal pos un inmueble en esa entidad federativa. El marido trabaja en EUA. En ese país celebra contrato de crédito en el que garantiza lo adeudado con el inmueble que se encue tra en México. Como el marido no paga, el juez de EUA ordena, primero, una med da cautelar para que esta persona no disponga del bien y, después, la venta del bie para el pago de lo adeudado. El primer problema está referido a la inscripción de medida cautelar en México y el segundo, a la inscripción en el Registro Público mex cano del nuevo propietario del bien (si es que ya fue adjudicado).

La posibilidad de que el marido disponga del patrimonio podría entenderse qu es en última instancia un problema de formalidad. Cabe recordar que las leyes mex canas prescriben la ley de la celebración del acto para regular la forma. A pesar d que en este caso no estamos frente a un problema de mera forma, la posibilidad de qu la mujer otorgue o no autorización para que el marido disponga de los bienes de el es un problema de registro; es decir, ni es problema de forma, ni de capacidad, sin

que en el caso planteado se presenta como un problema de producción de efectos (el efecto registral). Para que un acto como éstos sea registrable no basta la autorización de la cónyuge en un poder o en una escritura privada celebrada en el extranjero, cuando en el lugar del registro se exija que esa autorización se eleve a una escritura pública. El hecho es que si se exige escritura pública para un acto de dominio, ésta es un requisito formal para el registro conforme a la ley del lugar del registro, pues su legislador estima que es el único medio viable para que proceda o se produzca el efecto registral. De esta manera, si la ley de la entidad federativa en que se encuentre el registro exige que una autorización como ésta tiene que realizarse en escritura pública, la ley aplicable será la del lugar del registro.[56]

6.10. Modificación y sustitución del régimen patrimonial

Un aspecto importante en relación con las capitulaciones patrimoniales del matrimonio es la posibilidad de modificarlas o sustituirlas. Las leyes sustantivas mexicanas lo permiten. La persona que se casó según el régimen de separación de bienes puede cambiar al de sociedad conyugal y viceversa, u optar por un régimen mixto. Esta posibilidad no existe en todos los países, al acoger la inmutabilidad del régimen económico, lo que provoca problemas que el DIPr debe resolver.

Otro de los problemas relacionados con la disposición de los bienes por parte de uno solo de los cónyuges se refiere al caso de los muebles que son propiedad de ambos cónyuges. Aunque en este caso podría afirmarse la nulidad del acto de disposición del bien, pero no es fácil su solución. Basta pensar en el caso de terceras personas que adquieren de buena fe, como en los casos en que se trate de acciones de alguna empresa que ingresaron en la bolsa y fueron rematadas.

Por lo general, la forma de modificar o sustituir lo pactado no es más sencilla que el pacto modificado o sustituido. Ya explicamos que una simple donación no necesariamente modifica el régimen económico pactado.

En otros órdenes jurídicos ni siquiera se admite esa modificación o su sustitución; otros son más liberales y lo admiten, como en México.

En Venezuela las capitulaciones deben celebrarse antes del matrimonio en escritura pública, pero según la ley venezolana éstas son *inmodificables* (esto es, acogen el principio de inmutabilidad del régimen económico). De manera que, para el caso, priva un orden público dentro del derecho venezolano que impide a los compromitentes modificar sus capitulaciones, aun cuando pudieran hacerlo en otro país;[57] así que si

[56] Una situación o problema similar fue resuelto en este sentido en España. Miguel Ángel Michinel Álvarez, "Inscripción de actos de disposición sobre bienes de una sociedad conyugal internacional", en *Derecho registral*, Iprolex, Madrid, 2003.

[57] Benito Sansó Rotondo, "El régimen patrimonial de los bienes en el Derecho Internacional Privado venezolano", en *Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986. El dato se corrobora en la actualidad con la exposición

éstas se cambian en México o en otro país, ese cambio no será reconocido en Venezuel sobre todo en el caso de que existan bienes en dicho país. Actualmente esa inmod ficabilidad es parte de su orden público.

Ahora pasamos a otro momento: saber qué ley rige en México en lo relacionad con la posibilidad de modificar las capitulaciones referidas. Aunque no exista u regla especial de DIPr, vale entonces aplicar las reglas generales. Como se trata de u convenio (aunque subordinado a la ley que rige los efectos económicos del matrim nio), el asunto correspondiente a la validez se norma conforme a la *ley del lugar don se celebró*, incluso con base en los requisitos o condiciones que fueron exigidos pa celebrarse. Si ante un juez mexicano se solicita el cambio de las capitulacion patrimoniales acordadas en Venezuela, ese juez, al consultar su norma de conflict encontrará que aquéllas se rigen conforme a la *ley del lugar donde se pactan*. El ju empleará la regla *locus regit actum*. En este caso, como en la ley sustantiva interna me cana se permite la modificación, si esa modificación se hace podría ser autorizada, au que sujeta a los riesgos de que en el extranjero pudiera no producir plenos efectos.

A pesar de lo anterior, al juez mexicano le quedaría la posibilidad de recurrir a que la doctrina denomina *efecto reflejo del orden público*,[58] situación que aunque n está prescrita en el derecho interno, podría ser invocado para evitar una injusticia.

Es conveniente diferenciar el reconocimiento de validez del acto de celebraci de las capitulaciones (el convenio) de los efectos que producen en México las pact das en el extranjero. Ya no se trata de reconocer el solo acuerdo de las capitulacione sino sus efectos. En este caso, con base en el CCDF deberá considerarse que "l efectos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deb ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilid de otro derecho" (art. 13, fracc.V).

En este último caso la ley aplicable podrá ser la del lugar donde el convenio patr monial será ejecutado, o la elegida por los compromitentes al amparo de la autonom de su voluntad.

Ejemplos

a) Dos personas en el extranjero contraen nupcias y deciden después de es acto trasladarse a México para establecer ahí su domicilio conyugal, lugar don

de la profesora Maekelt. Tatiana B. de Maekelt, *La ley venezolana de derecho internacional priva tres años de su vigencia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002, p. 97.

58 Debe diferenciarse el orden público internacional de un Estado de la afectación de ese orden púb co. En el primer caso es necesario mantener y hacer respetar el propio orden público, mientras q en el segundo se rechazará la disposición extranjera en el caso de que se afecte el orden propio. La do trina se ha referido al caso en que el orden público extranjero tiene que hacerse respetar en el foro, que se conoce como *efecto reflejo* del orden público. José Luis Fernández Flores, *Manual de derec internacional privado*, Libro Segundo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980, p. 444.

deciden vivir. En estas condiciones, en el país en el que contraen matrimonio, y si el derecho de ese país se los permite, designan a la ley mexicana como aplicable a su régimen matrimonial. El derecho mexicano aceptaría una solución de este tipo.

b) Una pareja pactó en México su régimen patrimonial de separación de bienes, pero tiempo después adicionó a su convenio una cláusula según la cual todas las joyas que se adquirieron a partir del matrimonio y las que se sigan adquiriendo pasarán a ser de su propiedad en los términos prescritos por la ley francesa. Si un juez mexicano conociera de un litigio respecto de la propiedad de esas joyas, tendría que consultar la ley francesa elegida por los cónyuges en uso de la autonomía de su voluntad y, en su caso, aplicarla.

En fin, varios de los problemas que se presentan en México con el convenio patrimonial se agravan por falta de reglas específicas de DIPr (que en otros lugares es la del domicilio común). Como hay que recurrir a las mismas leyes que rigen al contrato, a la ley de la celebración del mismo o donde va a producir efectos, ninguna resulta congruente con las realidades que imperan en el lugar donde residen los cónyuges.

6.11. Disolución y nulidad de las capitulaciones patrimoniales

Antes de concluir la exposición sobre las capitulaciones referentes al patrimonio haremos mención de la ley que rige la *disolución del régimen económico* del matrimonio, esto es, del convenio que rige al patrimonio matrimonial.

La disolución o fin del convenio patrimonial puede deberse a diversas hipótesis, entre otras, porque el acuerdo fue sustituido por uno nuevo, a consecuencia del divorcio; la muerte de uno de los cónyuges; la decisión judicial por mala administración realizada por uno de ellos, etc. El efecto principal de la disolución es la *liquidación del régimen económico*, en especial el de sociedad conyugal.

Como lo anotamos, las capitulaciones patrimoniales se califican como un pacto o convenio. Podríamos pensar que su disolución debe realizarse de la misma forma en que se termina cualquier otro convenio e, incluso, que si el patrimonio matrimonial se rige conforme a las *reglas de las sociedades*, también tendrían que aplicarse las reglas que norman a estas personas morales. Sin embargo, las leyes sustantivas mexicanas incluyen disposiciones particulares sobre la forma en que se producirá la disolución; así, prescriben que ésta sobreviene por acuerdo entre los cónyuges, por divorcio, muerte de uno de ellos o por declaración de ausencia.

En lo referente a la liquidación, nos encontramos ante dos cuestiones: ¿cuál será el órgano competente para conocer y disolver la sociedad conyugal? y ¿qué ley es la aplicable?

Respecto del *órgano competente*, según las leyes mexicanas será el del domici
del demandado, en caso de que existiera un litigio; si se trata de sucesión *mor*
causa, la instancia competente para conocer de esta última;[59] si hay divorcio, será
autoridad que conozca del mismo, que normalmente es la del domicilio del dema
dado.

Por lo que corresponde a la *ley aplicable* a los *procedimientos* como liquidació
inventarios, avalúos y participación, entre otros, se rigen conforme a la *lex fori*, pe
en cuanto al *fondo*, por la misma ley que constituyó o reguló el origen de las capit
laciones patrimoniales, salvo que los compromitentes hubieran señalado una ley esp
cífica aplicable para la disolución o reglas especiales para la misma.

De cualquier manera, el juez mexicano no podrá reconocer las cláusulas del co
venio patrimonial que afecten el orden público internacional, como la que prescri
que la cónyuge deberá aceptar, sin posibilidad de inconformarse, los inventarios, av
lúos y partición que unilateralmente haga el marido.

Mientras la liquidación de las capitulaciones patrimoniales supone la *validez*
las mismas, su nulidad supone la *falta de validez*.

La validez de un acto jurídico, como el de las capitulaciones patrimoniales, pue
suponer la capacidad de los que las pactaron. Si falta el consentimiento o está vic
do, se impone la nulidad.

Uno de los casos más importantes que resolvió la SCJN estaba ligado a este p
blema. Se trata del caso de Antenor Patiño y María Cristina de Borbón. Esta pa
se casó en España siendo ella menor de edad, pero tenía el consentimiento de
padres. No obstante, un día antes del matrimonio ambos concluyeron un conve
patrimonial que regiría durante el matrimonio en el que se pactó la separación
bienes. A este acuerdo no comparecieron los padres de ella. Al surgir los prime
problemas en el matrimonio, la cónyuge demandó en España la nulidad de las c
tulaciones apoyándose en que su consentimiento fue ineficaz debido a que era me
de edad y no habían sido citados los padres. El tribunal español que conoció dec
ró, correctamente, la nulidad.[60] Esto produjo que se actualizara el régimen le
supletorio español, que era el de "sociedad de gananciales", según la terminolo
española. El marido, uno de los hombres más ricos en el mundo (le llamaban el
del estaño), acudió ante los tribunales bolivianos y obtuvo una sentencia que decl
la validez de las capitulaciones patrimoniales; resolución, obviamente, contradic
ria con la española.

Luego de varios intentos de divorcio, el asunto fue llevado a los tribunales me
canos y culminó con una resolución de la SCJN en la que afirmó que no se apoya
en la resolución boliviana, declaró el divorcio y aceptó como válidas las capitulac
nes patrimoniales españolas, esto es, que había separación de bienes, lo que tambi

59 Respecto del órgano competente para conocer de la sucesión, a reserva de lo que luego explica
mos, será en lo general el tribunal del último domicilio del *de cujus*.

60 Paloma Abarca en Elisa Pérez Vera (comp.), *Derecho internacional privado*, t. II, 3a. ed., Universid
Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 133.

contravenía la sistemática española. El alto tribunal argumentó que no podía reconocer la sentencia extranjera por varias razones: *i*) porque la sentencia española que había declarado la nulidad no se introdujo o presentó al foro mexicano por medio oficial (es decir, por medio de exhorto del juez español); *ii*) porque si la ley mexicana es territorialista, la española contravenía la mexicana; *iii*) que en México desconocemos lo que es la "sociedad de gananciales".[61]

Este caso, sumamente criticado en su resolución por toda la doctrina mexicana, puso en entredicho la honorabilidad de la SCJN y la corrupción de sus autoridades, pues era obvia la nulidad del convenio patrimonial (aun cuando se hubiere tratado de resolver con la ley mexicana). Prueba de lo anterior fue que en España se rechazó su ejecución por ser contraria al orden público internacional español.[62]

AD 7803/958. Puede verse la *ratio decidendi* en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, abril-junio de 1961. La sentencia de la SCJN se hizo pública en 1960 y motivó una carta de desaprobación del prof. Jorge Aurelio Carrillo, que envió al presidente de la República. Jorge Aurelio Carrillo, "El caso Patiño-Borbón ante el Derecho Internacional Privado", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, abril-junio de 1961.

Otros datos sobre esta sentencia mexicana pueden verse en Francisco José Contreras Vaca, "Análisis del caso Antenor Patiño *vs.* María Cristina de Borbón", en *Décimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, CD-ROM.

7 Divorcio y nulidad de matrimonio

7.1. Introducción

El matrimonio puede concluir como consecuencia de una crisis de la relación pareja, por invalidez del matrimonio o por fallecimiento de uno de los cónyuges; el primer y tercer casos, el vínculo matrimonial se disuelve por un acto voluntario necesario (como en el divorcio) o por un hecho natural como la muerte del cónyge; en el segundo caso, un juez llega a la conclusión de que el acto matrimonial inválido y, por tanto, declara la nulidad del mismo. Se trata de instituciones jurdicas diferentes.[1] En este capítulo analizaremos cada una de esas instituciones, c sus efectos y vínculos internacionales.

7.2. Divorcio

Como sabemos, mediante el divorcio se concluye un matrimonio, aunque depdiendo del tipo sus efectos pueden ser diferentes: por un lado se produce una separación física, conocida como *separación de cuerpos (divorcio semipleno);* por otro, *separación* es definitiva e implica propiamente el divorcio o disolución del vínc matrimonial (*divorcio pleno o vincular*). Este último devuelve a los antiguos cóyuges el estado de solteros y, por tanto, la libertad para volver a celebrar otro ac matrimonial.

Aunque en México la separación de cuerpos está regulada, en la práctica su r lización es poco común. La razón consiste en que hoy en día es relativamente f celebrar un divorcio, por lo que un estado de este tipo ya no constituye una soluci jurídica. Aquí no estudiamos un hecho social común, en el que los cónyuges

1 La posibilidad de una simple separación de cuerpos, en otra época de importancia destacada, h en día sólo es un efecto del divorcio.

encuentran de hecho separados y así permanecen por razones de tipo familiar, social, patrimonial o de otra naturaleza.

Como fenómeno social el divorcio apareció en México en 1916 con la *Ley de Relaciones Familiares* propuesta por Venustiano Carranza y se incrementó durante el último siglo. Sus causas son variadas y las estudian la psicología, la psiquiatría y la sociología, entre otras disciplinas. Al derecho lo que le interesa y regula son las consecuencias de esas crisis cuando la pareja decide divorciarse. Para el DIPr, el estudio de este fenómeno se inicia cuando la pareja, el acto matrimonial que celebraron, los hijos, el patrimonio familiar, su lugar de domicilio o residencia tienen conexiones internacionales.[2]

Órganos del gobierno mexicano competentes para conocer del divorcio con vínculos internacionales

La cuestión de los foros de competencia para obtener el divorcio ha sido uno de los desarrollos más rápidos del DIPr en los últimos años, principalmente en Europa. Allí en varios países todavía hace algunas décadas el divorcio y el foro para divorciarse eran muy limitados e incluso, como en España, se encontraban prohibidos. Sin embargo, con la Comunidad Europea ha habido un desarrollo significativo en materia de foros de competencia, al grado de que prácticamente han desaparecido los problemas de competencia en este tema, lo que prueba que las soluciones normativas internacionales suelen tener éxito.[3] En México, no obstante haber sido uno de los primeros países en el mundo en haber instituido el divorcio sobre todo con causales liberales, debido al territorialismo que acompañó al periodo posrevolucionario y al que ya hemos hecho alusión, el desarrollo es aún incipiente, por lo que la respuesta todavía se encuentra limitada por conceptos generales clásicos en los que el legislador y el juez mexicanos aún no han incursionado para definirlos y especificarlos de acuerdo con las necesidades internacionales. Además del territorialismo, el atraso en el campo del DIPr en México se debe a la corrupción secular de muchos tribunales. Antes de 1971 la posibilidad de que cualquier persona extranjera pudiera divorciarse en México era relativamente fácil. En varias entidades federativas su estructura judicial,

2 Sobre razones del divorcio en México véase Vania Salles y Rodolfo Tuirán, "Mitos y creencias sobre la vida familiar", en Leticia Solís (comp.), *La familia en la Ciudad de México; presente, pasado y devenir*, ACPEINAC, México, 1997, pp. 74 y siguientes.

3 A partir de mayo de 2001 se han solucionado los problemas de competencia internacional para conocer y resolver sobre divorcio y nulidad del matrimonio de los extranjeros mediante diversos foros de conexión alternativos, entre otros el de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentar la demanda, el último que tuvieron si uno de ellos aún reside ahí, la residencia habitual del demandado, la de cualquiera de ellos en el caso de divorcio voluntario o consensual, la del demandante siempre que sea mayor a un año a la presentación de la demanda, o seis si éste es nacional del Estado donde presenta la demanda, o la nacionalidad común de ambos cónyuges. Paloma Abarca, en Elisa Pérez Vera (comp.), *Derecho internacional privado*, vol. II, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 141.

en gran parte, estaba orientada sólo para los divorcios de los extranjeros, como result
do de que las leyes de esos estados de la República facilitaban dicha función.[4]

Chihuahua, Morelos y Tlaxcala fueron ejemplo de las entidades a las que n
referimos en el párrafo anterior. En el caso de Chihuahua, su *Ley del Divorcio* (
abrogada) otorgaba competencia a sus tribunales para conocer del divorcio de cua
quier persona, incluidos los extranjeros. Esta ley establecía que el tribunal competen
te era el del *domicilio del actor*. También había leyes que facilitaban a cualqui
persona, incluso a los ciudadanos de otros países, la adquisición del domicilio, lo q
podía hacerse mediante un trámite sencillo y rápido: un divorcio voluntario o co
sensual entre extranjeros tardaba cuatro o cinco horas, a lo sumo.[5]

Las sentencias de divorcio que durante muchos años pronunciaron los tribun
les mexicanos causaron reacciones en otros países. El hecho de que se promoviera e
procedimiento ante nuestros tribunales y que se obtuviera el divorcio fue consider
do por la doctrina extranjera como un *fraude contra la ley* del país de origen de l
personas divorciadas. En varios países como Francia, Argentina, EUA y España
llegó a declarar la nulidad de los divorcios obtenidos en México o el desconocimie
to de sus efectos. En EUA, lugar de donde provenía la mayoría de personas q
querían divorciarse, en ocasiones se les reconocía y en otras se les rechazaba; a ve
se estimaba procedente la cláusula de buena fe y crédito y a veces no.[6]

En la década de 1960, ante las quejas que provocaron los divorcios al vapor,
Barra Mexicana Colegio de Abogados decidió abrir una investigación que conduj
una recomendación. El comité investigador se integró con los profesores Rober
Molina Pasquel, José Luis Siqueiros y Julio César Treviño. El comité concluyó rec
mendando que los afiliados no aceptaran demandas de divorcios de extranjeros,
que los tribunales mexicanos carecían de competencia para conocer de esos asunt
argumento al que se aunaban criterios éticos. También recomendó a los gobiern

4 La desaprensión por la disciplina es evidente en éste como en otros temas. No obstante haberse t
tado de un fenómeno extendido y con una práctica muy importante antes de 1971, sólo una
en la época se elevó para estudiarlo y criticarlo. Éste fue el trabajo de José Luis Siqueiros, "La com
tencia jurisdiccional en materia de divorcios extranjeros", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogad
abril-junio de 1964.

5 A los tribunales de Chihuahua, como a los de las demás entidades federativas ya mencionad
acudían personas procedentes de todos aquellos países donde la obtención del divorcio estaba p
hibida, o las causales de divorcio sumamente limitadas, que lo hacían casi imposible de obtener
bien porque sus trámites eran largos y costosos. Los trámites de estos divorcios se convirtieron
una verdadera industria que en su época se conoció con la denominación despectiva de *divorc
al vapor*. Había despachos de abogados en Ciudad Juárez vinculados a despachos de Nueva Yor
Los Ángeles que a su vez se vinculaban a oficinas de abogados en Asia y Europa, es decir, exis
una red mundial. De cualquier despacho de la red se canalizaban los asuntos hacia México y
cobraban servicios completos (transporte, hospedaje, diversiones y honorarios y gastos judiciale

6 De cualquier manera, el divorcio mexicano produjo reacciones en todo el mundo, generalmente
sentido negativo. Peter Hay, "International Versus Interstate Conflicts Law in the United States.
Summary of the Case Law," en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrec*
Hamburgo, enero de 1971, p. 468.

locales y federales actuar para impedir esos divorcios.[7] Desafortunadamente el negocio de los abogados dedicados a esta actividad y las cantidades de dinero que recibían por este concepto las autoridades estatales era tan cuantiosa, que la recomendación de la Barra Mexicana fue poco escuchada, lo que dio lugar a que en 1971, por iniciativa del Poder Ejecutivo, el Congreso de la Unión modificara diferentes leyes internas mexicanas, con lo cual se federalizaron diversas reglas relacionadas con el divorcio de los extranjeros y se restringió a tal grado que evitó esa práctica viciada.

Desde entonces sólo es posible conceder el divorcio a mexicanos[8] y a los extranjeros se les condiciona con un doble requisito: que tengan su domicilio en México y además que obtengan una *certificación* especial (autorización administrativa) que otorga la Secretaría de Gobernación (arts. 69, *LGP*, y 125 del Reglamento), la cual en la práctica sólo se otorga a aquellos extranjeros que tengan más de seis meses residiendo en el país. Esto es, la conexión con el foro está condicionada a la existencia de un domicilio del extranjero en el territorio mexicano, con lo que se pone un freno al *forum shopping* y se evita el fraude a la ley extranjera y el descrédito internacional en el que habían caído las decisiones de tribunales mexicanos. También se evita un foro exorbitante.

Sin embargo, de acuerdo con el derecho mexicano un tribunal es competente para conocer de divorcios aun cuando el matrimonio que se pretende disolver *se hubiera contraído en el extranjero*. En ninguna ley mexicana se prescribe que el tribunal competente sea el del lugar donde se contrajo y registró el matrimonio, es decir, no se reconoce competencia exclusiva para disolver matrimonios celebrados en el extranjero. La ley mexicana tampoco atribuye competencia exclusiva a los tribunales mexicanos para conocer de divorcios de matrimonios contraídos en México entre mexicanos.[9]

Ya que nos hemos referido a la autorización administrativa para que un extranjero pueda promover el divorcio, debemos aclarar que tal autorización no es necesaria cuando el actor es mexicano (al menos, así se han conducido los jueces hasta ahora). Por lo que corresponde a los extranjeros, no se les autoriza el divorcio en caso de que hayan ingresado en México con calidad migratoria que no se lo permita o en calidad de turistas (art. 131, *LGP*); tampoco se les reconoce el pacto de prórroga de la competencia a favor de un tribunal mexicano.

Carlos Arellano García afirma que en el caso del divorcio mixto (uno de los contrayentes es extranjero y otro mexicano), a uno se le aplica la ley federal, mientras

7 Informe de la comisión designada por la Barra e integrada por Roberto Molina Pasquel, José Luis Siqueiros y Julio C. Treviño Ascue, "Tramitación de divorcios por parte de extranjeros no residentes en México", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, México, oct.-dic. de 1966.

8 En realidad, las leyes mexicanas no indican que nuestras autoridades son competentes para conocer del divorcio de todo tipo de mexicanos. La ley suiza (art. 60) otorga competencia a sus autoridades para conocer del divorcio de suizos aun cuando no estén domiciliados en Suiza, con la condición de que en el lugar de su domicilio no pudieran demandar.

9 Conviene hacer la aclaración anterior, ya que en la ley italiana de DIPr (art. 32) se prescribe la competencia de los tribunales italianos para cuando uno de los cónyuges tiene la nacionalidad italiana, • cuando el matrimonio se contrajo en Italia, aunque el demandado resida en el extranjero. Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato*, *op.cit.*, pp. 421 y 422.

que al otro, la ley local.[10] En nuestra opinión, la tesis no es correcta por lo que de
llamos en seguida.

Cuando en 1971 se publicaron las modificaciones a la *LGP*, se suscitó una polém
ca entre académicos acerca de su constitucionalidad. Una parte de la doctrina[11] opin
ba que legislar en materia de extranjeros era una "facultad reservada por la *Constituc*
en favor de las autoridades federales" y aducía que a la Federación le compete legi
lar en todo lo relativo a la "condición jurídica del extranjero" (art. 73, fracc. XVI), y q
este enunciado normativo debía interpretarse de forma tal que abarcara su estatu
personal y, por tanto, la regulación de su matrimonio en México.[12]

Otra corriente[13] aseguró que se trataba de una reforma inconstitucional, porq
el dispositivo del art. 73, fracc. XVI, de la *Constitución* (el que señala cuáles facultad
competen a la Federación) no comprende el estado civil de las personas, ni el estat
to personal o relaciones de pareja de los extranjeros. La regulación de la "condici
jurídica de los extranjeros", que sí es de la competencia del Congreso federal, en l
términos prescritos por la Carta Magna, debe entenderse en lo que se refiere a
entrada, permanencia y salida del país por parte de dichos extranjeros, que es re
mente hasta donde llega la facultad de la Federación, sin posibilidad de ampliars
aspectos relacionados con el estado civil de las personas. En este último sentido, s
las entidades federativas las que tienen atribuciones legislativas en materia civil
familiar, de modo que es facultad exclusiva de ellas legislar al respecto. Así es que
Federación, al legislar en esta materia (estado y capacidad de las personas, y especi
mente matrimonio) está violando las facultades de los estados de la República. De a
que las modificaciones a la legislación federal para atribuirle facultades a la Federaci
en esta materia son inconstitucionales.

Como se advierte, los problemas para atribuirle la facultad al Congreso fede
derivan de la confusión de lo que es *condición jurídica del extranjero* por una parte
por la otra, de lo que es *estado civil del extranjero*. La atribución incorrecta de sig
ficados a uno y otro enunciados ha sido la generadora del problema. Conforme a
teoría dominante deben diferenciarse los significados de *estado civil* y *estado de c
dadano* o condición jurídica del extranjero; mientras el primero es un aspecto priva

10 Carlos Arellano García, "Los conflictos de leyes interprovinciales en el derecho vigente mexican
en *Lecturas Jurídicas*, época II, año II, vol. VI, marzo de 1998, p. 46.

11 Carlos Arellano García, José Luis Siqueiros, Julio César Treviño y Ricardo Abarca, entre otros.

12 José Luis Siqueiros, "El divorcio de extranjeros en México y las reformas a la Ley de Nacionalid
y naturalización", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, México, enero-marzo de 1971.

13 Víctor Carlos García Moreno, Laura Trigueros, Fernando Vázquez Pando, Leonel Perezni
Castro, Claude Belair, Jorge Alberto Silva; véase Claude Belair, "Los conflictos interestatales en
República Mexicana", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 6, un núm. 6, México, 1982, p.
y también Fernando Vázquez Pando, "Reflexiones en torno al Art. 35 de la Ley de Nacionalida
Naturalización", en *Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, cd-rom, *Memor
Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, *op. cit.*, Jorge Alberto Silva, "L
extranjeros frente al proceso jurisdiccional en México", en *Octavo Seminario Nacional de Dere
Internacional Privado*, 1984, cd-rom, *idem*.

el segundo y tercero atienden a lo público o a las relaciones de la persona para con el Estado. Cuando en el siglo XIX Ignacio L. Vallarta anotó, en su *Proyecto de Ley de Extranjería*, que luego entró en vigor, que los derechos civiles de los extranjeros competían a la Federación, quiso dar a entender que se trataba de los derechos de ciudadano, los derechos de los *cives*, como en la antigua Roma, no de los derechos privados ni del estatuto personal ni de las relaciones interpersonales.[14]

A pesar de lo anterior, la SCJN en 1972 sentó jurisprudencia declarando la constitucionalidad de la federalización, lo que dio lugar a otra teoría, resolución que en su momento se explicó por la gran dependencia del Poder Judicial respecto del Ejecutivo, que fue el autor de la iniciativa de ley que federalizó diversas reglas sobre el matrimonio y el divorcio de los extranjeros, aunque los tribunales parecen haber negado tal federalización.[15]

Lo más inexplicable es que la misma SCJN, en julio de 2000, volvió a reiterar el citado criterio negando que se hubiese federalizado la regulación del divorcio. Se razonó diciendo que esto es así, porque no toda persona tiene derecho a que se le administre justicia, pues la misma *Constitución* "señala limitaciones [...], al precisar que ello se hará '... en los plazos y *términos que fijen las leyes*', está sujetando su cumplimiento a las normas aplicables en cada hipótesis, lo que resulta incongruente, en virtud de que la administración de justicia, más que cualquiera otra actuación del Estado, debe quedar sujeta al cumplimiento de las leyes". Agregó que el art. 69 de la *LGP* "no invade la esfera competencial del Estado de Aguascalientes, en virtud de que las normas que establece se limitan a la materia migratoria que, de conformidad con el artículo 73, fracción XVI, de la Constitución Federal, corresponde a la esfera federal, sin ocuparse de reglamentar el divorcio, figura jurídica que se deja incólume y a la responsabilidad del Estado mencionado. Por tanto, el artículo impugnado —continuó el alto tribunal— no prohíbe el juicio de divorcio, sino que únicamente establece una medida de control en materia migratoria, específicamente en relación con la legal estancia de extranjeros, lo que, según se dijo, constitucionalmente compete al legislador federal." Es obvio que estos argumentos no resultan convincentes como para que de ellos se desprenda el obstáculo para tramitar un divorcio.[16] Además de que esta resolución refleja la ignorancia de la SCJN respecto de la diferencia entre el

14 Así parece haberlo entendido Ignacio L. Vallarta, según surge de la celebre polémica con José Algara. Véase Jorge Alberto Silva, *Estudios de derecho conflictual sucesorio interestatal durante el siglo XIX*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Ciudad Juárez, 2006.

15 Varios abogados de Ciudad Juárez (*divorcieros*, como se les llamaba) promovieron diversas demandas de amparo contra la ley federal. Rápidamente se reunieron cinco resoluciones de la SCJN en las que se negaba el amparo y se declaraba la constitucionalidad, lo que provocó que ese criterio "sentara jurisprudencia" y se tornara en vinculativo para todas las autoridades del país. Este criterio se pronunció en la misma época en que gobernaba el presidente de la República autor de la iniciativa, lo que a nuestro parecer fue una torpeza a sabiendas del autoritarismo del presidente por esas épocas. La resolución judicial salió al gusto del señor presidente.

16 *SJF* y su *Gaceta*. Novena Época. Pleno, t. XII, agosto de 2000. Tesis P. CII/2000, p. 141, AR 339/98, Mirna Doris González Carballo, 18 de noviembre de 1999, once votos, ponente: Juan Díaz

estado civil de las personas y la condición jurídica de los extranjeros en México, co
firma el hecho de que un trámite administrativo impida el pleno ejercicio de
derechos de las personas (incluidos los extranjeros) que se encuentran en territo
nacional, en violación de lo expresamente establecido en la *Constitución*.

Como se advierte, las reglas mexicanas de competencia internacional para la ce
bración del matrimonio, divorcio o nulidad del matrimonio se crearon en 1971 p
reprimir los "divorcios al vapor", lo que fue sano para un caso pero tuvo un efecto p
verso en otro. Dentro de una nueva categoría administrativa en la ley se introduj
"condición jurídica de los extranjeros", en la que se incluye correctamente la regulaci
migratoria del extranjero en México pero se comete un error: condición jurídica de
personas no es un estatuto competencia de las autoridades federales, sino de los estad
y en él se regula el divorcio. Se trata indudablemente de una derogación importante
este estatuto que afecta la regularidad en el tráfico jurídico internacional por adop
una posición cerrada hacia el exterior y, lo más grave, afecta derechos humanos.

En un panorama de este tipo no resulta siempre una tarea fácil analizar a la i
titución del divorcio en México cuando hay conexión extranjera, en este caso
nacionalidad de la persona, que determina que de no cumplir con los requisi
administrativos no puede celebrar un acto que en otras partes del mundo es un a
libre. Es evidente que con soluciones de este tipo México no da una buena señal
comunidad internacional.

Procedencia del divorcio

El problema de la procedencia del divorcio se advierte en dos facetas: el caso de qu
Estado al que se le plantea el problema no admite el divorcio (que en el mundo occid
tal prácticamente ya no existe) y el caso en que admite el divorcio, pero el ordenamie
designado como aplicable no lo acepta. El primer caso está relacionado con el reco
cimiento de las sentencias de divorcio extranjeras, que explicaremos más adelante
segundo se relaciona con el ordenamiento aplicable, que examinamos en seguida.

Romero. Secretario: Aristeo Martínez Cruz. El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada
once de julio en curso, aprobó, con el número CII/2000, la tesis aislada que antecede; y determ
que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a onc
julio de dos mil. Es interesante leer esta resolución federal pues de la misma se advierte que se tr
de una mujer uruguaya que se casó en el D.F., teniendo su legal estancia en regla, pero que, lueg
casada y habiendo procreado una hija, su marido la golpeaba y no la mantenía; abandonó
mujer, que luego se fue a Aguascalientes. Aunque la juez de instancia la previno para que acred
ra su legal estancia, la mujer no pudo, según afirmó, por carecer de dinero, ya que tenía que p
una fuerte multa a la autoridad federal y luego renovar su visa de ingreso, algo que no tenía p
bilidades de obtener. Pese a todo, perdió el derecho de acción. Nos parece que en este cas
demanda de amparo estuvo malamente planteada, pues ni siquiera se trató de diferenciar lo
es la legal estancia de lo que es estado civil de las personas. Fuera de lo resuelto, es induda
que en casos como éstos deberían cambiarse las políticas de rechazo al derecho de acción, p
por otra parte, se prohíja una violación a los derechos humanos.

¿Qué deberá resolverse en México (en la entidad federativa correspondiente) res
pecto a una pareja de casados que quieren divorciarse, cuando la ley de su domicilio,
que le es aplicable por la norma de conflicto, no admite el divorcio? En principio, la
respuesta parece ser negativa, esto es, el juez mexicano no admitiría ese divorcio. No
obstante, esta respuesta ha sido cuestionada.

Aunque no tenemos resoluciones judiciales en México que aborden este proble
ma, cabría reflexionar respecto a lo ocurrido en otros lugares. En España (en la época
que introdujo el divorcio) se planteó un problema como éste. Una pareja de chilenos
cuya ley nacional aplicable en ese momento les negaba el derecho a divorciarse soli
citaron el divorcio ante las autoridades españolas y les fue negado. Igualmente, un
irlandés (cuyo derecho también le negaba el derecho a divorciarse) planteó ante la
Comisión Europea de los Derechos Humanos que la ley que le negaba ese derecho
pugna con los derechos humanos.

Los profesores José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo cuestio
nan los sistemas jurídicos que se niegan a otorgar ese divorcio, pues ello pugna con
los derechos humanos, lo que debería llevar a los tribunales a rechazar la aplica
ción del derecho extranjero que impide el divorcio. Apuntan que el divorcio encuadra
en el "derecho humano al divorcio", pues conculca tres derechos fundamentales: el
derecho a fundar una familia, el derecho a desarrollar una vida normal y el dere
cho a la libertad y a no ser discriminado.[17]

Aceptar la tesis de los profesores citados no parece ser fácil. En otras épocas y
lugares (incluida la misma España) se denegó la aplicación de ordenamientos extran
jeros que permitían el divorcio; ahora, el argumento introduce un tema relacionado
con los derechos humanos, especialmente el que llaman *derecho humano al divorcio*,
que no parece reconocido por todos los derechohumanistas como verdadero dere
cho humano.

En un caso como éste, planteado ante los tribunales mexicanos, el juez tendrá
que decidir sobre la procedencia del divorcio en sentido negativo, salvo que incorpo
re a los derechos humanos el llamado *derecho humano al divorcio*, problema que en
la teoría de Dworkin se denomina *caso difícil* no sólo por lo complejo de los supues
tos fácticos, sino por los argumentos jurídicos que requiere y que, por tanto, necesi
ta razones convincentes que justifiquen la toma de la decisión.

El fondo del divorcio. Tipos y causales

En la sociedad occidental, a partir del siglo VI el divorcio dejó de existir debido a la
influencia de la Iglesia;[18] no fue sino hasta muchos siglos después cuando volvió a
reintroducirse, al secularizarse la institución.

17 José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 133 y 134.

18 James A. Brundage, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la época medieval*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000, pp. 108 y siguientes.

Cuando comenzó a introducirse el divorcio vincular o pleno en las leyes de ot países, generalmente procedía sólo si se trataba de una causal que su legislador c sideraba grave, como fueron los casos de Inglaterra y Francia. Hasta hace pocos a algunos países todavía no aceptaban el divorcio;[19] otros lo admitían sólo si se fun ba en causa grave (eran los casos de los divorcios causal, contencioso o necesario los menos lo contemplaban cuando había voluntad de las partes para llevarlo a c (divorcio voluntario). Ya hemos mencionado que México en 1916 estableció, e las causales de divorcio, el mutuo acuerdo. Así, la ley sustantiva mexicana re diversos supuestos o causales que producen el divorcio necesario, entre ellas el a terio, dar a luz a un hijo que no sea del marido, separación del hogar conyug acusación calumniosa de un cónyuge contra el otro, etcétera.[20]

Abordaremos ahora problemas propios del derecho aplicable a las causales divorcio necesario cuando se reclama en México, como el relacionado con el l donde se concreta la causal, y explicaremos ciertos problemas de reenvío. Más a lante, al abordar al divorcio extranjero nos referiremos a las causales que dieron l a ese divorcio.

Derecho aplicable a las causales y requisitos

En algunas legislaciones se establecen diferentes puntos de conexión para deter nar la ley aplicable a las causas o motivos para divorciarse; por ejemplo, en el est de Luisiana (Estados Unidos de América) la conexión se hace con la *lex fori*;[21] Grecia[22] y Albania[23] se remite a la correspondiente a la última nacionalidad co de los cónyuges; en Sudán,[24] Corea[25] e Irak,[26] a la *ley nacional del marido*; en Per a la del *domicilio conyugal;* en Argentina,[28] a la del *último domicilio conyugal*

19 Por ejemplo, Irlanda no admitió el divorcio hasta 1995 y Chile hasta 2004.

20 Uno de los códigos mexicanos (el de Campeche) prescribe una causal discutible. Consiste *negativa de la mujer de acompañar al marido cuando éste traslade su domicilio al extranjero* (art. fracc. XIX, CC). Se trata, obviamente, de una norma que no es propiamente conflictual, pero establece una causal en la que se aceptan diferencias por razón de sexo, lo que pugna con convenios internacionales. Pero al mismo tiempo es una norma que tiene el eco de los millon emigrantes mexicanos por necesidad, casos en que el marido se va al extranjero a residir para p trabajar y se requiere que la ley obligue a la mujer a continuar con la familia, lo que no quita norma la desigualdad que contiene en su dispositivo.

21 Artículo 3521 del *Código Civil.*

22 Artículo 16 del *Código Civil.*

23 Artículo 7 de la ley del 21 de noviembre de 1964. Pero si los cónyuges no son de la misma n nalidad y las leyes personales son distintas, se aplicará la ley albanesa. Si la ley personal no p te el divorcio, se aplicará la albanesa si tienen domicilio en Albania.

24 Artículo 11.6 del *Código de Transacciones Civiles.*

25 Artículo 18 de la *Ley sobre el Derecho Internacional Privado.*

26 Artículo 19 del *Código Civil.*

27 Artículos 2081 y 2082 del *Código Civil.*

28 Artículo 164 del *Código Civil.*

Austria[29] se atiende a la *ley que rige efectos personales* del matrimonio (normalmente el estatuto personal), etc. Domina, como se advierte, la conexión personal.

Los puntos de conexión no sólo importan un problema político, sino también legal. José Antonio Tomás Ortiz de la Torre nos presenta un caso singular donde los puntos de conexión suscitan problemas. La ley yugoslava disponía "en el caso de que en el momento de la presentación de la demanda de divorcio los cónyuges sean nacionales de distintos Estados, se aplicará acumulativamente la ley nacional de cada uno de ellos". Al aplicarse esta disposición podría ocurrir que si el divorcio se presentaba entre un finlandés y una mexicana, cuyas legislaciones nacionales establecen al alcoholismo como causal, el juez decretaría el divorcio. En cambio, si la causal fuere por uso de anticonceptivos y se planteare entre un peruano y una portuguesa, el divorcio sería denegado, ya que la ley portuguesa admite esa causal, pero no ocurre lo mismo con la peruana.[30]

Lo primero que tenemos que aclarar es cuál es el orden jurídico. Según la ley mexicana, se trata de la calificación de la causal del divorcio. Si el matrimonio es un contrato, entonces la causal del divorcio se vería como una *causal de rescisión de contrato.* Pero si, en el camino correcto, estimamos que las causales, por darse durante la vida matrimonial, corresponden a un aspecto del *estado civil,* como tal deberá tratárseles.

En consecuencia, la ley con la que han de tratarse las causales, según lo hemos explicado, debe *relacionarse con el estado civil de las personas,* que de acuerdo con la entidad federativa podrá ser la *ley del domicilio* o la *lex fori.* En este caso, salvo que la norma de conflicto estatal remita a la *lex fori* (como en el D.F.), la aplicable será la *ley del domicilio de las personas.*

Desafortunadamente, ninguna ley mexicana prescribe alguna disposición respecto del *conflicto móvil,* esto es, si deberá referirse al domicilio en el momento en que se presenta la demanda, o al último domicilio conyugal. En nuestra opinión, deberá optarse por el *domicilio de la época en que existía el domicilio conyugal.* Si acaso ése no existió, el juez deberá buscar la conexión con la época más razonable a las causales alegadas.

Consideramos que el juzgador mexicano debe tomar en cuenta el *último domicilio* común, porque de no ser así cada cónyuge elegiría el domicilio que más le conviniera, para desencadenar de esa forma la aplicabilidad de la ley más afín con sus intereses, abriendo de esa manera el *forum shopping.* Nuestra afirmación se apoya en la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas, que se refiere al domicilio de consuno. Si uno de los cónyuges pudiera elegir el tribunal que más le conviene, con ello estaría manipulando las leyes aplicables (posiblemente en perjuicio del otro cónyuge). Además, la ley aplicable no podría ser la del último domicilio de una sola persona, esto es, el que tenía en el momento de presentarse la demanda, porque lo más seguro es que ese lugar nunca esté vinculado con las

29 Sección 2, párr. 19, de la *Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado.*

30 José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho Internacional Privado, Parte general,* vol. I, Artes Gráficas Iberoamericanas, Madrid, 1992, p. 168.

relaciones matrimoniales, ni con las causas que dieron origen al litigio que, a su ve
dio pie al proceso de divorcio.

Ejemplo

Se trata de una pareja cuyo último domicilio común se encontraba en Argentin
pero actualmente uno de los cónyuges reside en Puebla, México. En este caso,
derecho aplicable a las causales del divorcio será el argentino (en Puebla, la con
xión para extranjeros es la domiciliar). Si se pensara en la ley poblana, cabría co
siderar que ésta en nada se vincula o relaciona con la vida matrimonial y la caus
que da lugar al divorcio.

Lo que hemos dicho se aplica a las leyes o códigos de las entidades federativas cu
norma de conflicto vincula el estado civil con la ley domiciliar. Pero en el caso de
leyes territoriales que apuntan a la *lex fori*, como la del D.F., la solución es toda
peor pues lleva al juez a aplicar la ley de esta entidad, sin otra consideración. Aunq
la respuesta es "cómoda" para los funcionarios, no necesariamente es la justa en
solución del litigio.

Por último, los *requisitos de trámite* para que proceda el divorcio no deben có
fundirse con las causales del mismo. Éstas se refieren a cuestiones o aspectos
fondo, y las primeras a aspectos procesales o de procedimiento.

Aplicación de una norma de conflicto extranjera a las causales de divorcio

El tema de las causales y el derecho de la pareja al divorcio pueden llevarnos has
el reenvío. En la elección de la ley aplicable al divorcio cabría cuestionarnos si
ley extranjera aplicable sólo es la ley sustantiva o también se aplicaría la confli
tual.

Ejemplo

Una de las muchas situaciones interesantes conocidas en la jurisprudencia interr
cional fue la del divorcio de Antenor Patiño contra María Cristina de Borbón. E
caso no sólo ha sido objeto de estudio en México, sino también en Francia, Espa
Estados Unidos de América y Bolivia, entre otros países.

Con anterioridad a la demanda de divorcio presentada en México, el cónyu
interpuso otra igual en Francia, donde se resolvió mediante un reenvío de segun
grado. El tribunal francés de Gran Instancia del Sena, que recibió la apelación
una resolución de primera instancia, encontró en el derecho de ese país una norm

de conflicto que remitía a la ley de Bolivia (Patiño era originario de este país) para resolver sobre el divorcio. A su vez, la ley conflictual boliviana disponía que todo matrimonio efectuado en el extranjero se podía disolver, con la condición de que la *ley del país donde se celebró permitiera esa disolución* (ciertamente no es una solución sabia). Como las nupcias se realizaron en España, donde por esa época no se permitía el divorcio, el juez francés declaró la improcedencia del divorcio.[31] Simplemente no había causal acogida en la ley.

Aunque en la jurisprudencia mexicana no se ha visto un problema de reenvío respecto de la procedencia del divorcio, debido seguramente al territorialismo que existió, con las disposiciones vigentes de derecho conflictual en varias entidades federativas es factible que se presente. Cabría la posibilidad de un reenvío de retorno o a un tercer Estado, como en el ejemplo.

Lugar en que se concreta la causal (*loci factum*)

Uno de los problemas propios de las causales del divorcio se refiere al *lugar con que éstas están conectadas.* Es decir, las causales corresponden a los supuestos de hecho planteados ante el tribunal (*causa petendi*), y conforme a ellas se valora la procedencia del divorcio. Pero, ¿cómo debe resolverse el caso cuando el supuesto ocurre en un país diferente de aquel donde habrá de resolverse? ¿Se tomará en cuenta la causal que se inició en un país y concluyó en otro? ¿Qué hacer cuando la misma causal en cada país conduce a respuestas diferentes?

A la Suprema Corte mexicana le correspondió conocer de un caso singular, que involucró a una pareja de españoles domiciliada en España en la época en que en ese país no se reconocía el divorcio pleno, sino sólo el divorcio semipleno, también denominado *separación de cuerpos.* La ley española permitía entre otras causales este tipo de separación cuando se habían dado *sevicia y malos tratos.* Por su parte, la ley mexicana autorizaba el divorcio pleno al darse esas mismas causales.

La pareja que nos ocupa se trasladó a México, donde uno de los cónyuges promovió el divorcio fundándose en la sevicia y malos tratos recibidos en España. Aunque al parecer las causales estaban demostradas, el alto tribunal mexicano se negó a autorizar la disolución del matrimonio, con el argumento de que la causal se había manifestado en España y no en México. En todo caso, lo que pareció indicar

31 Las resoluciones españolas pueden consultarse en José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho internacional privado, Técnica aplicativa de la regla de conflicto,* vol. II, pp. 137 y ss.; igualmente en las pp. 378 y ss. Julio D. González Campos y José Carlos Fernández Rozas, *Derecho internacional privado español. Textos y materiales,* vol. I (Derecho judicial; internacional), Tecnos, Madrid, 1983, pp. 147 y 311. José Carlos Fernández Rozas y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado,* Civitas, Madrid, 1999, pp. 518 y 519.

el tribunal era la posible procedencia de la separación de cuerpos, pero no del divorcio.[32]

Aunque se trató de una misma causal o *causa petendi* (la prescrita en la ley mexicana y en la española), las respuestas fueron diferentes (en una procedía el divorcio pleno y en la otra sólo la *separación de cuerpos*). Esta respuesta diferente se debió a que no se decidió, conforme al derecho conflictual, el derecho aplicable. En este caso concreto, los tribunales mexicanos eligieron la respuesta establecida en la ley española y no en la *lex fori* (vigente en esa época en México) ni en la ley del domicilio.[33] Dicho en otros términos, la solución ofrecida en la Suprema Corte de Justicia fue una respuesta internacional en la medida en que calificó *lege causae* y procedió en consecuencia, respuesta que, por otro lado, fue excepcional en una época de acendrado territorialismo en México. Ello nos hace pensar que sin haber determinado previamente el derecho aplicable, el resultado de la SCJN fue como el caso que relata Molière en su obra del *gentilhomme*: "hablaba en prosa sin saberlo", como nos dice el insigne autor francés.

Actualmente no podría presentarse un caso como el anterior pues, como vimos, para que los extranjeros puedan divorciarse requieren estar domiciliados en México; es decir, llevar viviendo cuando menos seis meses en el país (acorde con las reglas federalizadas). Si el hecho o la situación en que se funda la causal ocurrió una vez cumplido ese factor de temporalidad, la ley aplicable sería la mexicana, pues en México estaría el domicilio. Otro problema se presenta cuando la *causa petendi* alegada se manifiesta después de los últimos seis meses de residencia en México, pero sólo en aquellas entidades federativas que acogen la conexión domiciliar. Esto es cuando se da la posibilidad de que deban enjuiciarse situaciones o hechos ocurridos en el extranjero, los cuales se alegan como motivos para la causal del divorcio.

Gran parte de los problemas que aquejan al sistema mexicano se deben a la *falta de claridad para determinar el derecho aplicable en los casos de conflictos intertemporales*.[34] Por ejemplo, que los hechos o datos fácticos aducidos como causal ocurrieron en el extranjero. El art. 267, fracc. XII, del *CCDF* prescribe que el divorcio podrá sobrevenir cuando un cónyuge hizo al otro una acusación calumniosa por un delito que merezca pena mayor de dos años de prisión. Imaginemos a una pareja de mexicanos domiciliados en otro país donde el cónyuge acusa calumniosamente a su mujer, lo cual da lugar a un proceso que concluye por declarar que la acusación carece de bases

32 *Semanario Judicial de la Federación*, Tercera Sala, Séptima Época, Cuarta Parte, ts. CIII-CVIII, p. 155, AD 4984/74. Puede verse en Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional privado: Su recepción judicial*, tesis núm. 206, *op. cit.*, p. 590.

33 En esta tesis no se planteó el domicilio como punto de conexión, de manera que no se discutió si la ley aplicable era o no la del domicilio. En la época en la que se pronunció la tesis imperaba la corriente territorialista.

34 Esto contrasta, por ejemplo, con lo que dispone el CC peruano cuando prescribe: "**Artículo 2082.** Las causas de divorcio y de la separación de cuerpos se someten a la ley del domicilio conyugal. Sin embargo, no pueden invocarse causas anteriores a la adquisición del domicilio que tenían los cónyuges al tiempo de producirse esas causas."

y, por tanto, la decisión es favorable para la mujer. Ésta (víctima del delito calumnioso) regresa luego de un año a México, donde encuentra a su marido. ¿Podrá ella demandar el divorcio fundándose en la causal de acusación calumniosa? Adviértase que la *causa petendi* ocurrió en el extranjero. En este caso es necesario diferenciar dos hipótesis:

a) Tanto en la ley extranjera como en la mexicana se prescribe la misma causal para que proceda el divorcio.
b) En la ley extranjera no se prevé la causal que se establece en México.

En el primer caso no se concreta un verdadero conflicto de leyes, de manera que el juez podría autorizar el divorcio. El problema surge en la segunda hipótesis. Si, como dijimos, la ley aplicable a las causales es la que rige al estado civil y si éste se vincula con la ley domiciliar, entonces habrá que aplicar esta última ley. Si el domicilio se encuentra en México, el divorcio podrá proceder; si se halla en el extranjero se recurrirá a la ley extranjera que no establece la causal y no decretará la procedencia del divorcio. Sobre este punto cabe recordar que en casos semejantes que afectan tanto a la sociedad, los legisladores regulan las causales de divorcio con ciertos límites (el caso de México es excepcional) que el propio legislador ha considerado que es lo máximo permisible en un determinado tiempo y lugar para aceptar el divorcio. Por otro lado, si la ley aplicable al estado civil es la del foro (como en el D.F.), ésta será la aplicable. Lo anterior nos indica que el *loci factum* esgrimido como causal del divorcio podrá ser acogido por la ley del divorcio aplicable, siempre que ésta coincida con la ley domiciliar y tal conexión sea la aplicable.

En realidad, la *lex loci factum* no es determinante para la aceptación de la causal de divorcio. La determinante es la *ley que rige al estado civil*: si esta última conecta a la ley domiciliar, será la aplicable. Es posible que la ley domiciliar y la *lex loci factum* coincidan. Si coinciden, no hay problema; pero si son diferentes, la aplicable será la domiciliar.

Ejemplo

La causal de divorcio que se acoge en Estados Unidos de América (lugar donde ocurrió el dato fáctico) no existe como tal en Francia (lugar donde residen). Un tribunal del estado de Nuevo León (que acoge la ley domiciliar) conoce del divorcio, por lo que deberá tomar en cuenta lo que establezca la ley francesa. A primera vista este ejercicio resulta simple, pero en el fondo está tomando un punto de conexión más permanente (el domicilio) en vez del *lex loci factum* que, por lo general, se produce en un lugar determinado accidentalmente. Si es así, esta última ley no tiene vocación de ser aplicada.

Capacidad para el divorcio

De acuerdo con la regla general de DIPr (la acogida en el *CCFed* y el de varias entid des federativas) la capacidad se rige conforme a la *ley del domicilio*. En este sentid esa ley será la aplicable para solicitar el divorcio, ya que no existe una regla espec de DIPr al respecto (el *CCDF* acoge a la *lex fori*).

Aunque es posible que la ley regulatoria de la capacidad coincida en ambos cón yuges, puede ser que no coincida si para el momento de demandar y ser demandad cada cónyuge tiene su propio domicilio; es el mismo caso de cuando no existe dom cilio conyugal. En esta circunstancia, como es obvio, la ley del domicilio conyugal n coincide con el domicilio de cada cónyuge.

También es posible que las reglas de capacidad para contraer matrimonio coi cidan con las reglas para el divorcio; no obstante, se pueden encontrar algunas dif rencias. Por ejemplo, para contraer el matrimonio tal vez hubiere sido necesario u formalidad habilitante (una habilitación) como el asentimiento de los padres, tut res u obtener dispensa de la autorización de éstos, lo cual no se establece necesari mente para el caso de divorcio. ¿Será necesario que los padres autoricen la solicitu de divorcio de su menor hijo, sobre todo si en la ley aplicable se le estima como emancipado?, y ¿qué ocurre cuando los padres no autorizan ese divorcio?, ¿existi algún medio para obtener una dispensa o sustitución de esa autorización? Respec a las dispensas y autorizaciones de los padres, cabe advertir que se trata de un pr blema de capacidad. Implica razones similares a la dispensa para contraer matrimon y que hemos expuesto en el capítulo 5.

Divorcio mediante apoderado

La posibilidad de tramitar un divorcio en México por parte de personas residentes el extranjero por medio de apoderados incide con problemas en el DIPr. A esta form de tramitar el divorcio, a veces en forma despectiva, se le llama *divorcio por correspo dencia, divorcio por poder, divorcio a distancia,* etcétera.

En el caso de que los abogados del actor y del demandado se apersonen ante juez mexicano representando los intereses de sus poderdantes, si los que pretend divorciarse son extranjeros, el divorcio no procederá, ya que de acuerdo con las ley de migración mexicana no están autorizados para promover la acción procesal rel tiva al divorcio. El tema ya fue planteado cuando nos referimos al caso del matrim nio mediante apoderado.

En el caso de que la pareja de casados sea de mexicanos y se encuentren res diendo en otro país, no existe impedimento para tramitar su divorcio, ya que acogerían a la posibilidad de prorrogar la competencia de los tribunales mexic nos. El problema estriba en que mediante esta hipótesis la autoridad mexican podría estar apoyando un fraude a la ley extranjera, razón por la que José Lu Siqueiros no admite como correcta la solución (que la autoridad mexicana s

competente) y propone que al menos uno de los cónyuges resida en el lugar del juicio.[35]

Efectos del divorcio. El estado de divorciado

Una vez declarado el divorcio, los antiguos cónyuges dejan su estado matrimonial y adquieren el *estado de divorciados*. Se trata de otra condición del estado civil de las personas, que es el de soltero o soltera por divorcio y con aptitud para contraer nuevas nupcias.[36] Es un estado civil que hasta la introducción del divorcio era desconocido. Durante gran parte de los siglos XIX y XX las controversias se dieron entre países que reconocían ese estado y los que no lo reconocían.

La vida o las relaciones entre los divorciados no implican necesariamente un *estado* igual al de verdaderos *solteros* o solteros originarios. Por ello, suele afirmarse que las relaciones que se dan entre los divorciados corresponden a los *efectos del divorcio*, a cuya ley se han de ajustar.

Por lo general, un soltero por divorcio debe satisfacer mayores requisitos para volver a casarse; así, por ejemplo, debe demostrar su divorcio, que ha transcurrido algún plazo específico desde que se divorció, que la ex cónyuge no está embarazada, etc. Luego, el estado civil del soltero por divorcio (estatuto de divorciados) no siempre es igual o exactamente igual al de un soltero que nunca se ha casado (estatuto de solteros). En nuestro lenguaje, diferenciamos ambos tipos de solteros y a uno de ellos lo denominamos simplemente *divorciado*, y ése es el estado civil con el que lo conocemos.

Conforme al derecho sustantivo mexicano, un divorcio pleno o vincular normalmente produce diversos efectos, como los siguientes: *a*) derecho de cada cónyuge a contraer nuevo matrimonio; *b*) entrega de la custodia de los hijos al cónyuge inocente (cuando menos en la mayoría de los casos); *c*) obligación del culpable de mantener al hijo o al cónyuge inocente, o bien la obligación de ambos padres divorciados de mantener al hijo; *d*) el ejercicio de la patria potestad; *e*) la obligación de la mujer de restituir el apellido a su marido, etcétera.

En el caso de los alimentos entre cónyuges, la regla seguida hasta ahora por varias legislaciones no es precisamente la relativa a los alimentos, sino que se ha establecido una relación entre la ley que regula los efectos del divorcio con la regulación de los alimentos, aunque sólo los devengados entre cónyuges, como ocurre, por ejemplo,

35 José Luis Siqueiros, *Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano*, Universidad Autónoma de Chihuahua, Escuela de Derecho, Chihuahua, 1957, p. 78.

36 Un tribunal colegiado, aunque sin exponer argumentos o *ratio decidendi*, afirmó que el divorcio no es un estado familiar. AD 378/95, Martha Toloma Neri, 6 de septiembre de 1995. No obstante, sí entra en el estado civil de las personas. A los mexicanos y a los de otros países nos resulta difícil entender por qué en otra época una persona no podía contraer un segundo matrimonio. Esta prohibición resultaba de la concepción de la vida. Así como ahora no es admisible la poligamia (cuando es simultánea), tampoco se admitía cuando era sucesiva.

en la ley italiana e, incluso, en la antigua Convención de La Haya de 1973 sobre las Obligaciones Alimentarias, de la que México no es Estado parte. La razón de esta disposición especial se hizo consistir en garantizar el respeto a los acuerdos matrimoniales, así como la relación que tiene con el comportamiento entre los cónyuges que ha dado lugar al divorcio, aunado al hecho de que podría aplicarse, en su caso, como función reparatoria. De esta manera, la disposición que regula el estatuto de divorcio es la misma que regula los alimentos entre divorciados. Estos argumentos y reglas no se aplican al caso de los alimentos de los hijos, que tienen su propia ley reguladora. Es decir, la regulación del derecho a los alimentos por parte de los hijos ha evolucionado en el derecho internacional.[37]

Según la ley alemana,[38] los efectos del divorcio se norman de acuerdo con el *derecho que rige los efectos generales del matrimonio*.

En México, las relaciones entre divorciados, o la del divorciado frente a otras personas (si en ello impacta el divorcio), da lugar a los "roles por desempeñar", como consecuencia del divorcio.

En el caso del divorcio es necesario diferenciar el efecto que produce en el nuevo estado civil adquirido. De esta manera, para el derecho de varias entidades federativas los efectos del matrimonio se regulan con base en la *ley que rige los efectos generales del divorcio y no exactamente la que rige el estado civil* (aunque puedan coincidir); lo que parece congruente, pues con el divorcio se adquiere el estatuto de divorciado. Si, como ocurre en otras entidades, la *lex fori* es la aplicable a los efectos del divorcio, ésta será la que se aplique.

De lo anterior se concluye que ciertos efectos del divorcio, como la prohibición de volver a casarse en un plazo específico, se regulan por la ley que rige el divorcio; en cambio, otros efectos, los propiamente del estado civil, se rigen por la ley que regula a éste. En el último caso, las leyes mexicanas no establecen, en atención en tiempo, a la ley de qué domicilio se refieren. ¿Será el que se tiene en el momento del divorcio o cualquiera otro adquirido después de la separación de hecho? Como nuestra ley carece de respuesta, el juez está llamado a decidir.

Otro de los efectos del divorcio consiste en la adopción de las disposiciones necesarias que aseguren la protección de los hijos. Se trata de una norma de derecho convencional internacional que otorga un derecho a los hijos (estimado como derecho humano) y la recíproca obligación a cargo de los padres que se divorcian.[39] No obstante, en este caso la ley aplicable no necesariamente será la que regula los efectos del divorcio, ya que los derechos de protección al menor y el *favor filii* suelen tratar autónomamente este supuesto normativo. A partir del próximo capítulo nos referiremos al menor.

Con relación a la restitución del apellido de casada que acostumbra llevar la mujer, se regula conforme a la ley que rige al divorcio, no la que regula el estado civil

37 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato, op. cit.*, 1996, pp. 430 y 431.
38 Artículo 17 de la *Ley de Introducción al Código Civil.*
39 Artículo 23.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Lo anterior es una conclusión que deriva del estudio del derecho comparado y se advierte en varios países, como en Italia.[40]

Otro de los efectos que produce el divorcio corre a cargo de las autoridades mexicanas que lo resolvieron. En este sentido, tan pronto como se autorice en México el divorcio de los extranjeros, el juez y los oficiales del Registro Civil deberán informar del cambio de estado civil a la Secretaría de Gobernación (art. 72, *LGP*). La abstención de informar a las autoridades poblacionales no anula o suspende el divorcio. Como se advierte, esta obligación de informar el cambio de estado civil no se regula por la ley que rige a este supuesto, ya que se trata de una norma material de derecho interno.

Reconocimiento del divorcio extranjero

El reconocimiento de una resolución o sentencia de divorcio extranjera puede analizarse según dos perspectivas: *a*) la procesal y *b*) la sustantiva.

a) Desde la perspectiva procesal deberá advertirse que un divorcio (sin considerar la decisión relativa a los aspectos o cuestiones patrimoniales del matrimonio) no implica necesariamente una ejecución coactiva. A lo sumo se trata de lo que se conoce como sentencia constitutiva, ya que para los divorciados constituye un estado civil diferente. Un reconocimiento simple bastará para que produzca efectos en México. Debido a lo simplificado, se le conoce como reconocimiento automático. A lo sumo, bastará que se legalice o apostille el documento extranjero.

b) En el aspecto sustantivo es posible que el hecho de reconocer un divorcio autorizado en el extranjero implicara un reconocimiento de fraude contra la ley. Recordemos en este apartado el famosísimo caso francés de la princesa de Beaufremont,[41] en el cual el tribunal recurrió al concepto conforme al que los franceses contemplan el orden público internacional. Este aspecto sustantivo podría implicar un reconocimiento o un desconocimiento del estado civil de divorciado.

40 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato, Ibidem*, p. 431.
41 Véase la descripción del caso en Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general op. cit.*, Pueden consultarse varios casos de fraude a la ley en José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, *Derecho Internacional Privado, Parte general*, vol. II, *op. cit.*, pp. 421 y ss.; Leonel Pereznieto Castro y Jorge Alberto Silva, "Caso de Beaufremont", en *Diccionario de Derecho internacional privado*. Se trata del caso que es más conocido por la sentencia de la Corte de Casación francesa (Caso de Beaufremont, 18 de marzo de 1878), según el cual la princesa de Beaufremont, casada en Francia y de nacionalidad francesa por matrimonio aunque belga por nacionalidad de origen, decidió divorciarse de su cónyuge. Debido a que por esa época la ley francesa prohibía el divorcio a los franceses, se trasladó con sus hijas al Ducado de Saxe-Altembourg, donde cambió su nacionalidad y obtuvo su divorcio, para volver a casarse más tarde en Berlín con el príncipe Bibesco, de nacionalidad rumana, acorde con la religión ortodoxa. Cuando el primer marido de la princesa pidió cuenta de esto, presentó demanda ante el tribunal civil del Sena reclamando la nulidad del segundo matrimonio.

El tribunal, además de ordenar que las hijas fuesen enviadas a un convento, declaró la nulidad del segundo matrimonio y su ineficacia en Francia. Este *affaire* dio lugar al desarrollo de la doctrina

Otro caso fue el de la famosa actriz italiana Sofía Loren, que se divorció en Méxi concretamente en Ciudad Juárez, en 1957, y luego contrajo nupcias con Carlo Po y regresaron ambos a Italia. En ese país el divorcio no era aceptado internamente presentarse el divorcio mexicano para su reconocimiento, fue rechazado (196 Posteriormente ella cambió su nacionalidad italiana por la francesa, con lo que 1966 obtuvo el reconocimiento de su matrimonio.[42]

No tenemos conocimiento de que en México se haya rechazado un divo decretado en el extranjero. No obstante, los jueces y las autoridades deberán cu que no se ofenda el orden público o que se burle la ley mexicana, aunque tamb deberán tomar en cuenta los derechos adquiridos.

Una hipótesis no contemplada explícitamente en los textos mexicanos es la que el Estado que dictó la sentencia de divorcio hubiese tenido o no competen internacional. Esta hipótesis sí está establecida en la ley italiana.[43] Algo similar o rre con el caso en que pudiera vulnerar el orden público internacional mexicano

Otro caso de interés lo constituye el *divorcio revocable* del derecho musulm Acorde con éste, el marido puede revocar unilateralmente el divorcio, lo que sig fica que él puede retomar el estado marital pero que, por lo pronto, representa p la mujer una situación de inestabilidad e incertidumbre. En supuestos como éste España en ocasiones se le ha llegado a desconocer como verdadero divorcio, ya se ha estimado que la sentencia no es firme; aunque otras veces se le ha recon do como verdadero divorcio. En este último el tribunal español argumentó no la inestabilidad en el estado civil de la mujer, sino también que han concurr datos que lo han hecho pensar que el marido ya no regresará a su antiguo est marital.

Si en México se presentara un divorcio revocable como el anterior, el rech sería contundente por violarse el derecho de audiencia de la mujer y el principio debido proceso consagrados en la *Constitución* federal.

Causales de divorcio

Uno de los problemas por resolver dentro del derecho internacional privado con te en saber si puede reconocerse todo tipo de divorcios. Entre las clases de divo conocidas se encuentra el *causal* o *contencioso,* como también se le llama, y el *cons sual* o *voluntario,* apoyado éste en la autonomía de la voluntad. El problema e siguiente: ¿podrá reconocerse un tipo de divorcio cuando éste no es conocido

del *fraude a la ley*. Ésta sostuvo que la princesa cambió un punto de conexión (de nacionali para poder casarse con el príncipe Bibesco, circunstancia que en condiciones normales no h sido posible en Francia.

42 Sobre divorcios mexicanos llevados a tribunales de Estados Unidos de América pueden verse v casos en Andreas F. Lowenfeld, *Conflicts of Laws: Federal State, and International Perspectives*, Mat Bender, Nueva York, 1998, p. 779.

43 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato*, *op. cit.*, 1996, p. 433.

el foro? Si, por ejemplo, en un país sólo se acepta el divorcio contencioso, pero no el voluntario, ¿sería posible que se reconozca uno voluntario?

Ejemplo

El 4 de agosto de 1958 un tribunal de Ciudad Juárez, en el estado de Chihuahua, dictó sentencia de divorcio voluntario entre el señor Gunzbourg (de nacionalidad francesa originaria) y la señora Melina Scherey (que adquirió la nacionalidad francesa en atención al matrimonio). Ellos se habían casado en Nueva York y se naturalizaron como ciudadanos de Estados Unidos de América, pero sin haber solicitado la autorización previa del gobierno francés.

La ley de Nueva York únicamente reconocía como causal de divorcio el adulterio, esto es, sólo el divorcio contencioso y por una causal específica. Los cónyuges fueron a Ciudad Juárez y el 24 de julio de 1958 firmaron un convenio para la obtención del divorcio voluntario.

En julio de 1962 el tribunal de apelación de París declaró que la sentencia mexicana violaba el orden público internacional francés.[44] La razón fue la siguiente: los jueces franceses consideraron que las causales de divorcio en su país eran limitadas por el legislador nacional y, por tanto, admitir causales más amplias significaba ir contra el orden público francés.

Una respuesta como la del ejemplo anterior sería difícil que se presente en México, pues en todas y cada una de las entidades federativas se acoge el divorcio causal, divorcio necesario o consensual.

Causal desconocida

Las dificultades que ofrecen los casos anteriores no son tan problemáticos para México como las causales para el reconocimiento del divorcio extranjero que presentamos en seguida. El problema consiste en saber si en México podrá reconocerse un divorcio extranjero cuando se funde en una *causal no contemplada en la ley mexicana*.

Conviene recordar que la ley en Colombia (art. 164, CC) prescribe que el divorcio decretado en el extranjero respecto de un matrimonio celebrado en ese país no surtirá efecto alguno cuando la causal respectiva no exista en la ley colombiana. Este tipo de reconocimiento es conocido en el DIPr como *reconocimiento por equivalencia,* que significa que sólo se acepta el supuesto extranjero cuando ese supuesto sea

44 Julio D. González Campos y José Carlos Fernández Rozas, *Derecho internacional privado. Materiales de prácticas*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 131 y 132.

equivalente o similar al establecido en el foro, cuando hay coincidencia en las pol
cas legislativas.

Una duda o problema similar puede presentarse ante las autoridades mexica
cuando la causal de divorcio extranjero no se contemple en las leyes de nuestro p
Por ejemplo, la crueldad mental o la incompatibilidad de caracteres, que en ot
países se estiman como causales, podrían provocar duda en las autoridades de va
entidades federativas, incluido el D.F.

La respuesta en México *no sigue el principio de reconocimiento por equivalen*
ya que el divorcio, apoyado en una causal desconocida, sería susceptible de reco
cerse, salvo que la causal ofendiera el orden público internacional o que la disoluci
se hubiera realizado con fraude a la ley mexicana. La razón es que el legislador me
cano ha establecido en este campo amplia libertad para el divorcio.

Ejemplos

a) Roberto Esteva Ruiz planteó el caso de una pareja de mexicanos divorciados
el extranjero por una causal no admitida en la ley mexicana, y sostuvo que el ma
monio no se había disuelto. Su rechazo lo argumentaba en que se había vulnera
el orden público, pero no dio razón alguna para apoyar su afirmación.[45] En el fon
la posición de Esteva Ruiz era exageradamente territorialista, acorde con la época
que hizo esa afirmación.[46]

b) Otro problema sería el siguiente: en una pareja unida en matrimonio, am
militantes políticos, uno de ellos cambia de afiliación política, lo que provo
desavenencias en el hogar, al grado tal que un juez extranjero declara el divor
apoyándose en la *incompatibilidad de caracteres*. En este caso, el divorcio sería re
nocido en México, no tanto por el cambio de afiliación política, sino por afectar
relaciones de pareja, acorde con la ley que se aplicó.

En fin, si la ley aplicable a la causal deriva válidamente de la ley designada como ap
cable, la causal debe ser reconocida en México. No importa si la causal tiene corr
pondencia en la ley mexicana. Los únicos casos de rechazo serían que procediera u
excepción al reconocimiento del derecho extranjero, circunstancia que examina
mos más adelante.

45 Roberto Esteva Ruiz, *Derecho internacional privado* (apuntes de clase), UNAM, México, 19
p. 241.

46 Este autor fue uno de los que participó en la creación del *CCDF* de 1932 que, como hemos menc
nado, fue uno de los más territorialistas de que se ha tenido noticia.

Divorcio unilateral

Un problema más presenta la hipótesis en la que se intenta reconocer a uno de los llamados *divorcios unilaterales*, es decir, aquellos en que basta la expresión de uno de los interesados para que el matrimonio se disuelva.

Ejemplos

a) Caso del *repudio musulmán*. En los países musulmanes, el marido puede repudiar a la mujer y obtener con ello el divorcio.[47]

b) En Uruguay se prevé el *divorcio por la sola voluntad de la mujer.* En este caso el juez se limita a citar al marido e intentar una conciliación. Si ésta no prospera, se decretará el divorcio, aun cuando hubiera oposición del marido (art. 187.3, *CC*).

c) El profesor Haroldo Texeiro Valladao refiere que la Corte Suprema de Alabama admitía la validez del divorcio a la manera india, consistente en la simple separación por voluntad del marido. Este caso presenta al DIPr dos aspectos de indudable importancia: el reconocimiento de efectos a un divorcio fundado en una causal unilateral y el reconocimiento de la competencia a un órgano que no es el Poder Judicial estatal, sino un órgano creado conforme al derecho indígena, al que se orienta principalmente el ejemplo planteado por el profesor brasileño.[48]

El reconocimiento de un divorcio unilateral impone que sea examinado desde dos perspectivas: *a*) que el juez mexicano esté conociendo del proceso de divorcio, y *b*) que el divorcio ya haya sido resuelto en el extranjero y sólo se trate de reconocerlo en México.

Una causal unilateral no sería admitida en México para disolver un matrimonio. El hecho de que la causal sólo se apoye en la voluntad de uno de los cónyuges es contrario al derecho de audiencia establecido en nuestra *Constitución* (art. 14) y contraviene el orden público internacional, por lo que la autoridad mexicana no podrá declarar el divorcio.

47 Llama la atención el procedimiento musulmán para obtener el divorcio fundado en la causal de adulterio: el marido se presenta ante la autoridad y luego de cinco invocaciones a Alá afirmando que su mujer ha cometido adulterio, termina con una última invocación en la que sostiene que lo que ha dicho es la verdad, que si acaso ha incurrido en mentira, la ira de Alá debe caer sobre él. Luego, la mujer, si desea negar el adulterio, hace cinco invocaciones a Alá diciendo que lo dicho por el marido es mentira y termina con una última invocación señalando que si ella ha mentido, la ira de Alá debe caer sobre ella. Al concluir esto, el divorcio ha procedido.

48 Haroldo Texeiro Valladao, *Derecho internacional privado y parte general* (trad. Leonel Pereznieto Castro), Trillas, México, 1987, p. 451.

En la segunda perspectiva (cuando el divorcio ya fue declarado en el extranjero) se reconocerán los derechos adquiridos, pero principalmente lo que se pretende reconocer no es la causal del divorcio ni el divorcio en sí, sino los efectos atenuados o colaterales que produce, esto es, lo que ha constituido la soltería por divorcio o alimentos para los hijos.[49]

Como se advierte hasta aquí, un divorcio extranjero podrá ser reconocido en México salvo que ofenda el orden público o se hubiese obtenido con fraude a la ley mexicana. Una reflexión que queda para el derecho mexicano deriva de la hipótesis de que el divorcio extranjero no pudo ser reconocido en México, pues en este caso ocurriría que el cónyuge que se encuentra en nuestro país permanecería casado (desde la perspectiva del orden jurídico mexicano), pero divorciado (desde la perspectiva del derecho extranjero) quedaría soltero. Nuestro sistema parece quedarse ahí, pero la ley italiana admite que el caso de un divorcio extranjero con estas características, esto es, que no pudo ser reconocido en el foro, es susceptible de constituir una causal para reclamar el divorcio. Así, si en el extranjero se obtuvo un divorcio que fue o es susceptible de ser desconocido en el foro, el cónyuge local tiene a su vez una causal para reclamar el divorcio, o sea, una solución justa.[50]

Registro del divorcio extranjero

En México no existe una disposición única nacional que obligue a que toda resolución o sentencia de divorcio pronunciada en el extranjero sea registrada en algún registro mexicano. Las reglas sobre el registro se multiplican y varían, dependiendo de la entidad federativa correspondiente. Por un lado, a algunas leyes no les importa la nacionalidad de los divorciados, mientras que a la mayoría de las entidades federativas les es de gran importancia.

En el *CCDF* (art. 51), según el texto vigente a partir del año 2000, se registrará el divorcio obtenido en el extranjero cuando el o los divorciados se domicilien en el D.F. (el *CCDF* alude a los que se conviertan en "habitantes del Distrito Federal", que dada la ambigüedad de la disposición entendemos por "domiciliarse en el D.F."), sin que importe que sean nacionales o extranjeros. En la redacción de la ley anterior sólo importaba el registro de los mexicanos que se divorciaban.[51]

En otras entidades federativas las leyes (que siguen lo que anteriormente establecía la del D.F.) suelen diferenciar el caso de los divorciados por su nacionalidad: que sean mexicanos o extranjeros, y prescriben que sólo el divorcio de los mexicanos se

[49] Véase Alfonso Luis Calvo-Caravaca y Javier Carrascosa González, *Introducción al derecho internacional privado*, Comares, Granada, 1977, pp. 457 y siguientes.

[50] Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato, op. cit.*, 1996, pp. 439 y siguientes.

[51] Artículo 51, *CCDF*. "Para establecer el estado civil adquirido por los habitantes del Distrito Federal fuera de la República, serán bastantes las constancias que los interesados presenten de los actos relativos, sujetándose a lo previsto en el Código de Procedimientos Civiles, y siempre que se registren en la Oficina del Distrito Federal que corresponda."

el que se registre. No les importa el divorcio de los extranjeros, aunque tengan su domicilio en esa entidad federativa.

Con independencia de a quiénes vaya dirigida la norma (extranjeros o mexicanos), las disposiciones mexicanas son *normas imperfectas* por cuanto que en las mismas no se prescribe una sanción por omitir el registro; sin embargo, dado al carácter territorialista del sistema jurídico mexicano y sus funcionarios, la sanción indirecta (de hecho), por absurda que parezca, es que se suele denegar el reconocimiento a quien no tenga registrado su divorcio en México.

Por ejemplo, la ley del estado de Baja California Sur exige que *la sentencia extranjera de divorcio debe ser homologada* (art. 138, *CC*). La ley de esta entidad federativa remite a las reglas de la homologación que prescribe el *CFPC*, así como a los tratados vigentes que, como sabemos, no imponen la homologación para actos de este tipo, pues hay que recordar que no entrañan ejecución coactiva.[52] Tal vez el legislador bajacaliforniano quiso referirse a que se le considerara como un documento legal expedido en el extranjero, y que con la sola certificación que ahora se conoce como *apostillamiento* se convirtiera en documento legal en México. Si es éste el caso, hay sin embargo una confusión entre lo que la legislación y la doctrina han distinguido como requisitos de fondo y requisitos de forma. Los requisitos de fondo son de dos clases: los que conciernen al litigio y que el juez exhortante ya decidió mediante una sentencia firme que no se revisa en México, y los que establecen la *Constitución*, el *CC* y los tratados internacionales. Muchos de éstos ya los hemos comentado: que la persona tenga capacidad y haya tenido el derecho de exponer sus defensas y haya sido tratada con igualdad, etc. Estos requisitos son diferentes de los que detallan los pasos que deben seguirse para que un documento extranjero tenga plena validez en México. Comúnmente el proceso de homologación se conoce como el del primer caso.[53] Otro ejemplo es lo que ocurre con los redactores del *Reglamento del Registro Civil del D.F.* (art. 105), que exigen la homologación del divorcio extranjero. En este caso, el *Reglamento* va más allá de lo que prescribe el *CCDF*.

Al lado de los ejemplos anteriores hay otros que se refieren al registro de las constancias acreditativas del divorcio:

a) De acuerdo con algunos convenios consulares, el cónsul mexicano en el extranjero podrá registrar el documento que acredite el divorcio de los mexicanos en el extranjero, el cual fue disuelto acorde con las leyes del Estado receptor.[54]

[52] El punto se agrava por la mala técnica, pues el legislador no indica si sólo se refiere a las sentencias de divorcio en que se concedió o si también se comprenden las sentencias donde se denegó el divorcio.

[53] Un estudio sobre la homologación del divorcio extranjero puede verse en Natalio Chediak, "Validez de las sentencias de divorcio dictadas por tribunales extranjeros", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, sep. de 1945.

[54] Artículo 29 *B* del Convenio Consular celebrado por México y la República Popular de Bulgaria, *DO* del 3 de julio de 1986.

b) La *LGP* se refiere al divorcio decretado por cualquier autoridad mexicana rel tivo a extranjeros, el cual deberá inscribirse en el Registro Nacional de Extranjer (art. 68, *LGP*).

No se trata, según la primera hipótesis, de un divorcio consular, sino de un divorc decretado por las autoridades extranjeras (del lugar donde el cónsul se encuent acreditado). Mediante este registro se pretende que el divorcio extranjero produz efectos en México.

La segunda hipótesis sólo se refiere al informe que la autoridad mexicana ha del divorcio que ha autorizado a un extranjero. En cualquiera de ambos casos, la l que regula este registro no es la del estado civil, sino la ley que rige al cónsul y la d lugar del registro, respectivamente.

En el caso de que el cónsul registre el divorcio decretado por las autoridad extranjeras, el derecho convencional internacional se está refiriendo al registro-rev lidación del divorcio.

Si el registro lo hace el cónsul mexicano ya no será necesario que el interesad tenga que solicitar de nuevo la revalidación y el registro de su divorcio ante las aut ridades del Registro Civil mexicanas. La razón es que el interesado prefirió registr su acto ante una autoridad consular mexicana, que en todo caso sería la que canal zaría la revalidación del acto a una oficina del Registro Civil mexicano. Todo regi tro celebrado ante el cónsul mexicano significa que debe surtir efectos en México; d otra manera no se entendería para qué registrarlo ante ese funcionario si después necesario volver a registrar la documentación. Esta acción del cónsul (el registro la documentación que acredita el divorcio extranjero) supone que ha revalidado reconocido el acto extranjero.

Cuando no se aplica un tratado como los anteriores, cobra vigencia el art. 51 d *CCDF*, aunque en la práctica sólo se exige la legalización o el apostillamiento de resolución extranjera que declaró el divorcio.[55]

7.3. Nulidad del matrimonio

La nulidad de un acto sobreviene cuando no se cumplen los requisitos que prescri be la ley aplicable a la validez del mismo. Como en todos los actos jurídicos, la nuli dad del matrimonio debe ser declarada por un juez. Por otro lado, para que pued concretarse la nulidad de un matrimonio es preciso que exista un acto previo, el act que generó el estado de casados, no obstante que se pretenda desconocer dicho esta do. Si se declara la nulidad, el estado de casados cesa, retrotrayéndose la declarator

55 Sobre el registro puede verse Jorge Alberto Silva, "El registro de los actos acreditativos del estad civil adquirido en el extranjero: algunas notas de la regulación mexicana", en *Alegatos*, núm. 5 2003, Universidad Autónoma Metropolitana, México.

de nulidad a partir del momento en que se celebró el matrimonio. Existen diversas cuestiones que no trataremos en este capítulo por ser propiamente de derecho transitorio y no de DIPr, como son principalmente los hechos y actos jurídicamente consumados contra los cuales la retroactividad no podrá tener efectos: el nacimiento y reconocimiento de los hijos y su derecho al nombre y apellidos de sus padres, el derecho a alimentos, etcétera.

La ley aplicable a la nulidad del matrimonio es la reguladora del estado civil (que puede ser la del *domicilio* o la *lex fori* en las entidades federativas que así lo disponen), porque este acto jurídico que es el matrimonio tiene como característica que su nulidad no afecta otros deberes que surgen del matrimonio mismo, como la guarda y custodia de los hijos, que no cesan por la nulidad del contrato por tratarse de deberes entre las personas, que en este caso se representan en los hijos. De ahí que si bien la nulidad del matrimonio puede utilizar reglas de la teoría de las nulidades, su nulidad es propia de la institución del matrimonio y, por tanto, se debe considerar dentro del estado civil de las personas.

Cabe volver sobre una distinción que hicimos antes: el contrato de matrimonio y el matrimonio mismo, porque en materia de nulidad esa distinción es muy importante.

El *acto que generó el matrimonio* es diferente del *matrimonio* mismo: una cosa es el acto que generó el matrimonio y otra el matrimonio producido por ese acto. Adviértase que no sólo se trata de que se le desconozcan efectos al estado de casado o que cese éste, sino de que el acto que constituyó ese estado está viciado y, por tanto, no pudo haber generado tal estado. Dicho de otra manera, el abogado que pretenda la nulidad del matrimonio no sólo atacará el acto que lo constituyó, sino el estado matrimonial constituido.

Al atacarse el acto matrimonial se ataca su validez, de ahí que la ley que rige la *nulidad del acto matrimonial debe ser la ley que rige la validez de ese acto matrimonial*, no la que rige las relaciones entre la pareja. No es dable pensar que una ley rija el acto del matrimonio y que otra sea la que enjuicie la validez de ese acto. Sin embargo, no parece que así se haya comportado la jurisprudencia de algunos países.

Igualmente, debe diferenciarse la nulidad del matrimonio de los efectos extraterritoriales del mismo. Cuando se desconoce la nulidad, se desconoce la validez del matrimonio, mientras que cuando se declara un fraude a la ley foral, no se desconoce la validez del matrimonio, sino la producción de sus efectos en el foro.

La jurisprudencia de otros países muestra que un mismo tipo de hipótesis o supuesto de tráfico jurídico internacional se declara nulo, mientras que en otros lugares se considera que hubo fraude a la ley foral. Por ejemplo, el matrimonio contraído en un Estado (país *A*) podrá ser declarado nulo en otro (país *B*), o declararse que éste se contrajo mediante fraude a la ley del foro (país *C*).

Lo anterior ha ocurrido porque la ley, cuando se pretende que surta efectos un acto, puede estar regulando la validez de dos maneras. Si la ley remite a una ley sustantiva extranjera para regir los requisitos para la validez de un matrimonio extranjero, como ocurre en el caso mexicano, la validez del acto queda regida por la ley

extranjera, pero puede negársele efectos extraterritoriales. En cambio, si los requis
tos para la validez de un matrimonio contraído en el extranjero son regulados por
ley local, será esa ley la que regule esos requisitos y la que determine si procede o
la nulidad.[56] Esto último es lo que ha ocurrido en algunos países, aunque no es
caso de México.

Hay otro dato que nos proporciona el derecho comparado: en los lugares don
el divorcio no existe o sus causales son reducidas, las nulidades del matrimonio s
frecuentes. Por el contrario, cuando las causales son tan amplias, como en Méxic
las nulidades son poco frecuentes.[57]

En las líneas siguientes nos referiremos a algunas hipótesis que han sido tratad
como de *nulidad del acto matrimonial*. Pero antes veremos cuál es el órgano comp
tente para conocer y decidir sobre este problema.

Órgano competente para conocer de la nulidad de un matrimonio extranjero

La determinación de la competencia mexicana para conocer litigios sobre nulid
de matrimonio tiene un tratamiento similar al de la competencia para conocer
divorcios, ya que también se trata de una cuestión relativa al estado civil de las pe
sonas.

La *Ley General de Población* (art. 69) y su *Reglamento* (art. 125) impiden a
autoridades judiciales y administrativas darle trámite a un juicio de nulidad de mat
monio donde estén implicados extranjeros, salvo que se presente una autorizaci
del gobierno federal[58] y que la calidad migratoria de los solicitantes se lo permita.
hemos examinado la inconstitucionalidad de la reforma que permitió que autorid
des administrativas otorgaran la autorización para contraer matrimonio. Esta sol
ción se muestra todavía más incongruente en materia de divorcio y nulidad
matrimonio ya que, como puede observarse, la misma autoridad administrativa v
determinar la procedencia para que un tribunal federal o peor aún, un tribunal loc
pueda conocer de este tipo de juicios. Ciertamente no es una cuestión de competen
cia, sino una prohibición general que en un régimen federal de división de poder
como el mexicano es definitivamente inadmisible.

De manera similar al tratamiento de los divorcios, no se requiere la autorizaci
gubernamental cuando el actor es mexicano. La autorización es necesaria cuando
actor es extranjero y sólo se le otorgará si ingresó en el país con una caracterísi

56 Este fenómeno se presenta cuando el orden jurídico local no sólo regula los actos que se gene
en su territorio, sino que, olvidándose de sus límites territoriales, también pretende regir extra
rritorialmente la validez de los actos generados en el extranjero. Esto ocurre con la *Ley del Matrimo
Civil* chilena, de 2004 (art. 80).

57 Tatiana B. de Maekelt, "Derecho comparado ayer y hoy", en *Libro homenaje a Fernando Pu
Aranguren*, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2002, pp. 96 y 97.

58 Es el permiso del Instituto Nacional de Migración al que ya nos hemos referido.

migratoria que le permita llevar a cabo el procedimiento judicial de nulidad matrimonial.

Cuando se trata de mexicanos no hay problema. Normalmente las leyes procesales de cada entidad federativa atribuyen competencia al *tribunal del domicilio del demandado* e, incluso, existe una amplia libertad para prorrogar la competencia, ya sea por sometimiento expreso o tácito. En este tema, el orden jurídico mexicano no reclama competencia internacional exclusiva. El lugar del domicilio (como foro general) es el foro de conexión que otorga competencia a los tribunales mexicanos, pero la conexión del domicilio está supeditada a dos condiciones: que el domicilio se encuentre en México y que quien desea que se declare la nulidad de su matrimonio sea mexicano.

En otros países, como Italia,[59] se acepta la competencia de los tribunales italianos cuando uno de los cónyuges es de nacionalidad italiana o cuando el matrimonio fue celebrado en Italia. Este último supuesto no se contempla en la ley mexicana.

Por lo que se refiere a la competencia de los tribunales de cualquier país para declarar nulo un matrimonio contraído en el extranjero, se pueden plantear dos hipótesis:

a) Que el tribunal de un Estado está facultado para declarar la nulidad del matrimonio contraído en el extranjero.
b) Que el tribunal de un Estado no está facultado para declarar la nulidad del matrimonio contraído en el extranjero.

La razón de la diferencia radica en que el ordenamiento jurídico estatal que atribuye la competencia a sus tribunales puede o no exigir que el tribunal competente sea el del lugar donde se contrajo el matrimonio, normalmente el lugar donde se encuentra el registro de ese matrimonio. Tal es la razón por la cual los tribunales de algunos países han declarado la nulidad de matrimonios contraídos en otros. En Argentina, por ejemplo, se llegó a nulificar matrimonios celebrados en México.[60]

En México no hay antecedentes judiciales en los que se hubiese cuestionado la declaración de nulidad de un matrimonio realizado en el extranjero. La ley mexicana tampoco determina que sólo sea competente el tribunal del *lugar donde el matrimonio se contrajo* (competencia exclusiva). Esto nos permite afirmar que un tribunal mexicano puede declarar la *nulidad de un matrimonio contraído en el extranjero*. Además, encontramos que la autorización administrativa que ya hemos examinado y criticado establecida en la *LGP* y su *Reglamento* reconoce indirectamente esta competencia, pues aunque prohíbe que los jueces conozcan de algunos juicios de nulidad de matrimonio de extranjeros, les abre la posibilidad de hacerlo en el caso de aquellos matrimonios cuyos cónyuges (aunque sean extranjeros) se han domiciliado en México.

59

60 Artículo 32 de la *Ley de DIPr*.
Carlos Alberto Lazcano, *Derecho internacional privado*, Editora Platense, La Plata, 1965, p. 298.

La ley mexicana autoriza a sus jueces a conocer de la nulidad de un matrimon aun cuando éste se hubiese contraído en el extranjero, pero deberán aplicar las ley que rijan *la validez del matrimonio* según las reglas (sustantivas y conflictuales) d lugar donde se contrajo. No obstante, y a pesar de lo que hemos explicado, la SCJN una resolución reciente (2004) decidió que la competencia para conocer de una nu dad de matrimonio será la del lugar en que se encuentra la autoridad que celebró matrimonio (encargado del Registro Civil) en el caso de que se actualice la figura litisconsorcio pasivo necesario, esto es, en el caso en que tenga que demandarse *a fo tiori* al que celebró el acto matrimonial.[61]

No está por demás recordar que en México la validez del matrimonio contraí en el extranjero se rige por la ley que rige su validez, no por la *lex fori*.[62]

En cuanto al órgano competente extranjero facultado para declarar la nulida del matrimonio, será determinado por la propia ley extranjera, con la condición que la competencia asumida sea compatible con las reglas de competencia intern cional. No se requiere que sea el Poder Judicial extranjero el que declare la nulida del vínculo matrimonial.

Ejemplos

a) Santiago Sentís Melendo se refiere a un caso en el cual el rey de Dinamarc declaró nulo un matrimonio. Aunque este caso se resolvió a petición de los inter sados y no fue precisamente el Poder Judicial el que lo decretó, la resolución an latoria del matrimonio fue susceptible de reconocimiento.[63]

b) Un caso distinto se presentó en 1989 en Italia. En éste, aunque no se trató una anulación, sino de un divorcio voluntario acorde con los ritos judíos, no hab intervenido autoridad alguna. Así, el tribunal italiano no reconoció ese divorc pues no había participado la autoridad judicial.[64]

61 Clave 1a./J., núm. 34/2004, contradicción de tesis 75/2003-PS. Entre las sustentadas por el Terc Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y el Quinto Tribunal Colegiado d Décimo Noveno Circuito. 28 de abril de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humbert Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo. Tesis jurisprudencia 34/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fec veintiocho de abril de dos mil cuatro. Es necesario explicar que para la SCJN en algunos casos basta demandar la nulidad al otro cónyuge, sino también al encargado del Registro Civil, cuan las razones también le son imputables al funcionario.

62 Véase capítulo 5.

63 Santiago Sentís Melendo, *La sentencia extranjera, Exequátur*, Jurídica Europa América, Buen Aires, 1958, p. 38.

64 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato, op. cit.*, 1996, p. 436.

En México se puede reconocer la nulidad de un matrimonio sin que importe que la autoridad que lo nulificó sea parte del Poder Judicial. La única condición es que esa autoridad extranjera, además de tratarse de la autoridad competente conforme a la ley que la regula, haya asumido competencia según las reglas de competencia reconocidas en la esfera internacional.

Ley aplicable a la nulidad del matrimonio

Alberto G. Arce afirma que la ley aplicable en México a la nulidad de un matrimonio es la del *lugar donde el matrimonio se celebró*, "pues de otra manera se caería en el absurdo de aplicar la ley mexicana a relaciones jurídicas que nacieron sin tenerla ni poderla tener en consideración".[65] En gran medida, ésta es la respuesta del derecho mexicano; sin embargo, en otros países la ley que se ha aplicado a la nulidad de un matrimonio contraído en el extranjero ha sido la *lex fori*, con lo cual se ha faltado al principio de justicia en el tráfico jurídico internacional.

Por otro lado, la ley del lugar donde el matrimonio se disolvió no necesariamente ha de ser la ley sustantiva de ese lugar, ya que sus normas de conflicto pudieran darle aplicabilidad a las leyes de otro país.

En otros Estados donde se ha dado por hecho la aplicabilidad de la *ley del lugar de constitución del matrimonio*, éstos han sido declarados nulos, pues la ley aplicada vulneró su orden público. Así, se han declarado nulos algunos matrimonios mexicanos cuando éstos se contrajeron luego de un divorcio pleno. Esto ha ocurrido en algunos casos en que cónyuges argentinos se divorciaron en México y seguidamente volvieron a casarse con otra persona. En este caso, el segundo matrimonio llegó a ser nulificado porque, se afirmó, de acuerdo con las leyes argentinas era nulo. Resolución un tanto diferente de las españolas o italianas, que sólo declararon que se vulneraba el orden público, razón por la cual no se reconocía.[66]

En México la ley aplicable para declarar la nulidad es *la que rige la validez* del acto matrimonial, según la norma de conflicto del lugar donde se contrajo. No hay que confundir ésta con la ley que *rige los efectos extraterritoriales*, es decir, la ley del lugar donde se pretende que el matrimonio surta efectos.

Para saber cuál es la ley que regula la validez del matrimonio debemos diferenciar las diversas leyes en presencia. Una es la ley que rige su forma, otra la que regula la *capacidad* de los contrayentes y otra la que rige sus requisitos de validez y existencia. De manera que si faltaron los requisitos de validez o existencia, la ley que se aplicará será la que rija la validez. En consecuencia, la ley sustantiva vigente en el lugar de celebración del matrimonio no siempre será la aplicable. Hay que recordar que en

65 Alberto G. Arce, *Derecho internacional privado*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1973, p. 164.

66 No es lo mismo nulificar un acto que no aceptar sus efectos. En el primer caso se declara que faltaron requisitos para la validez del acto, mientras que en el segundo, que aun cuando el acto sea válido en el lugar de su constitución, no produce efectos donde se pretenda que los produzca.

la ley de ese lugar puede haber una norma de conflicto que disponga que sea otra ley por aplicarse a la validez y existencia del matrimonio. De modo que con la consulta de la ley aplicable que da lugar al reenvío podrán designarse o hacerse aplicables diversas leyes, como podrían ser, en el ejemplo al que nos referimos, las leyes personales (domicilio o nacionalidad) de los contrayentes.

Causas de nulidad del matrimonio

La nulidad del matrimonio normalmente sobreviene cuando no se han cumplido sus requisitos de validez, entre otros el relativo a la forma, la capacidad de los contrayentes y el fondo del matrimonio. La jurisprudencia internacional ha conocido de varios casos en que se ha planteado la nulidad de un matrimonio.

La ley sustantiva mexicana establece, entre otras, como causales de nulidad del vínculo matrimonial, "el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado" (art. 235, fracc. II, en relación con el 156, fracc. V, del *CCDF*). La jurisprudencia de Estados Unidos de América nos proporciona un ejemplo de esta nulidad:

Ejemplo

En un caso en el cual la viuda superviviente demandó la nulidad del matrimonio que había celebrado con su ex marido, se planteó así: luego de divorciarse de sus respectivos cónyuges, dos personas que habían cometido adulterio contrajeron matrimonio en 1932 en West Virginia, lugar donde el matrimonio era válido. Pero en Pennsylvania, sitio de donde ellos eran, la ley impedía el matrimonio entre adúlteros. Se pidió que se aplicara la ley de Pennsylvania, y ésta resolvió que debía aplicarse la ley con la que se tuviera la relación más significativa, y tal ley era la de Pennsylvania. Pero el tribunal encontró que esta ley era inaplicable. En el juicio se demostró que a la viuda superviviente le asistía una exención del impuesto matrimonial, pues el estatuto no tenía ningún propósito de negársela.[67]

Otra de las causales de nulidad del matrimonio establecidas en la ley mexicana consiste en "el parentesco... en la línea colateral igual, el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa" (art. 235, fracc. II, en relación con el 156, fracc. III, del *CCDF*). La jurisprudencia de Estados Unidos también se ha manifestado al declarar la nulidad del matrimonio entre un tío y su sobrina.

67 David Siegel, *Conflicts in a Nut Shell*, *op. cit.*, p. 395.

Ejemplos

a) Un matrimonio contraído en Rhode Island entre un tío y su sobrina, lugar donde era permitido, fue rechazado en Nueva York (lugar donde no era permitido), a pesar de que ya habían transcurrido 40 años del matrimonio.[68]

b) Una pareja de residentes en la Florida desean contraer nupcias, pero debido a que son primos hermanos no pueden hacerlo en el lugar de su residencia (donde está prohibido ese matrimonio e, incluso, se le estima como delito), por lo que celebran sus nupcias en Querétaro, México (donde los primos sí pueden casarse). Aunque este matrimonio no debió celebrarse en Querétaro (que establece ley domiciliar para la celebración del matrimonio), el mismo es susceptible de ser anulado en la Florida. Lo anterior porque si la autoridad de Florida aplica la ley mexicana designada aplicable (la ley mexicana reenvía a la de Florida, domicilio de los contrayentes), el matrimonio carece de validez.

En México un problema como el primero no daría lugar a la nulidad. Si, como dijimos, los requisitos de validez y existencia de un matrimonio se rigen por la ley del lugar donde éste se contrajo (incluida su norma de conflicto), tenemos entonces que si en ese lugar es permisible el matrimonio entre tío y sobrina, un tribunal mexicano no lo podrá nulificar. En su lugar pudiera resolver que si el matrimonio se contrajo entre dos parientes con relación muy estrecha (padre e hijo, por ejemplo), ese matrimonio no será nulo si en el lugar donde se contrajo era permisible. En este caso, sólo se podrían desconocer efectos extraterritoriales por vulnerar el orden público internacional mexicano, pero habrá que analizar con detalle esos efectos ya que algunos podrían admitirse, como la custodia y guarda de los hijos, los alimentos, etcétera.

Un caso singular de nulidad de matrimonio lo constituye el conocido como *matrimonio rato*. Favorecido por las reglas de la Iglesia católica, un matrimonio "no consumado", esto es, donde no ha habido relaciones sexuales entre los cónyuges, es un matrimonio susceptible de ser anulado. Este supuesto de nulidad, no admitido en la ley mexicana, ha sido aceptado en las leyes de varios países, como en EUA, donde el matrimonio rato puede ser anulado.[69]

68 David Siegel, *ibidem*, 1982, pp. 394 y 395.

69 Esta manera de pensar supone que para la validez del matrimonio no basta el consentimiento, sino que es necesario el acto sexual como elemento del mismo. Esta idea fue expuesta por Hincmaro en el año 860. James A. Brundage, *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la época medieval*, *op. cit.*, p. 150. En realidad no se alude a la validez del matrimonio. Nuestro autor en consulta, en su obra se refiere al mismo supuesto como si fuera divorcio (p. 156). Algunas ideas polémicas sobre el tema pueden verse en la citada obra, p. 200, así como la decidida participación de Graciano (p. 248).

Como en México las causales de nulidad se regulan por la ley del lugar de la ce bración del matrimonio (incluidas sus normas conflictuales), esas causales son que rigen su nulidad; de manera que un juez mexicano al que se le planteara esa nu dad apoyada en un matrimonio rato, tendría que examinar la ley del lugar de ce bración del matrimonio (que puede ser una extranjera) y, en su caso, aplicar causal declarando nulo al matrimonio.

Fraude a la ley y nulidad del matrimonio

No hay que confundir la nulidad de un matrimonio con el desconocimiento de efectos extraterritoriales. Como decíamos, es posible que un matrimonio sea vál en el lugar donde se contrajo, pero que se le nieguen efectos en un foro distin como sería el caso de México. El desconocimiento de los efectos extraterritoriales un matrimonio puede sobrevenir por fraude a la ley.

Ejemplo

Supongamos que una pareja de jóvenes no pueden contraer matrimonio por ra de su edad (no son mayores de 18 años) y por la falta de consentimiento de padres. Se trasladan entonces a otro lugar donde la ley les es más benévola (la e permitida es a partir de los 17 años) y se casan. En estas circunstancias es ob que hubo un fraude a la ley, al escaparse de la ley que normalmente les era la cable, de manera que se puede proceder a desconocer los efectos del matrim celebrado fuera del foro, con fraude a la ley que les era naturalmente aplicable

En una situación como la anterior no se nulifica el matrimonio, puesto que segú leyes del lugar donde se contrajo es válido. En el otro país sólo se desconocen efectos jurídicos a ese matrimonio por haberse contraído con fraude a la ley del donde se pretende que surta efectos.

Ejemplo

Se trata de una pareja de extranjeros domiciliados en Baja California Sur. Am son primos hermanos y aunque deseaban casarse, no lo pudieron hacer en

Dentro de la Iglesia católica hay varios supuestos de nulidad de matrimonio religioso, entre casarse presionada (como el embarazo), la inmadurez del cónyuge, etc. Cecilia Gutié "Cómo obtener la nulidad con la venia de la Iglesia", http://www.tercera.cl/diario/2000/0 t-19.27.3a.cro.nulidad1.html. Otra de las consecuencias que en EUA produce el matrimonio consiste en que se sancionará penalmente a los contrayentes cuando este matrimonio se haya traído con la sola finalidad de entrar en ese país.

lugar ya que la ley de ese estado les impide el matrimonio por la razón de parentesco (art. 168, fracc. III, *cc*).[70] Para celebrar el matrimonio se trasladan al extranjero, a un lugar cuya ley sí permite el matrimonio entre primos, y contraen nupcias en ese lugar para regresar al día siguiente al lugar de su domicilio. La ley de Baja California Sur prescribe la conexión domiciliar en el caso de extranjeros (art. 12), lo que daría lugar a la nulidad de ese matrimonio (art. 237, fracc. II, en relación con el 163 del CC), pero ocurre que se casaron en un foro donde el acto es válido. Por ello, la autoridad de Baja California Sur deberá resolver que ha habido un fraude a su ley. No declarará la nulidad (prevista en el art. 245, CC), pero sí que el matrimonio carece de efectos en esa entidad.

El derecho mexicano no contiene una norma preventiva del fraude a la ley como la venezolana, que exige el transcurso de un año para que el cambio de domicilio surta efectos.[71]

Reconocimiento de una sentencia extranjera que declara la nulidad de un matrimonio

El problema que abordaremos ahora consiste en saber si es posible reconocer una sentencia extranjera en la que se ha declarado la nulidad de un matrimonio. Aquí debemos diferenciar dos hipótesis:

a) Que el matrimonio declarado nulo se haya celebrado en el extranjero.
b) Que el matrimonio declarado nulo se haya contraído en México.

En el primer caso la sentencia o resolución declaratoria de nulidad podrá ser reconocida por las autoridades mexicanas con mayor facilidad, pues el juez sólo deberá controlar que no se hayan violado los derechos de la parte condenada, pues no se trata de una sentencia que implica ejecución coactiva.

En cambio, en el segundo caso se presentan algunas dificultades. Ya no se trata de un simple reconocimiento, sino que esa sentencia extranjera desconoce actos en los que participó una autoridad mexicana. Así, el juez mexicano seguramente revisará cuál fue la ley aplicable por parte del juez extranjero y en qué consideraciones se basó para declarar nulo el matrimonio celebrado en México. Después de este análisis, la autoridad mexicana tendrá que pronunciarse reconociendo o rechazando la sentencia extranjera.

A diferencia de la ley de Baja California Sur, en la del D.F. sí es permisible el matrimonio entre primos.

Tatiana B. de Maekelt, *La ley venezolana de derecho internacional privado: tres años de su vigencia*, *op. cit.*, p. 93.

Si en el caso que examinamos el juez mexicano se percata de que la ley que ap
có el juez extranjero para declarar nulo un matrimonio contraído en México es
mexicana, tal declaración de nulidad de matrimonio será reconocida. Si, por ot
parte, encuentra que el juez extranjero declaró la nulidad con base en una ley extra
jera (para resolver acerca de los requisitos de existencia y validez), tal sentencia
nulidad podría ser desconocida. Ello es así porque reconocer la nulidad de un mat
monio mexicano contraído válidamente de acuerdo con las leyes mexicanas ofend
ría nuestro orden público y, por tanto, la decisión extranjera no será reconocida.

Registro de la nulidad del matrimonio extranjero

La ley sustantiva interna mexicana obliga al juez que declaró la nulidad del matrim
nio a realizar los trámites necesarios para que se inscriba esa nulidad en el Regist
Civil.[72] La disposición plantea, al menos, dos aspectos: la obligación del juez q
declaró la nulidad de enviarle copia al encargado del Registro Civil y el registro o in
cripción de lo resuelto.

Por lo que hace a la obligación del juez que declaró la nulidad, esa obligación só
se dirige al juez mexicano, no al extranjero, ya que, además de ser una norma esp
cialmente delimitada, sería absurdo pensar en que el legislador mexicano dicte no
mas u órdenes para los jueces o encargados del Registro Civil extranjeros. S
embargo, ello no excluye la posibilidad de que el juez extranjero siga la obligaci
que fija la ley mexicana y proceda a su registro. Esto podría ser menos frecuente
países como Alemania, donde el juez tiene prohibido realizar cualquier acción a fav
de una u otra de las partes, no obstante haber dictado ya una sentencia definitiva.

En caso de que un juez extranjero declare la nulidad de un matrimonio celebr
do y registrado en México, la declaración de nulidad según el art. 51 del *CCDF* podr
ser inscrita en el Registro Civil, especialmente al margen del acta de matrimonio.

En este caso, si se pretende registrar la nulidad de un matrimonio no es necesar
que lo solicite el juez extranjero y tampoco que la resolución se homologue en Méxic
Basta que el interesado presente la sentencia o constancia extranjera legalizada o apo
tillada al encargado del Registro Civil para que haga la anotación correspondiente.[73]

Supongamos que se le pide al encargado del Registro Civil mexicano que se ha
esa inscripción o registro en el acta de un matrimonio contraído en México, pe
declarado nulo en el extranjero. La autoridad mexicana que conozca de la solicitu
deberá constatar que la causa en que se fundó la nulidad no afecte el orden públic

72 Artículo 252, *CCDF*: "Ejecutoriada la sentencia que declare la nulidad, el tribunal, de oficio, envia
copia certificada de ella al Juez del Registro Civil ante quien pasó el matrimonio, para que al m
gen del acta ponga nota circunstanciada en que conste: la parte resolutiva de la sentencia, su fec
el tribunal que lo pronunció y el número con que se marcó la copia, la cual será depositada en
archivo."

73 No hay que olvidar que en México sólo requieren homologación las sentencias que entrañen e
cución coactiva; no la requieren las declarativas ni las constitutivas.

y, en su caso, proceder al registro. Con mayor frecuencia ésta es una labor adminis-
trativa, más que judicial.

Ejemplo

Un mexicano de religión católica contrajo en México matrimonio con una mujer de religión musulmana. Acorde con la ley musulmana este matrimonio es nulo, pues ella sólo puede casarse con musulmán, a menos que el marido se convierta al culto musulmán. Si la autoridad de un país musulmán declara la nulidad del matrimonio mexicano, la autoridad mexicana no podrá reconocer esa sentencia ni inscribir la nulidad decretada, por ser contraria al orden público mexicano porque en la ley musulmana hay una violación del derecho de creencias.

En caso de que una nulidad de matrimonio celebrado en México decretada por juez extranjero haya sido correctamente dictada de acuerdo con la ley mexicana, sí proce-
de el registro de la nulidad conforme al art. 252 del *CCDF*, que al efecto se habrá inter-
nacionalizado, así como al 51 del *CCDF*.

En la práctica no se hacen esos registros, pero por lo general, se reconoce la nuli-
dad.[74]

74 Con relación al registro véase Jorge Alberto Silva, "El registro del estado civil adquirido en el extran-
jero: algunas notas de la regulación mexicana", en *Alegatos*, núm. 55, 2003, Universidad Autónoma
Metropolitana.

8 Los derechos del menor

8.1. Introducción

Dentro del derecho internacional de la familia hemos analizado las *relaciones recípr*
cas entre la pareja. Ahora toca abordar las relaciones entre los progenitores y los hij
así como los derechos de estos últimos frente a la familia y a terceros. El tema lo de
arrollaremos a partir del estudio del *estado civil de los hijos* (*el estatuto de los hijos*
de los derechos del menor (el estatuto del menor). Los derechos del infante rebas
las relaciones padre-hijo, pues son más amplios.

En este capítulo y en los tres siguientes explicaremos: *a*) la filiación legítima
adoptiva, *b*) el derecho de integración del menor a su familia, donde presentarem
la custodia y restitución de menores, así como *c*) el derecho a los alimentos y man
tención. En cada apartado analizaremos el papel de las autoridades mexicanas en
consecución de los objetivos del derecho internacional alusivos a estas relaciones
en general, nos referiremos a un tema que podríamos denominar *protección de los inc*
paces, pues abarca a los menores, aunque también podría comprender a los mayor
de edad incapaces.

Cuando hablamos del *estado familiar* como parte del estado civil de las person
es necesario recordar algunas ideas de Manuel Chávez Asencio, que afirma que aq
"es la situación que guarda cada individuo dentro de la familia, que genera uno
los vínculos jurídicos que se encuentra en las relaciones familiares, que califica a
persona y le otorga una categoría dentro de la familia, de donde se derivan deber
derechos y obligaciones".[1]

En consecuencia, la posición que guarda el menor frente a sus padres (biológic
o adoptivos), los parientes de éstos y cualquier otra persona constituye un esta

[1] Manuel F. Chávez Asencio, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, Porr
México, 1987, p. 80.

jurídico de la persona, que calificamos como un *estado civil* de ese menor o, en su caso, del incapacitado.

8.2. El derecho del menor y medidas de protección

Debido a la gran importancia que reviste la tutela a los derechos de un menor, iniciamos este apartado refiriéndonos a un principio de política legislativa y de política judicial de gran trascendencia. Se trata del *favor filii*, al amparo del cual se cobijan los derechos de todo niño, ya sea frente a sus padres, terceras personas y el Estado mismo.

A diferencia del pasado, cualquier asunto que concierna a las relaciones paterno-filiales ha sufrido un cambio y producido un interés especial en el ámbito del DIPr, especialmente en México. Hay varias razones para ello, entre otras el éxodo constante de trabajadores mexicanos hacia Estados Unidos de América y la inmigración a México de trabajadores centroamericanos. Además, debido a las condiciones socioeconómicas del país, personas residentes en otros países económicamente más desarrollados adoptan en México menores de edad, actividad que en ocasiones promueve el tráfico ilegal de niños. Las separaciones de la pareja pueden originar que el padre o la madre mexicanos regresen al país con sus hijos, suscitándose con frecuencia el desplazamiento y la retención ilícita de los menores.

A estas variables se suma en la zona fronteriza norte el incremento de los divorcios, así como las disoluciones matrimoniales demandadas por mujeres. No debemos olvidar que éstas han tenido una creciente ocupación en la industria conocida como *industria maquiladora de exportación*. El divorcio, pues, ha dado lugar a la facilidad para contraer un segundo o tercer matrimonio y, consecuentemente, a la procreación de hijos de diferentes padres. Además, en ocasiones los hijos se encuentran diseminados en varios lugares, ya sea por el motivo de que uno de sus padres los lleva consigo o porque los menores huyen de su hogar, convirtiéndose en los llamados *hijos o niños de la calle*. Se trata de variables complejas en las que no son ajenos los medios de comunicación.

El hecho es que éstos y otros fenómenos sociales plantean la pregunta acerca de si los operadores jurídicos deben atender al interés de los padres, como se venía haciendo, o el de los hijos menores de edad, especialmente cuando se trata de examinar el *estado civil filial* y cualquier derecho del menor.

Como decíamos, se trata de un principio de política legislativa y, en su caso, de política judicial que caracteriza a las relaciones padre-hijo, según el cual deberá atenderse en todo momento al *mejor interés del menor*, esto es, si hay duda (entre el interés de los padres y el de los hijos) respecto de a quién deberá atenderse en el momento de resolver, el beneficio ha de recaer en favor del hijo, situación que conocemos como el *favor filii*. Cabe advertir que este principio priva no sólo cuando se trata de los hijos biológicos, sino también de los adoptivos y en cualquier otra relación, aunque no sea la filial.

En este sentido, algunos foros internacionales han preferido referirse al *inte superior* del menor, cuyo concepto es más amplio que el de *favor filii*. El caso es q la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño obliga, como criterio orien dor, a todo tipo de autoridad (incluidos los jueces) a tomarlo en consideración (art. 3o El CCDF también alude a este interés (arts. 416 y 417), así como la Convención Interam ricana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores. Como se advi te, tanto las normas de fuente interna como internacional son proclives al princi *favor filii*.

En la mayoría de los órdenes jurídicos la tutela a la niñez ha sido elevada al ran de un *derecho humano*. Lo mismo ha ocurrido en al ámbito convencional internacion ya que, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone q

> todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. T niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; s circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no d ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligató al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados sistema educativo. (Art. 16.)

En el ámbito interno, varias leyes y códigos de las entidades federativas han introd cido lentamente algunas reglas que se orientan conforme a este interés superior niño, pese a que no han sido satisfactorias.

Salvo casos excepcionales, los códigos mexicanos, incluido el del D.F., sólo refieren al interés superior del menor en las reglas relativas a la adopción. Difícilme se establece al regular la filiación biológica u otras áreas o relaciones jurídi Prácticamente este principio no se ha incluido en el ámbito de los alimentos, resti ción de menores, visita a sus padres, etcétera.[2]

Aunque algunas de nuestras leyes internas indican que debe propenderse mejor interés del menor, sólo parecen quedarse como meras declaraciones políti o retóricas que no han sido desarrolladas en la práctica ya que, por ejemplo, en terreno de los hechos en las relaciones filiales el interés no parece desarrollarse a fa del menor sino a favor de quienes buscan un hijo. En este sentido, los códigos sect darios suelen emplear la frase alusiva al mejor interés del menor como simple co o reproducción de lo prescrito en los convenios internacionales, pero sin desarro su contenido.

2 Aquí conviene hacer una pausa para explicar que el mejor interés del menor no consiste en h más tardada la adopción de un menor, ponerle más trámites o exigir más firmas. Ya en nuestro hemos observado, por lo general, que la exigencia de más firmas (como la del Ministerio Públi en los procedimientos sobre menores no conduce a algo mejor. Como hemos visto, la actividad Ministerio Público se ha convertido en un mero acto mecánico, que sólo implica un trámite en la cadena de trámites burocráticos.

El *interés del menor* implica una definición o calificación. De entrada involucra al Estado, de modo que la norma interna que regula y protege ese interés es *imperativa o de aplicación inmediata* y, además, por lo general desplaza a las leyes extranjeras que podrían ser aplicables, salvo que pudieran resultar más benéficas. De ahí que el interés al que nos referimos tenga que ser valorado y resuelto por la autoridad que conozca del problema de tráfico jurídico internacional planteado.

El interés superior del menor consiste (entre otros intereses) en que éste permanezca con su familia biológica y, de no ser posible, ubicarlo con una familia de su mismo país, y sólo cuando esto no pueda llevarse a cabo, entonces cabe ser desplazado a otro país en calidad de adoptado.

El interés del menor se determina con base en las *creencias y cultura propias del foro*. Será diferente el interés superior del menor cuando se analice en un país musulmán o en uno cristiano con creencias menos polarizadas en favor del padre, como ocurre en México. Podría ser que debido a factores culturales, dicho interés provoque respuestas contradictorias.

Pero no cabe la menor duda de que ese interés debe prevalecer sobre el de los padres, así como en contra de cualquier tercero. Incluso, en los procedimientos judiciales o administrativos en que esté de por medio un menor de edad, serán privado y alejado de la prensa.[3] Hacer lo contrario representaría una violación a sus derechos humanos.

La profesora Marina Vargas se refiere al "interés del menor" como "un concepto jurídico indeterminado y que como tal es precisamente la aplicación *in concreto* al caso lo que permite dilucidar su contenido",[4] y este contenido se lo dará el juez en cada aplicación que haga de la ley.

La citada autora, tratando de descifrar lo que ha de entenderse por interés superior del niño, ha estimado que implica un deseo de protección de la persona desvalida. Considera que esta noción se respeta en una gran cantidad de tratados, entre otros los relativos a alimentos, adopción y secuestro, etc.[5] Al efecto, nos trae a la memoria la resolución de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 1996, que se enfocó a conceptuar el interés del menor. La citada resolución estableció:

> "... es un concepto jurídico indeterminado cuyos contornos se definen de modo negativo (no es interés del menor el exponerlo a un riesgo o peligro físico o psíquico; a una previsible situación de abandono emocional, educativo, familiar, a una situación intolerable, etc.), atendiendo a las circunstancias en cada caso y diferenciando el interés del

3 Artículo 14.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Como sabemos, esta regla difícilmente se respeta en México. Los medios de comunicación afirman que de cumplirse se coartaría la libertad de información o de prensa. Ninguna ley secundaria regula esta disposición internacional en la que el interés del menor es superior a la nota periodística. Un ejemplo de ello fue el caso del niño Elián González.

4 Marina Vargas, *La protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura de Jalisco, Universidad Panamericana, México, 1999, p. 95.

5 *Idem*, pp. 95 y siguientes.

menor del interés de sus progenitores, y también cualquier otro interés de derecho púb
co o privado."[6]

Esta tendencia en favor de los derechos de los menores representa la adopción de u
nueva *actitud contemporánea*; por ejemplo, el ejercicio de la patria potestad era vis
como un derecho propio del progenitor sobre el hijo y como contrario a cualqu
tercero que se opusiera a este tipo de relación padre-hijo. En la antigua Roma
poder del padre era más acentuado; entonces prevalecía la institución del *pater fam
lias,* tan supremo, que desplazaba cualquier interés favorable del menor.

Las políticas mundiales contemporáneas en favor del menor se han robustecid
con diversos convenios internacionales que plantean soluciones a problemas pat
no-filiales. En este contexto, el DIPr convencional ha servido para impulsar instit
ciones más justas en los sistemas jurídicos nacionales.

En México han sido los tratados los que hasta ahora han promovido esta tut
a favor del menor. Las leyes internas, así como algunos criterios judiciales, no sie
pre los han seguido pues hay campos que no se regulan y otros que, francamen
pugnan con el interés del menor.

8.3. Los derechos del menor

Los principales derechos, al amparo del *favor filii,* se han podido precisar a partir d
siglo XX. Lo anterior se ha hecho principalmente con la finalidad de evitar la expl
tación de la parte débil de la relación y procurar su cuidado y asistencia debida.

Estos derechos no sólo se manifiestan en su *status filii*, sino también frente
otros entes y autoridades. Al respecto, las Naciones Unidas expidieron la Convenci
sobre los Derechos del Niño en 1989, en la que el *favor filii* es el que la preside.

La protección de los derechos del niño ha sido una preocupación que se
reorientado a partir del siglo XX. En 1924 se dio a conocer la Declaración de
Derechos del Niño, también conocida como Declaración de Ginebra. Acorde co
ésta, se debe aceptar al niño por encima de toda consideración de raza y nacional
dad, procurando su desarrollo. Además, prescribió que debe ser alimentado, qu
el deficiente debe ser atendido, el desadaptado ayudado, el huérfano y el abandon
do, recogidos y ayudados. Aunque hoy parecería que esos derechos así han sido sie
pre, el caso es que no.

La citada Declaración prescribe que el niño debe ser el primero en recibir soc
rro en caso de calamidad, puesto en condiciones de ganarse la vida y protegido
cualquier explotación, y ha de ser educado inculcándole el sentimiento del deber q
tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Un cuarto de siglo después, en 1959, luego de constituirse la ONU, se convino u
nueva Declaración de los Derechos del Niño que superó la anterior, pues contie

6 *Idem*, p. 107.

10 principios. Reiterando lo establecido en la previa, agregó el principio de no discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión; el derecho a un nombre; beneficios de seguridad social; derecho al desarrollo de su personalidad; recibir educación gratuita; derecho al juego, etcétera.

Posteriormente (1986) se da a conocer la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional.[7] Más amplia que las anteriores, se integra con 24 artículos, reiterando los derechos ya prescritos. En este nuevo convenio se adiciona un apartado relativo a la adopción de menores, contemplando la posibilidad de inmigrar y el mejor interés. Con todo lo anterior se llega en 1989 a la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, publicada en México en 1991.

Acorde con el Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Infancia (UNICEF), la citada Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 se apoya en varios principios políticos y procura alcanzar diversas metas, entre otras:

a) *Reforzar la dignidad humana fundamental.* Implica llamar la atención sobre la dignidad humana de todos los niños y la necesidad de asegurar su bienestar y su desarrollo.

b) *Subrayar y defender la función de la familia en la vida de los niños.* Significa que los Estados están obligados a respetar la responsabilidad primordial de los padres en materia de atención y orientación para sus hijos y a prestar apoyo a los padres y a las madres en este ámbito, proporcionando asistencia material y programas de apoyo. Los Estados también están obligados a evitar la separación de los niños de sus familias, a menos que esa separación se considere necesaria para el interés superior del niño.

c) *Fomentar el respeto de la infancia, pero no a costa de los derechos humanos o de las responsabilidades de los otros.* Principio según el cual los niños tienen el derecho a expresar sus puntos de vista y a que sus opiniones se tomen en cuenta y se les otorgue la importancia que merecen. Esto no implica que los puntos de vista de los niños sean los únicos que prevalezcan. El principio sostiene que los niños tienen la responsabilidad de respetar los derechos de los demás, especialmente los de sus padres y sus madres. También hace hincapié en la necesidad de respetar la "evolución de las facultades" de los niños, pero sin otorgarles el derecho a tomar decisiones por su cuenta cuando no tienen la edad suficiente.

d) *Apoyar el principio de no discriminación.* Principio que se incorpora en todos los instrumentos básicos de derechos humanos. Al efecto, la Convención impone a

7 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85 del 3 de diciembre de 1986.

los Estados la obligación de establecer quiénes son los niños más vulnerables y de favorecidos dentro de sus fronteras y tomar las medidas apropiadas para garantiz el cumplimiento y la protección de sus derechos.

e) Establecer obligaciones claras. Es decir, los Estados tienen que armonizar su orde jurídico interno con las provisiones del tratado, a menos que la regulación inter ofrezca una protección superior. De igual manera, los Estados se responsabiliz pública e internacionalmente de sus acciones mediante la presentación de inform sobre la aplicación de la Convención. El núcleo del proceso de verificación es Comité de los Derechos del Niño, una entidad independiente cuyos miembro nombrados tras una elección, poseen "alta reputación moral" y son expertos en ámbito de los derechos humanos.[8]

Como se advierte, la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño es un in trumento dirigido a *reafirmar los derechos humanos*, enfatizando que la infancia tie derecho a cuidados y asistencia especiales. Supone a su familia como un grupo fu damental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de l niños, que deben recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir pl namente sus responsabilidades dentro de la comunidad. A la vez, para el pleno armonioso desarrollo de su personalidad, el niño debe crecer en el seno de una fam lia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, para que esté preparado pa una vida independiente en sociedad. Para ello debe ser educado en el espíritu de l ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un es ritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

La citada Convención internacional parte del reconocimiento de que en tod los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíci y que necesitan una consideración especial. En estos casos, sostiene la Convenció es necesario tener en cuenta la *importancia de las tradiciones y los valores culturales cada pueblo* para la protección y el desarrollo armonioso del niño y para mejorar condiciones.

Para la Convención, por *niño* se entiende *todo ser humano menor de 18 años edad*, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la may ría de edad. Este instrumento obliga a los Estados parte a respetar los derechos el mismo enuncia, sin que tengan que tomarse en cuenta distinciones relativa raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nac nal, étnico o social, posición económica, impedimentos físicos, nacimiento o cu quier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Es precisamente este instrumento el que prescribe que en todas las medidas co cernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienes social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, deb rá atenderse al *interés superior del niño*.

8 www.unicef.org, enero 14, 2006.

Como adelante explicaremos, se trata de una Convención cuyas disposiciones son normas uniformes en su mayoría y otras de gran importancia, como las relativas a la adopción o alimentos. Por lo pronto, la de la ONU sobre los Derechos de los Niños es la Convención principal en todo el sistema de regulación internacional de los derechos del menor. En ella se prescriben diversas obligaciones a cargo de los Estados, entre otras asegurar en su interior la aplicación de la Convención, garantizando toda protección contra la discriminación; atender siempre al "interés superior del niño"; tomar en cuenta los derechos y deberes del padre; además, asegurarse de que todas las instituciones (públicas o privadas) y los servicios cumplan con las disposiciones correspondientes. En su ley interna, cada Estado debe considerar los máximos recursos económicos, sociales y culturales para cumplir con los fines que la Convención prevé.

Los derechos del niño en nuestra época, prescritos en la Convención de la ONU, son los siguientes:

a) Derecho intrínseco a la vida.
b) Derecho a ser inscrito inmediatamente a su nacimiento.
c) Derecho a un nombre (una identidad).
d) Derecho a una nacionalidad.
e) Derecho a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos.
f) Derecho a preservar sus relaciones familiares, sin la injerencia de personas extrañas.
g) Derecho a no ser separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que concurra el "interés superior del niño".
h) Derecho a mantener relaciones con sus padres, aun cuando estén separados (incluidos los casos de detención, encarcelamiento, exilio, deportación). En estos casos, el Estado está obligado a proporcionar información sobre el paradero de los familiares. Se incluyen los derechos de reunión de la familia, incluso en el caso de que los padres se encuentren en países diferentes. Por ello, podrán salir del país y entrar en otro.

Hay casos específicos en que también se atiende al menor, pero sus derechos se regulan en otros instrumentos internacionales. Tal es el caso de niños abandonados o los que se encuentren en esa situación en época de guerra. Al respecto, los Convenios de Ginebra para la Protección de las Víctimas de la Guerra (art. 50) prescribe que la potencia ocupante de un territorio deberá tomar las medidas que sean necesarias para conseguir la identificación de los niños y el empadronamiento de su filiación, pero *en ningún caso se podrá proceder a modificar su estatuto personal* ni a alistarlos en formaciones u organismos dependientes de ella. Además, si las instituciones locales resultasen inadecuadas, la potencia ocupante deberá aplicar disposiciones para asegurar la manutención y la educación, si fuera posible por medio de personas de su nacionalidad, lengua y religión, de los niños huérfanos o separados de sus padres a consecuencia de la guerra, a falta de parientes próximos o amigos que estén en condiciones de hacerlo. De igual manera, la potencia ocupante no deberá entorpecer la aplicación

de las medidas de preferencia que hubieran podido ser adoptadas, con anterioridad a l ocupación, a favor de los niños menores de 15 años, de mujeres encintas y de madres d criaturas de menos de siete años, en todo cuanto ataña a la nutrición, a los cuidado medicinales y a la protección contra los efectos de la guerra.

En fin, durante el siglo XX se firmaron diversos convenios de vocación universa que se han preocupado por reivindicar los derechos de cada niño sobre la base d *favor filii*. Si bien es cierto que éste es un principio de política por seguir, los nuevo convenios se han encargado de desarrollar diversos principios o subprincipios qu cada Estado de la comunidad internacional debe tomar en cuenta. México ha parti cipado activamente en esta labor.

Por lo pronto, y a reserva de lo que más adelante explicaremos, los derechos d menor acordes al *favor filii* se sobreponen a los derechos que su ley personal pudie ra reconocerle. De ahí que sus derechos deben tomarse en forma autónoma a la reglas reguladoras de su estatuto personal, sea que conduzcan a su ley naciona domiciliar o *lex fori*.

8.4. Filiación

Aunque el niño se relaciona con todo el mundo, su vínculo principal se establece co sus padres o tutores. La filiación es la institución que cubre la relación entre padre hijo y a la que en seguida nos referiremos, esto es, *establece los vínculos jurídicos ent el hijo para con sus padres y los parientes de éste*. Asimismo, se determina quién o quié nes son los padres de una persona y se corresponde con el contenido de derechos obligaciones filiales. Se trata de vínculos que establecen los derechos y obligacione entre ambos.[9]

Al abordar esta institución es necesario referirnos a dos aspectos: la condición d hijo de una persona (su estado de hijo) y las relaciones entre el hijo y sus padres y lo parientes de éstos. En general, el reconocimiento de un individuo como hijo lo colo ca en una situación jurídica que se denomina *estado de hijo* o *status filii*. La posició que guarda es la de su estado civil filial y su estudio es una parte de los derechos d niño a que nos estamos refiriendo.

La posición de hijo no se reduce a las relaciones con los padres, sino frente a tod el mundo, como veremos. A los efectos del DIPr, la filiación puede examinarse en dó grandes supuestos normativos: el relativo a la *constitución* y el que corresponde a l *relaciones filiales*. El último supuesto normativo también ha sido identificado por doctrina como *efectos de la filiación*.

Con la *constitución de la filiación* nos referimos al momento en que ésta se gen ra o surge a la vida jurídica. En las *relaciones filiales* incorporamos los derechos

9 El CC de Oaxaca (art. 336 *bis*) define la filiación como el "vínculo existente entre el padre y los hij así como entre la madre y los hijos. Les confiere e impone derechos, deberes y obligaciones est blecidos por la Ley."

obligaciones que se generan con motivo de la filiación. Por lo general cada uno de esos supuestos normativos se rige por su propia ley, aunque pueden coincidir.

Como se advierte, la relación filial ya no se regula, como en otras épocas, acorde con la ley que rige los efectos del matrimonio, pues su regulación es autónoma, en la mayoría de los casos apoyada en el *favor filii*, que se convierte así en una regla de conflicto flexible que el juez deberá interpretar y aplicar de acuerdo con las circunstancias en las que el menor se encuentre y en lo que el juez considere que es el interés superior del menor. Estas normas, que llamamos *flexibles*, tienen una característica diferente de las reglas tradicionales, en aquéllas la vinculación, el nexo con la ley aplicable no está predeterminado y se tomará en cuenta caso por caso.

Lo anterior significa que una cosa es la *constitución* de la filiación y otra los *efectos que produce*. En el tema que ahora abordamos el peso lo hemos dejado a la constitución, ya que los efectos que produce, esto es, las relaciones filiales, dependen del instituto especial al que nos estamos refiriendo, como es el caso de la adopción o los alimentos, que abordaremos en capítulos posteriores.

Nuestra ley nada indica respecto a la ley que determina la filiación, lo que nos obliga a recurrir a la regla general de DIPr, según la cual la filiación se rige por la ley que regula el estado civil. La ley de DIPr italiana (art. 33) resulta más clara, pues indica que la ley personal en el momento del nacimiento del menor es la que fija la filiación.

En México, el marco doctrinario en torno a los problemas de la filiación internacional es prácticamente virgen; no ha sido abordado y a esto nos encaminamos.[10] En general, la ley aplicable será la que rige su estado civil, salvo en los casos en que deba aplicarse la más favorable de acuerdo con el *favor filii*.

Tipos de filiación

La filiación puede surgir o constituirse por dos vías o fuentes: por *naturaleza*, es decir, por el simple *hecho biológico*, que trae consecuencias jurídicas, y *por adopción*, que es un negocio jurídico que constituye a una persona como hijo de otra, a pesar de que biológicamente no lo sea. Dicho de otra manera, el estado de hijo se adquiere por vía *consanguínea* o por vía *adoptiva*. Por ahora nos referiremos a la filiación biológica y en el próximo capítulo examinaremos la adoptiva.

En la filiación biológica o consanguínea es necesario diferenciar el *fenómeno biológico* de su *regulación legal* y de los efectos jurídicos que produce el fenómeno. El solo hecho biológico o consanguíneo no se refleja necesariamente en la filiación acogida por el orden jurídico; basta recordar los casos en que las leyes de algunos países han negado la filiación jurídica, aun cuando biológicamente sea cierta e indiscutible.

10 De los trabajos conocidos cabe citar el de María de Monserrat Pérez Contreras, "La filiación en la legislación familiar para el Distrito Federal: comentarios en torno a las reformas", en *Boletín Mexicano de Derechos Humanos*, nueva serie, año XXXV, núm. 105, septiembre-diciembre de 2002.

A ello cabe agregar los problemas, todavía sin respuesta, que genera la clonación y
inseminación artificial, tema este último que abordaremos más adelante.[11]

Estas clasificaciones y combinaciones fácticas, conocidas en varios países (y en
pasado, en el nuestro), sirven de base para poder imputar a una persona la paternid
o maternidad respecto de otra (considerada hijo). Una u otra de las filiaciones p
naturaleza citadas pueden no ser aceptadas en algún o algunos países. Y es que no
todos éstos el hecho biológico de la filiación concuerda con los reconocimientos leg
les sobre el particular. De ahí que se presenten conflictos de órdenes jurídicos.

En el pasado, por ejemplo, el hijo sacrílego no era reconocido por el derecho
todavía existen sistemas jurídicos, como en la mayoría de los sistemas fundament
listas musulmanes, que no le otorgan reconocimiento al hijo adulterino.[12] Actualmen
es difícil ver esas incongruencias entre hecho y derecho, aunque no se han perdid
basta recordar que en la adopción plena las relaciones entre los padres biológicos
el hijo que ha sido adoptado por otra persona cesan, es decir, no hay reconocimie
to pleno de la relación filial. Hasta ahora, eso ocurre en la regulación jurídica int
na mexicana por lo que se refiere a quienes fueron adoptados en forma plena.
suma, hay países donde puede reconocerse el *estado de hijo* por el mero hecho biol
gico, pero en otros eso no es posible.

En suma, en México la regla general indica que se es padre o madre por el si
ple hecho biológico.

Competencia para conocer acerca de la filiación biológica y tutel

Hay varios supuestos por los que una autoridad mexicana podría abocarse a con
cer de un asunto, entre otros los siguientes:

[11] El fenómeno de la filiación por naturaleza existe por el hecho de que biológicamente una pers
sea el padre o la madre de otra. En esta relación natural o biológica no sólo se incluye a los pro
nitores *que están casados*, pues dentro de la filiación natural también se conocen, entre otras,
filiación adulterina (que se deriva de una relación entre personas casadas con terceros y a cu
hijos suele denominárseles *bastardos*), la *incestuosa* (la que ocurre con padres que son pariente
la *sacrílega* (la que se relaciona con alguien que hizo votos religiosos o de castidad). En este sen
do, la capacidad para ser un padre o madre biológicos se suele corresponder con la natural
misma, aunque jurídicamente no siempre se corresponda. La normatividad jurídica de ciertos p
ses acoge estas variantes como filiación *legítima* e *ilegítima*, dependiendo de que el hijo haya n
do dentro de matrimonio o fuera de éste. Como se advierte, el mero hecho biológico de la filiac
no significa que necesariamente el derecho la acoja.

[12] En México el CCDF de 1870 clasificó a los hijos en dos apartados: los nacidos *dentro del matri
nio* y los nacidos *fuera del mismo*. En esta última categoría cabían los llamados *hijos naturales* y
espurios. A la vez, dentro de los espurios estaban los propiamente espurios y los adulterinos.
razón para esta clasificación se entendía al examinarse las diferencias en los derechos heredi
rios de cada uno de ellos. Hoy en día la clasificación se ha anulado prácticamente en todos
códigos mexicanos. Queda, no obstante, en algunos códigos de las entidades federativas la difere
cia entre hijos legítimos (reconocidos así por el simple hecho de haber nacido dentro del mat
monio) y los nacidos fuera del matrimonio (que, por lo general, requieren el reconocimie
expreso del padre).

a) Problemas que surgen con motivo de la relación entre el menor y sus padres.
b) Casos de reconocimiento de la paternidad o maternidad.
c) Declaración judicial de la filiación biológica, luego de un proceso de investigación de la filiación.
d) Impugnación de la filiación atribuida.
e) Problemas propios de la tutela.

Salvo en el caso de la adopción de menores, no tenemos en México una disposición relativa a la competencia internacional para conocer los supuestos enunciados y resolverlos. Lo único con que contamos son normas de derecho interno que no necesariamente tendrían que internacionalizarse. Las fuentes de regulación no las encontramos en el derecho convencional internacional mexicano.

A diferencia de lo que ocurre en México, en la ley federal suiza de DIPr se prefiere recurrir al *foro del domicilio del menor;* en cambio, en el CPCDF (art. 24) se establece que "las acciones de estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas [a la] filiación, reconocimiento, emancipación, tutela...", lo que supone los supuestos de filiación y tutela. De igual manera, según el mismo *Código* (art. 156) es juez competente para conocer:

> IV. El del *domicilio del demandado*, si se trata del ejercicio de una acción sobre [...] acciones personales o del estado civil. Cuando sean varios los demandados y tuvieren diversos domicilios, será competente el juez que se encuentre en turno del domicilio *que escoja el actor*;
>
> VIII. En los actos de jurisdicción voluntaria, el del *domicilio del que promueve*, [...]
>
> IX. En los negocios relativos a la tutela de los menores e incapacitados, el *juez de la residencia* de éstos, para la designación del tutor, y en los demás casos el del *domicilio de éste*.

Como se advierte, el foro designado en el orden jurídico mexicano es el del domicilio, en algunos casos el del menor, en otros el del tutor, aunque cuando se trate del ejercicio de acciones personales o del estado civil el foro competente será el del demandado, que podría ser el adulto o el menor. De igual manera, en los casos de jurisdicción voluntaria (cuando no hay litigio) el foro es el del domicilio del que promueve. Se trata de foros en los que no parece atenderse al mejor interés del menor, ya que tal como hasta ahora se establece, cabría la posibilidad de elegir el foro de la residencia habitual del menor o el que le sea más favorable.

En consecuencia, carecemos de reglas especiales para atribuir competencia internacional a nuestras autoridades. No obstante, no hay que olvidar que las autoridades mexicanas serían competentes siempre que se ajusten a las reglas de competencia internacional.

Títulos constitutivos de la filiación biológica o natural

La declaración jurídica de que una persona es hijo biológico de otra puede sobrev
nir por tres títulos:

a) Cuando la ley aplicable así lo indica y opera automáticamente en el mome
to de nacer el hijo, en ciertas condiciones (filiación automática);

b) Cuando el padre o madre hacen un reconocimiento expreso sobre el partic
lar (reconocimiento voluntario); o

c) Cuando una autoridad judicial hace la declaración constituyendo la filiación
opera en dos hipótesis: *i*) cuando deriva de un proceso de investigación y reconocimie
to de paternidad o maternidad, o *ii*) cuando, a consecuencia de una adopción plena,
declara (por mera disposición judicial o legislativa) que el adoptante es el padre
adoptado e incluso así se asienta en el Registro Civil (reconocimiento judicial).

Cada uno de estos tres títulos produce problemas diferentes al DIPr, por lo que pr
cederemos a su análisis.

Filiación automática

Uno de los títulos para constituir el *status filii* es el nacimiento dentro del matrim
nio. En éste, el reconocimiento deriva de la norma jurídica establecida por el legis
dor, conforme a la cual atribuye la paternidad o maternidad de un hijo a una perso
que se estima que es el padre o madre y que casi siempre coincide con la realidad.
la actualidad, la prueba es el ADN, que por su efecto sobre los genes no deja luga
dudas.

Se trata del título principal que constituye la *filiación biológica o consanguín*
Este título, como explicaremos, se regula por la ley que rige la filiación y se obti
por el solo hecho de ser padre o madre biológicos.

En la antigua legislación el interés de los padres era el valor por preservar y,
tanto, la atención se centraba en si estaban o no casados (filiación matrimoni
Ahora, la atención se dirige al menor, razón por la que hay que brindarle el ap
para saber si es o no hijo. El que sea hijo de matrimonio, de concubinato o de
relación ilícita ha pasado (en varias entidades federativas mexicanas) a un segu
lugar o ha desaparecido por ser una clasificación —que como hemos mencionad
que es ya historia en México. A pesar de ello, la filiación matrimonial continúa si
do el mecanismo más fácil para atribuir por ley la paternidad a una persona.

La declaración o título legislativo de la filiación (según el derecho sustantivo
la mayoría de las entidades federativas mexicanas) de que una persona es hija de o
puede atender al hecho de que los padres estén casados o no (lo que se conoce co
filiación legítima o ilegítima). Si los padres están casados (aunque después se decl
la nulidad de ese matrimonio), se establece una presunción según la cual por el si
ple hecho de que el niño haya nacido dentro del matrimonio se presume que es hi

de la pareja; y se establecen también algunas reglas que precisan el momento; por ejemplo, que haya nacido luego de los primeros 180 días de contraído el matrimonio o dentro de los 300 días posteriores al divorcio. Estas reglas permiten establecer la presunción que se trata de un hijo biológico. Para ello, el legislador se apoya en la tradicional y tal vez mítica presunción de fidelidad de la madre.[13]

Para el caso de los padres que no están casados se establecen presunciones similares, como ocurre en el concubinato; pero, como veremos más adelante, cuando no se aplica la presunción el padre puede reconocer voluntariamente al hijo, o el presunto hijo, abrir una investigación para que se declare la paternidad, hipótesis que abordaremos después. Mediante la legitimación, por ejemplo, el matrimonio posterior hace entrar a los hijos ya habidos como hijos legítimos. Se produce una aplicación retroactiva de la ley.

El CCDF define diversas formas de llevar a cabo el reconocimiento del hijo (arts. 360 a 389). Son reglas que, por su naturaleza (constitución de la filiación), no admiten otros medios ni modalidades de reconocimiento, al menos en las relaciones de tráfico jurídico interno donde se aplica el CCDF. En este sentido, podemos insistir que se trata de reglas espacialmente condicionadas, ya que no admiten, para el reconocimiento de dicha filiación entre un hijo y un padre, la aplicación de una ley extranjera, puesto que esas reglas sólo operan para problemas que se presentan en el interior del territorio donde está vigente esa ley local. Se respeta así la costumbre del lugar en que se deba reconocer al hijo, hecho trascendental para la familia y para la sociedad.

Sin embargo, el caso es distinto si se trata del reconocimiento de una filiación establecida en el extranjero. También de problemas de tráfico jurídico internacional, como el que ya vimos, sobre la constitución del *status* filial, que es posible en México por medios y formas distintos siempre que no pugnen con el orden público internacional. A la vez, la autoridad mexicana debe acatar algunas reglas imperativas:

a) No basta la simple imputación del presunto hijo o la afirmación de cualquier otra persona, pues hay títulos para la constitución del *status filii*, como el legislativo, judicial o el reconocimiento voluntario.

b) No es admisible la revocación de la cláusula testamentaria en la que ya se hubiese hecho el reconocimiento de un hijo.

Junto con las citadas reglas imperativas no encontramos en el sistema jurídico mexicano alguna regla interna con vocación internacional que regule la filiación biológica. En cambio, existen *reglas de conflicto,* como veremos en seguida.

En otros países no es difícil encontrar normas de conflicto especiales que remitan a un orden jurídico específico aplicable. Por ejemplo, en Italia,[14] Rumania[15] y

[13] Hay un dicho antiguo que enunciado por una mujer reza: "los hijos de mi hija, mis nietos serán; los hijos de mi hijo, sólo Dios lo sabrá".

[14] Artículo 33, *Ley de DIPr.*

[15] Artículo 28 de la *Ley sobre la Reglamentación de las Relaciones de DIPr.*

Polonia[16] se aplica la *ley nacional del hijo;* en Kuwait,[17] la filiación, en tanto que reconocimiento de los hijos se rige conforme a la *ley del padre;* en Suiza,[18] Perú[19] Venezuela,[20] conforme a la *ley de su domicilio* o residencia habitual. Como se advi te, se trata de conexiones específicas que toman en cuenta una ley personal que ati de al padre o al menor. Varias leyes se encargan de precisar que la ley aplicable es vigente en el momento de nacer el menor e, incluso, que esa ley rige los supues para determinar el estado de hijo.

En México, ya lo dijimos, no existe una norma de conflicto especial que regule *constitución de la filiación*, salvo en el caso de la automática, por lo que es necesa recurrir a la norma general que regula al *estado civil de las personas*. Algunas entid des federativas recurren a la *lex fori* (como la del D.F.), mientras que en otras se re rre a la *ley del domicilio*.

Cuando se recurre a la ley domiciliar el legislador es omiso en determinar cu ley: la del domicilio del padre o el del hijo. Aunque cualquiera de ambos podría la respuesta, al juez le queda la duda, pero éste debe tener siempre en cuenta para decisión la ley más favorable al menor.

En un sentido clásico la ley se refiere al padre, ya que es el capacitado para adqu rir un domicilio, pues de otra manera el legislador habría establecido el criterio de residencia habitual, que es fáctico. Sin embargo, en una interpretación amplia, pr tiendo del principio del *favor filii,* que anima la relación paterno-filial, la ley domicilio aplicable sería la más favorable para el hijo, aunado al hecho de que nuestra ley se establece el reconocimiento de los derechos adquiridos en el extran ro. Sin embargo, no hay que olvidar que si el menor fue abandonado, el domicilio será el de su representante.[21]

En fin, en el título automático de constitución de la filiación biológica no impe ta la anuencia del padre biológico, a menos que demuestre no serlo.

Reconocimiento del estado de hijo biológico

Aunque la filiación automática se constituye en el momento del nacimiento, en casos de reconocimiento (voluntario o judicial) tal reconocimiento es posterior, que puede producir problemas intertemporales.

Por lo general, un reconocimiento como éste puede hacerse en el Registro Civ en un documento público, en un testamento o en el acta de matrimonio realiza con la madre.

16 Artículo 19 de la *Ley de* DIPr.
17 Artículo 42 de la *Ley sobre Relaciones Jurídicas con Elemento Extranjero.*
18 Artículo 68 de la *Ley Federal sobre* DIPr.
19 Artículo 2●85 del *Código Civil.*
20 Artículo 24 de la *Ley de* DIPr.
21 Artículo 3o. de la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas en Derecho Internacional Privado.

Ejemplo

Supongamos que un menor nació y residió en Argentina hasta el momento en que murió prematuramente. Sin embargo, en vida recibió, por azares de la suerte, una cuantiosa fortuna que se encuentra en México. El padre, que durante la corta vida del menor nunca lo reconoció como hijo, se presenta ante diversas autoridades mexicanas que admiten la conexión domiciliar y hace expreso el reconocimiento de su paternidad. Luego de ello abre la sucesión de los bienes del menor y reclama la masa hereditaria. En este caso, el juez encontrará que la ley aplicable a la cuestión previa (el reconocimiento) será la argentina (lugar del nacimiento y último domicilio del menor). El art. 249 del CC argentino dispone que el "reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo formula..." Esta disposición se inserta dentro del título correspondiente a la filiación. Por tanto, aunque una ley mexicana otorgara al supuesto padre el derecho que la filiación podría conferirle, la ley aplicable lo impide.[22]

Ya decíamos que la condición de hijo biológico o consanguíneo puede o no coincidir con lo establecido en el plano jurídico, como se advierte en el ejemplo siguiente.

Ejemplo

Se trata de un caso que informa la jurisprudencia española. Según la ley de España vigente en 1960, cuando se trata de hijos adulterinos la ley aplicable siempre era la nacional, esto es, no podían ser reconocidos, ni ser legitimados por el legislador. Pero ocurrió que en una sucesión por causa de muerte, abierta en España, se presentó una persona como sobrina del *de cujus,* hija del hermano de éste. Acreditó haber nacido en Cuba, producto de las relaciones adulterinas de su padre. La ley cubana de 1938 sí reconocía como hijos a los adulterinos. Pero el derecho español rechazó tal reconocimiento, pues lo consideró una ofensa al orden público español. Cabe aclarar que conforme al derecho español los hijos adulterinos no podían ser legitimados ni reconocidos.[23]

Si bien en este caso se empleó la ley española, puede notarse la presencia de dos órdenes jurídicos. La regla general aparentemente conducía a reconocer la *ley del lugar en que se constituyó* la filiación (la hija nació en Cuba, donde tenía su domicilio y

22 La ley italiana de DIPr es muy específica en este apartado: "las condiciones para el reconocimiento del hijo natural se rigen por la ley nacional del hijo al momento del nacimiento o, si ello es más favorable, por la ley nacional del autor del reconocimiento al momento en que éste acontece" (art. 35).
23 Enrique Pecourt García, *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada,* Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, pp. 43 y siguientes.

nacionalidad) aunque, debido a la situación sociopolítica imperante en España en momento en que se resolvió el caso, se prefirió aplicar la propia ley española (la los padres) y no la nacional de la hija, que coincidía con la del lugar donde ella naci

Aunque en este ejemplo la relación filial se planteó como una cuestión prev derivada de la principal, consistente en la sucesión, el juzgador español aplicó la l española para determinar la validez de la filiación (cuestión previa) y sin import que ésta hubiera surgido conforme a una ley distinta: la cubana de 1938. En este ca pudo más una ley desconectada de la realidad biológica, que la realidad misma, ap yada por el reconocimiento del padre.

Proceder como lo acabamos de plantear puede tener una doble lectura. Por lado, el juez español simplemente puso en práctica la ley de su país a la cuestión pri cipal (la sucesión) y a la cuestión previa (la relación filial). Pero lo que en realid hizo fue desplazar la legislación aplicable (la cubana, pues en Cuba nació la sobri de la cuestión previa, porque consideró que emplearla podría producir efectos ju dicos contrarios a su concepción de orden público.

Se enfatizó en la actitud del juez español de aplicar la excepción de orden públ como impedimento para la aplicación de la ley extranjera, en un caso poco frecuent

En el derecho mexicano esta situación se plantearía de forma diferente. Confor al art. 14, fracc. IV del *CCDF* (similar al 8o. de la Convención Interamericana so Normas Generales de Derecho Internacional Privado), las cuestiones previas o p liminares que surjan con motivo de una cuestión principal no necesariamente de regirse por la ley aplicable a esta última. En otras palabras, habrá la posibilidad una conexión autónoma que, en el ejemplo mencionado, estaría favorecien aplicación de constitución de la relación filial, y si ésta resultara contraria al or público, no sería la competente; su razonamiento sería más claro y preciso, es d el juzgador estaría actuando técnicamente.

Es necesario dejar en claro que la cuestión previa (el reconocimiento de un h tendrá un tratamiento diferente de la cuestión principal (la sucesión). Lo ant supone, desde luego, la conexión autónoma que se aplica al reconocimiento d hijo y, por tanto, es independiente de la que regula la sucesión.

Como se advierte, el reconocimiento personal de que una persona es hijo bi gico se fundará, en México, en la ley reguladora del estado civil, que dependien la entidad federativa puede ser la de la residencia habitual del menor o la *lex* Debido al principio *favor filii*, difícilmente operaría la excepción de orden públi

Cabe agregar que la forma del reconocimiento se rige por la ley del lugar d ésta se realizó, acorde con la *lex formam actum*, y la capacidad del padre que noce, por la ley que rige su capacidad.

Declaración judicial del estado de hijo e investigación de la paterni

Uno de los títulos o medios para que una persona adquiera el estado de hijo bi gico (además de la adquisición automática o del reconocimiento voluntario) *declaración judicial* que constituye ese estado civil. Esta declaración suele sobrev

como consecuencia de la investigación judicial de la paternidad (o maternidad), la cual puede culminar con la atribución judicial del estado de padre o madre y, por consecuencia, el reconocimiento del estado de hijo. Otro caso al que nos referiremos en el próximo capítulo surge en México con la constitución de la adopción plena, en la que el adoptante y adoptado quedarán en el registro civil como si fueran padre e hijo biológico, aunque de hecho la filiación no sea natural.

Hasta hace algunos años, cuando el interés del menor no se sobreponía al de sus padres, se prohibía hacer investigación sobre la paternidad o maternidad. Se estimaba ofensivo que sobre un adulto recayera la imputación de ser padre o madre e, incluso, cuando se abría esa investigación se le tenía como ofensivo al orden público.[24] El cambio operado (de no permitir la investigación a permitirla) ha producido en el *interin* conflictos de órdenes jurídicos.

Pascual Fiore sostenía que aun cuando en el país (se refería a su país, Italia) se prohibiera la investigación de la paternidad, ello no impedía promover un procedimiento de exequátur derivado de una sentencia extranjera que hubiera culminado reconociendo la paternidad de un padre. Supongamos, decía, que el hijo tratara de obtener el pago de alimentos basándose en la sentencia extranjera; en este caso la cuestión previa no sería impedimento para acceder a la principal.[25]

Al lado del simple medio probatorio los códigos mexicanos de algunas entidades federativas *prohíben investigar la paternidad*, como también lo establecía el *CCDF* de 1884. En Sonora, por ejemplo, no se admite la investigación de la maternidad natural "cuando tenga por objeto atribuir el hijo a una mujer casada" (art. 551, *CC*). Debe advertirse que mediante la investigación se trata de descubrir si se ha o no constituido una filiación biológica.

En su momento, Alberto G. Arce consideró que en estos casos debía prohibirse la investigación de la paternidad, por razones de orden público. Arce anotó que ésta "puede definirse diciendo que es el derecho que tienen los hijos habidos fuera de matrimonio de acudir a los tribunales, en los casos permitidos por la ley, para aportar las pruebas de su filiación, a fin de que sea ésta declarada por los mismos y se obligue a los padres demandados a cumplir con los deberes, derechos y obligaciones que les impone la relación paterno filial".[26]

Aunque ahora alguien afirmara que el orden público foral podría oponerse a un proceso de investigación de la paternidad, esto no sería factible. No es posible anteponer el

24 Por lo general, se trataba de hijos nacidos fuera de matrimonio. Se consideraba un estigma que alguien fuera declarado padre o madre sin haber estado casado, y más cuando uno de esos ascendientes estaba casado con otra persona. Esta manera de ver los casos obedecía a la moralidad prevaleciente por esa época, donde los valores suponían una plena responsabilidad de los padres.

25 Pascual Fiore, "Elementos internacionales de las sentencias de los tribunales", en *Ius, Órgano de Difusión de la Escuela de Derecho*, Centro Editorial Universitario, Ciudad Juárez, vol. 7, 1989, p. 136.

26 Alberto C. Arce, *Derecho internacional privado*, Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1973.

criterio de excepción de orden público para la obtención de pruebas que sirvan a u proceso extranjero en el que se haga tal investigación. Actualmente es factible aco der a la obtención de periciales, documentos o testimoniales.

A nuestro entender, en México no puede oponerse una excepción a la orden investigar la paternidad proveniente del extranjero, ya que los códigos actuales pe miten la práctica de ese tipo de investigación. En el caso de las entidades federati que aún conservan la prohibición de investigar la paternidad o maternidad, con Sonora, cabe decir que su disposición es atentatoria de la Convención de la o sobre los Derechos del Niño, así como de otras disposiciones secundarias que ord nan atender al interés superior del menor. Lo que la ley de Sonora hace es prote el interés de la madre sacrificando el del menor.

Debido al *favor filii* sería difícil encontrar un caso en que se ofendiera el ord público o moralidad de una entidad federativa.

En lo que se refiere a la ley aplicable para resolver las situaciones conforme a cuales se accederá a la investigación de la paternidad natural o biológica, éstas s reguladas por la *ley que rige el estado civil del menor*, ya que de por medio está el *tus filii*. Como sabemos, el estado de hijo es un aspecto del estado civil, por lo qu ley que rige a éste es el que regula la atribución de la filiación.

Ejemplo

La ley de la República Dominicana sólo admite la investigación de la paternidad 985 de 1945) en los siguientes casos: *a*) si hubo sustracción, violación o estupr la época de tales hechos coincide con la de la concepción; *b*) cuando hubo sed ción por medio de abusos de autoridad, promesa de matrimonio o maniobras d sas; *c*) si hay concubinato notorio entre la madre y el presunto padre; *d*) si ex confesión escrita de paternidad, y *e*) si el hijo tiene la posesión de estado (es d un concurso de hechos que permitan establecer la relación de filiación y paren co entre padre e hijo).

De esta manera, si el demandado reside en Nuevo León, México, lugar do se presentó la demanda de investigación, se aplicará la ley de la República Dominic si el hijo nació ahí e, incluso, ahí está su residencia habitual, dato que resu correcto de acuerdo con la regla de conflicto; no obstante, la supremacía del p cipio *favor filii*, establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, to inaplicable cualquier norma interna que pugne con ese principio.

Prueba o demostración de la filiación biológica

La mayor parte de los códigos mexicanos contiene un apartado que con el título " las pruebas de la filiación de hijos nacidos en matrimonio" establece reglas alusi a la prueba de la filiación natural, biológica o consanguínea. Estas reglas, enfocadas

la constitución de la filiación, parecen indicar que no se admiten medios de prueba distintos de los establecidos en cada uno de estos códigos internos. Esas disposiciones prescriben las reglas siguientes:

a) La filiación de los hijos nacidos de matrimonio se prueba con la partida de su nacimiento y con el acta de matrimonio de sus padres.

b) A falta de actas o si éstas fueran defectuosas, incompletas o falsas, se probará con la posesión constante de estado de hijo nacido de matrimonio. En defecto de esta posesión son admisibles para demostrar la filiación todos los medios de prueba que la ley autoriza, pero la testimonial no es admisible si no hubiera un principio de prueba por escrito o indicios o presunciones resultantes de hechos ciertos que se consideren bastante graves para determinar su admisión.

Si uno solo de los registros faltara o estuviera inutilizado y existe el duplicado, de éste debe tomarse la prueba, sin admitirla de otra clase.

c) Si hubiera hijos nacidos de dos personas que han vivido públicamente como marido y mujer, y ambos hubieran fallecido, o por ausencia o enfermedad les fuere imposible manifestar el lugar en que se casaron, no podrá disputarse a ese hijo haber nacido de matrimonio por la falta de presentación del acta del enlace de sus padres, siempre que se pruebe que tiene la posesión de estado de hijo de ellos, o que por otros medios de prueba que autoriza el CC de manera particular, se demuestre la filiación y no esté contradicha por el acta de nacimiento.

Respecto a las reglas citadas, debemos indicar que se trata de disposiciones internas que deben interpretarse como *normas limitadas en su ámbito espacial*, esto es, válidas exclusivamente en el interior del territorio de la entidad federativa que así lo establezca, pues no se trata de normas con cobertura internacional. Dato que se entiende, pues sólo se refieren a la constitución de la filiación cuando ocurre en México, esto es, para problemas de tráfico jurídico interno.

En cambio, en las relaciones de tráfico jurídico internacional la constitución de la filiación puede probarse por medios diferentes, aunque puedan o no coincidir con los medios que para la prueba establece la filiación propia de los problemas de tráfico jurídico interno.

Veamos: si la filiación da lugar a que se genere la relación padre-hijo, o mejor dicho, *constituye al estado de hijo*, es indudable que estamos frente a un tema o asunto generador del estado civil: el *estado de hijo*.

La constitución de la filiación biológica surge por el mero hecho biológico acogida por la *ley reguladora del estado civil.*

Como ya explicamos, para probar el estado civil adquirido en el extranjero por un mexicano (o un residente en el D.F., según el art. 51, CCDF) *bastarán las constancias que presenten* los interesados, siempre que las registren. En este caso, la ley aplicable no es la *lex fori*, sino la reguladora de la constitución de la filiación biológica.

Ejemplo

En Argentina un niño es abandonado por la madre en el hospital donde nació. Ésta lo desconoce como propio. Sin embargo, la ley argentina dispone que la maternidad puede establecerse con un "certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer a quien se atribuye la maternidad del hijo" (art. 242, CC).

Si este hijo pretende demostrar en México el entronque con su madre (su filiación), podrá hacerlo conforme a la *ley reguladora de la constitución* de la filiación biológica. El medio probatorio prescrito en ese lugar será el admisible.

La designación de la ley reguladora del estado civil se puede entender fácilmente en aquellas entidades federativas mexicanas que utilizan la conexión domiciliar, pero en el del D.F., por ejemplo, se podría llegar a una respuesta similar porque su ley admite (art. 51, *CCDF*) que el estado civil adquirido fuera de la República se demostrará con "las constancias que los interesados presenten de los actos relativos". Se trata, obviamente, de las constancias extranjeras, como en el caso del ejemplo, el certificado médico correspondiente.[27]

La posibilidad de probar la filiación está relacionada con la investigación de la paternidad o maternidad, tema que abordaremos más adelante.

Efectos que produce la constitución de la filiación

Aunque en los próximos capítulos examinaremos con mayor detalle varios de los efectos que produce la filiación (biológica y adoptiva), por ahora es conveniente referirnos a su contexto general. Como explicaremos, la filiación biológica no adquiere importancia jurídica por el hecho biológico de que alguien sea hijo de una persona, *sino por el reconocimiento jurídico de la relación padre-hijo; en especial, por los efectos que produce la constitución legal de la filiación biológica*. Según Mariano Aguilar Navarro, entre esos efectos pueden considerarse los siguientes:[28]

a) El derecho al nombre del padre. Así, el hijo puede llevar el apellido del padre, el cual, como explicamos, forma parte de su derecho en sus relaciones personales.
b) El derecho a afirmar que una persona específica tiene la patria potestad sobre otra.
c) El derecho del hijo a ser representado legalmente.
d) El derecho a que el padre sea el administrador de los bienes del hijo, con la correlativa obligación del progenitor de administrarlos.

27 Véase *supra*, capítulo 4 (estado civil, relaciones de familia y su prueba).
28 Clasificación seguida por Mariano Aguilar Navarro (dir.), *op. cit.*, pp. 273 y 274.

e) El derecho a los efectos sucesorios, o sea, el derecho del hijo a suceder al padre o a la madre.[29]

El profesor Pedro Pablo Miralles, al referirse a los *efectos de* la filiación, menciona tres categorías, de las cuales nos interesan las siguientes:

a) Las específicamente protectoras (patria potestad, tutela, guarda y acogimiento, representación legal, derecho de convivencia y asistenciales).
b) Las personales (apellidos y nacionalidad).
c) Las patrimoniales (alimentos y sucesiones).[30]

De estos problemas cabe enfatizar en uno de los que destaca Andrés Rodríguez Benot. La filiación —explica el autor—, vista desde el derecho conflictual, nos permite considerar a una persona no sólo como hijo de alguien, sino que esta relación filial permite definir cuál es la nacionalidad de una persona. Nos posibilita, por ejemplo, sobre la base del *ius sanguinis,* determinar cuál es la nacionalidad del hijo.[31]

En el contexto de las relaciones México-Estados Unidos de América hay varios padres (originarios de EUA) que reconocen como hijo a un niño mexicano. Si en el momento de nacer no había sido reconocido por el padre, el reconocimiento posterior le puede otorgar una nueva nacionalidad, que en la generalidad de los casos es aceptada. Algo similar ocurre cuando un padre mexicano reconoce como hijo biológico a un niño, aunque haya nacido en el extranjero.

No hay que olvidar que en esta hipótesis continúa gravitando sobre el menor una conexión dependiente. En la nacionalidad, por lo que hace al *ius sanguinis,* el menor tiene la nacionalidad que posee el padre (o al menos así se representa).

Cuando nos refiramos al derecho aplicable a la filiación abordaremos cada uno de los efectos mencionados, aunque algunos efectos específicos, como el caso de alimentos, convivencia con los padres, restitución, etc., serán objeto de estudio en los próximos capítulos. En cuanto a la ley aplicable, varios de ellos son tratados autónomamente.

Los temas propios de la filiación, salvo en algunas particularidades, como en el caso de adopción, no han sido abordados por el derecho convencional internacional en forma detallada. Sin embargo, acorde con la Convención de la ONU sobre los Derechos de los Niños, los Estados están comprometidos en asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley

29 En este punto debe tenerse cuidado porque no en todas partes, incluido México, se establece la porción legítima.
30 En Elisa Pérez Vera (comp.), *Derecho internacional privado,* vol. II, 3a. ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 168.
31 Andrés Rodríguez Benot, *Lecciones de derecho civil,* Lección 6, "La filiación y los alimentos", Tecnos, Madrid, 1996.

y, con ese fin, deben tomar todas las medidas legislativas y administrativas adec
das (art. 3o.). De igual manera, cada Estado debe respetar las responsabilidades,
derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la fam
ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutore
otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia co
evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño eje
los derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos de los Niños (art. 5

Según la citada Convención, cada Estado debe velar por que el niño no sea se
rado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que por resolución judicial
autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimi
tos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. E
determinación puede ser necesaria en ciertos casos particulares, por ejemplo, cu
do el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando é
vivan separados y deba adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del n
(art. 9o.). De igual manera, cada Estado debe respetar los derechos y deberes de
padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio
su derecho conforme a la evolución de sus facultades (art. 14). Por su parte, a
padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad prim
dial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condic
nes de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño (art. 27).

Salvo estas reglas generales de DIPr prescritas en los tratados, el derecho vige
en México relativo a la filiación tiene su fuente principal en las normas de dere
interno.

Con excepción de la filiación adoptiva, los títulos constitutivos de la filiac
(en este caso la biológica), así como sus efectos, no son aceptados con unifor
dad en todos los países, ya que existen discrepancias en su tratamiento y, po
mismo, producen conflictos de leyes.

Nos referiremos ahora a las soluciones que otorga el DIPr mexicano a estos P
blemas.

Ley aplicable a las relaciones padre-hijo

En la relación padre-hijo, como efecto de la constitución de la relación filial, dest
especialmente el derecho de este último a llevar el apellido del padre, así como a
alimentos y a las prerrogativas sucesorias. De igual manera, el hecho de que una p
sona sea reconocida como hijo de otra que sea mexicana, le da derecho a la nacio
lidad mexicana, cuando menos por *ius sanguinis*.

Varios países se han preocupado por regular el derecho aplicable a las relacio
padre-hijo. Unos optaron por el principio *favor filii*, como Polonia[32] o Italia,[33] do

32 Artículo 19 de la *Ley de DIPr*.
33 Artículo 36 de la *Ley sobre DIPr*.

se establece una conexión autónoma y, por tanto, se atiende a la ley nacional del hijo; mientras que otros mantienen la vieja tradición de privilegiar la ley de los padres, como Corea, cuyo derecho conecta a la ley nacional del padre, y cuando el menor no tiene padre, la conexión es con la ley nacional de la madre.[34]

En el pasado, y aun en la actualidad, cuando la patria potestad (centro de las relaciones paterno-filiales) se consideraba como un derecho casi absoluto del padre sobre el hijo, la ley aplicable era la que regía al padre. Por tanto, el estado civil del menor se regulaba con una conexión subordinada a la ley que regía al padre. Al operarse el cambio hacia el *favor filii*, la ley personal se desplazó hacia la que rige al hijo y, en general, a los menores de edad. Por lo común esta ley personal es la de la residencia habitual o la de la nacionalidad del menor, según el país cuya norma de conflicto se aplique.

Por lo pronto, cabe indicar que mientras que en algunos países se ha llevado a cabo una *unificación de la ley aplicable* en torno a la constitución de la filiación y los efectos que produce, esto no ha ocurrido en nuestro país. No existe una disposición expresa, similar a la española, que disponga la unidad legal de tratamiento a ambos supuestos, lo que nos obliga a tratar cada aspecto por separado aunque, como veremos, coinciden.

La relación filial no se restringe a la que puede darse entre el padre y el hijo, sino que se amplía a la de éste y toda la familia con la que se conectan sus padres. Se trata del "rol que un niño desempeña en la familia".

En el derecho interno y algunos convenios internacionales se admite la ruptura de la filiación de un niño con sus padres biológicos cuando existe una adopción plena que ha desplazado al niño a otra familia (la adoptante), en cuyo caso la filiación se constituirá entre los padres adoptivos y el adoptado. Se trata de la relación filial que se desplaza (en su totalidad) de los padres biológicos a los adoptivos.[35]

En la ley italiana las relaciones entre padres e hijos, ya sea que se trate de relaciones personales o patrimoniales, incluida la patria potestad, se rige por la ley nacional del hijo (art. 36).

En el derecho interno mexicano, aunque la ley no es clara en este sentido, el *favor filii* es el que preside la ley aplicable, dato que se observa con mayor claridad en el derecho convencional internacional, según explicaremos más adelante.

En realidad, es poco el material normativo que tenemos en el derecho convencional internacional con relación a la filiación biológica o natural, salvo en lo que hace a las reglas generales sobre derechos humanos del menor, comenzando con la Convención de la ONU sobre los Derechos de los Niños. En este sentido, resulta un tanto reducido lo existente entre EUA y México.

Por último, cabe indicar que la posibilidad de que el hijo adquiera la nacionalidad del padre no es materia propiamente de las regulaciones del estado civil de las personas, sino de normas o disposiciones políticas relativas a la subordinación

34 Artículo 22 de la *Ley sobre DIPr*.
35 La relación adoptiva se estudiará en el capítulo siguiente.

individuo-Estado sobre el particular. En México la nacionalidad se establece en *Constitución* entre los elementos integrantes de la población, en especial la que adqu re la nacionalidad mexicana.

Impugnación de la filiación biológica

A la inversa del procedimiento para reconocimiento de paternidad, hay otro proc dimiento cuyo objetivo es la impugnación de la paternidad (una repulsa, según derecho antiguo). Este caso también tiene repercusión en el estado civil, aunque trata de un caso menos frecuente.

Como norma especial del DIPr, en Polonia[36] encontramos que la *impugnación la paternidad* se rige conforme a la *ley nacional del hijo,* pero en México la aplica es la que rige al estado civil *del hijo.* En efecto, no debe olvidarse que la filiación es aspecto o cuestión de estado civil y que, por tanto, en varias entidades federativas rige por la ley del domicilio. Como la ley interna mexicana no indica expresamen a cuál domicilio se refiere (si al del padre o al del hijo), consideramos que se trata domicilio del hijo, dado el principio *favor filii* al que nos referimos y acorde con dispuesto en la Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físic en el Derecho Internacional Privado, en el caso de menores abandonados.

Esto significa, aparentemente, que si en el lugar donde radica o está domiciliad el hijo no es factible que el padre impugne la imputación que se hace de su paterni dad, tal derecho tampoco podría ser reconocido ante los tribunales mexicanos pesar de que nuestra ley sustantiva permitiera esa impugnación.

No obstante, no es fácil esta afirmación, pues aunque la norma de conflicto in cara la aplicabilidad de una extranjera, ésta podría pugnar contra nuestro ord público internacional, que se manifiesta favorable al interés superior del menor y *favor filii*, aunado al hecho de que podría proceder la aplicabilidad de una norm imperativa, como ocurre en el caso del art. 368 del *CCDF,* según el cual no procede la impugnación de reconocimiento de un hijo cuando éste tenga como finalidad pr var de la herencia a un menor previamente reconocido.

Ejemplo

Un niño nació en Argentina dentro de los primeros 180 días de contraído un mat monio. Allá fue registrado e incluso tiene su domicilio. En ese lugar el marido de madre (de nacionalidad argentina, pero domiciliado en Sonora) consintió en q se le diera su apellido al niño, lo que se asentó en la partida de nacimiento. Co base en la ley argentina, el padre no podrá impugnar la paternidad. No obstante, padre la impugna ante un tribunal de Sonora, alegando que el niño nació antes los 180 días de contraído el matrimonio. De aplicarse la ley argentina (como debe

36 Artículo 19 de la *Ley de DIPr.*

ser en este caso), el presunto padre carece del derecho para impugnar la paternidad, ya que la ley del lugar del domicilio del menor lo impide.[37]

Un tanto mejorada parece la regla acogida por la ley de DIPr italiana pues, por un lado, prescribe que la *ley del hijo en el momento de su nacimiento* es la que rige los supuestos y efectos de la determinación y del desconocimiento del estado de hijo; por otro lado, supone que si el estado de hijo legítimo fue adquirido con base en la ley que rige a uno de los padres, la impugnación de la paternidad sólo podrá ser impugnada conforme a esa ley y no otra (art. 33).

Problemas de filiación relacionados con la inseminación artificial y la clonación

Explicamos antes que el solo hecho de una filiación natural o biológica no significa necesariamente que el derecho acoja esa relación, lo cual se debe a diversos problemas propios de la realidad contemporánea.

Al respecto, Julio González Campos apunta: "es de observar... que aun en los casos de filiación por naturaleza la realidad biológica adquiere perfiles complejos en ciertos supuestos de inseminación artificial".[38] A varios legisladores les parece imposible entender que por medio de la inseminación artificial un hijo puede nacer algunos años después de que murió el padre; o que los acuerdos entre los humanos respecto a semen y óvulos están más adelantados de lo que el propio legislador prescribe. Para estos problemas, surgidos de realidades, el legislador aún no establece soluciones jurídicas. Concretamente, el legislador mexicano no ha podido resolver quién es el padre del hijo nacido de un semen comprado por un matrimonio.

Ejemplo

En la década de 1980 en Estados Unidos de América, la Agencia para la Paternidad Sustitutiva recibió la solicitud de una pareja de estadounidenses (llamaremos Brown a esta familia, puesto que su nombre real permanece en secreto) para localizar a una persona que pudiera gestar a un bebé para ellos. La agencia localizó en Inglaterra a la familia Cotton, con la cual firmó un contrato. El arreglo consistió en que la señora Kim Cotton se embarazaría aportando su óvulo, para lo cual sería inseminada con el semen del señor Brown. Como parte del acuerdo, la familia Cotton cobraría a la familia Brown cierta cantidad de dinero. Tal como se convino, la señora

37 El CC de Sonora prescribe (por remisión al *CCFed*) que el estado civil de los extranjeros se rige por la ley de su domicilio.

38 Julio D. González Campos *et al., Derecho internacional privado, parte especial,* Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993, p. 492.

Cotton se embarazó con el semen del señor Brown y el 4 de agosto de 1985 nac una niña. La pareja de los Cotton, sin embargo, se negó a entregar el producto la gestación y el asunto fue llevado ante los tribunales ingleses. El juez resolvió qu en acatamiento del contrato, la niña debería ser entregada a la familia Brown Estados Unidos de América. Así se dio cumplimiento a la resolución y actualm te la niña reside en ese país.

Un caso como el anterior plantea diversos problemas al internacionalista. Atendien al *ius sanguinis,* ¿cuál será la nacionalidad de la niña?, ¿con quién mantendrá la re ción de filiación?, ¿con los Brown o los Cotton? Recuérdese que el semen era de u persona estadounidense y el óvulo, de una mujer inglesa. Además, los solicitantes Estados Unidos de América estaban casados, como lo estaban los Cotton en Inglater ¿A qué pareja matrimonial se reconocerá la condición de padre y de madre? ¿Q pasaría si en el sistema jurídico de cada pareja contratante las leyes son distintas, p ejemplo, que en un lugar se prohíba ese tipo de contrato y en otro no? ¿Conform qué ley se calificará el interés superior del hijo? ¿Tendrá alguna obligación madre que gestó a la niña con relación a ésta?; y la niña, ¿tendrá algún derecho r pecto de esa madre?; en suma, ¿cómo se definirá el *status filii* de la niña? Si estos pr blemas se presentan para la inseminación artificial, los mismos se agravan con clonación humana, iniciada a partir de 2003.

El caso Cotton fue uno de los primeros de ese tipo, aunque se han presenta otros como el de Junior Lewis y Mary Davis, que al divorciarse plantearon el prob ma de saber quién se quedaría con siete embriones congelados fecundados *in vi* Ella luchó por su custodia a fin de continuar la fertilización y tener un hijo cuan quisiera. (Cabe decir que los embriones humanos congelados pueden conserva durante 50 años.) Un juez resolvió la custodia de los embriones en favor de la muj pero el señor Lewis declaró que no deseaba convertirse en padre del hijo que pud ra nacer, aunque biológicamente lo sea.

En este caso y en otros han surgido, además de la cuestión ética, problemas t graves como saber si en el momento del divorcio los embriones deben ser destruid o puede continuarse su fertilización. ¿A qué padre se le adjudicará la custodia los hijos? ¿Cómo se establecerá la obligación de pagar los alimentos? ¿Alguno de l miembros de la pareja podrá desligarse de la obligación en el momento del divorcio ¿cómo se definirá el estado civil del hijo nacido?, ¿cómo se asentará el nacimiento ¿se asentará como hijo biológico o deberá realizarse una adopción? En fin, ¿cómo resolverán las cuestiones relacionadas con las reclamaciones del estado civil de hijo nacido por inseminación artificial o cómo se desconocerá ese estado civil?

Las alusiones que el derecho interno hace acerca de la inseminación artificial o asistida están referidas en algunas leyes mexicanas a otros aspectos, como las caus les de divorcio.[39] Un poco más referidas a la filiación tenemos disposiciones en la

39 Artículos 289 y 298 del CC de Baja California Sur; y 199, fracc. XVIII del CC de Morelos.

de Querétaro, aunque con un enfoque más restrictivo, con relación al niño nacido producto de una inseminación artificial o asistida, el cual tendrá derecho a conocer a sus padres biológicos (arts. 22 y 491, CC); o el *Código* de Coahuila, que tutela el óvulo fecundado "extracorpóreamente" (arts. 95, 482 y 483, CC); o el de Tabasco, que establece presunciones de maternidad y paternidad (arts. 92, 347, 360 y 399, CC). En ninguna de estas disposiciones mexicanas se hace alusión al derecho aplicable a la filiación.

En suma, estamos frente a problemas que el derecho sustantivo interno aún no ha sabido resolver y que cada día van en aumento. Además, dichos casos suelen tener elementos internacionales, lo que complica más el problema. Nos hemos referido a ellos para dejar constancia de la dimensión de estas realidades en las relaciones humanas y que desbordan al derecho internacional; aun cuando hablamos del DIPr, esperamos que cuando se resuelvan también se fije el derecho aplicable.[40]

8.5. Patria potestad

Cuando la relación padre-hijo es observada desde la perspectiva del padre o padre y madre se denomina *patria potestad,* la cual implica derechos y obligaciones legales para quien la ejerce (pueden ser los padres o los abuelos) sobre los hijos menores. Édgard Baqueiro apunta que ésta consiste en el "poder concedido a los ascendientes como medio de cumplir con sus deberes respecto a la educación y cuidado de sus descendientes".[41]

Parecería raro insertar en este capítulo una institución como la patria potestad, que es regulada por ley sustantiva y centra la atención en los derechos que la ley concede a los adultos, cuyo fin sea satisfacer de la mejor manera el interés de los menores; sin embargo, tiene efectos internacionales que hay que analizar.

En la patria potestad, la custodia o la tutela son los derechos que se ejercen contra cualquier persona que trate de perturbar los derechos del pupilo. Suponen, como explica Pedro Pablo Miralles Sangro, *mecanismos de protección en el ámbito de la familia.* Se trata, dice, de elementos de carácter supletorio, diversos de la estructura familiar, así como de instituciones protectoras del equilibrio de intereses sociales y patrimoniales en que se refleja la familia.[42]

40 En los planos internacional e interno ha habido preocupación por los problemas de clonación. Se han formado comités de bioética y la ONU ha auspiciado algunos tratados en torno a los derechos humanos. Por el momento, la investigación en el ámbito jurídico muestra la inseguridad del futuro de los hijos clonados y la moral parece oponerse entre grupos religiosos y entre éstos y los no religiosos. Lo más probable es que las respuestas jurídicas surjan cuando exista seguridad en cuanto a los hijos clonados.

41 Édgard Baqueiro Rojas y Rosalía Buenrostro, *op. cit.,* p. 227.

42 En Elisa Pérez Vera (comp.), *Derecho internacional privado,* vol. II, *op. cit.,* p. 193.

Se distinguen con frecuencia dos tipos de relaciones en el ejercicio de la pat potestad: las *estrictamente personales* (como el cuidado, la manutención y la edu ción del hijo) y las de *naturaleza patrimonial* (que permiten al titular de la pat potestad administrar los bienes del hijo, ya sea que los hubiera adquirido con su t bajo o por otros medios). El *Código* colombiano es muy claro al respecto (art. agrega que en cuanto a la administración y usufructo de los bienes del meno adoptarán "las mejores decisiones" en bien de él.

Es obvio que las relaciones más importantes son las personales. Aquí se co prenden las relaciones entre el menor y quien ejerce la patria potestad y la custo En estos casos, la ley aplicable es la que rige el estado civil del menor, acorde co *favor filii*.

Respecto a las relaciones de naturaleza patrimonial, la ley de DIPr italiana dec regularlas según la ley de la nacionalidad del hijo. De esta manera, unifica en una ley estas relaciones con las personales. En México la respuesta sería un tanto simi pues la ley aplicable sería *la que rige el estado civil del menor*, a menos que se trat de acciones reales.

La patria potestad puede extinguirse, perderse o suspenderse, pero también padre puede excusarse de ejercerla dependiendo del sistema jurídico aplicable México, por ejemplo, la ley sustantiva (la de varias entidades federativas) per que los mayores de 60 años de edad eviten ejercerla; también pueden hacer esto q nes habitualmente padecen mal estado de salud. Por otro lado, la patria potes puede perderse debido a costumbres depravadas de los padres o por poner en p gro la salud, la integridad o la moralidad del menor. También pierden la patria po tad y la custodia los padres biológicos cuyo hijo ha sido dado en adopción ple otras personas.

Algunos países prescriben reglas especiales de DIPr para fijar las conexiones la ley aplicable. Por ejemplo, en Nicaragua[43] se fijan conforme a la ley del domici en cambio, en Albania[44] conforme a la *ley personal* del niño en el momento del n miento. Pero si el menor vive en Albania y se desea actuar de acuerdo con su inte debe aplicarse la ley albanesa. Las leyes mexicanas establecen la conexión con l *que rige el estado civil*.

En este punto es necesario reiterar que cuando se trata del nacimiento o con tución de la patria potestad rige la misma ley que regula los efectos que produce patria potestad. Esto es, tanto la constitución como las relaciones personales genera la patria potestad se califican como un *asunto del estado civil*, razón por la la ley que rige a ésta rige la constitución y sus efectos. Se incluyen en la misma reguladora los supuestos de extinción, pérdida y suspensión de la patria potes siempre acotados por el *favor filii*.

Para el DIPr es importante que no en todos los países se plantean los mis supuestos para extinguir, perder o suspender la patria potestad, ni para excusars

43 Artículo VI del *Código Civil*.

44 Artículo 9o. de la ley del 21 de noviembre de 1964.

ella. Citamos como ejemplo el caso de un país cuya ley prevé el retiro de la patria potestad a la madre si ésta se dedica a la prostitución. Este supuesto no es reconocido en México, y si la madre ejerce la prostitución se requiere que esta práctica afecte al menor. En este caso la duda se reduce a saber cuál es la ley aplicable.

Ejemplo

Vamos a suponer que en un país se prescribe como causa de pérdida de la patria potestad de la madre el hecho de que ésta se dedique a la prostitución. En ese país se pronuncia una sentencia privando a la madre de la patria potestad, que se le otorga a un tío del menor. Como el menor se encuentra accidentalmente en México, el tribunal extranjero le pide al tribunal mexicano que ejecute la sentencia y haga entrega del menor al tío.

Al examinar el caso el tribunal mexicano encontrará que, a diferencia de la ley extranjera, la ley mexicana no admite como causa de pérdida de la patria potestad el hecho de que la madre se dedique a la prostitución. No se estima que en sí mismo sea un acto corruptor, salvo que ese acto trascienda sobre el hijo. El juez estará en el dilema de reconocer y ejecutar la sentencia extranjera o de rechazarla.

Este caso puede ser resuelto por el tribunal mexicano de dos formas radicalmente distintas y, en última instancia, será el criterio del juez el que prevalezca. Si él considera que el fallo externo se refiere a una cuestión de justicia ejercida por el tribunal extranjero, podría considerar que, tratándose de una cuestión de fondo, no debe intervenir y, por tanto, ha de limitarse a reconocer el fallo extranjero.

Sin embargo, desde otra perspectiva, el juez mexicano no le daría efecto a la sentencia extranjera cuando ésta es contraria al orden público mexicano (siempre que pugne con los principios básicos fundamentales), lo cual implica que las leyes aplicables por el juez extranjero para llegar a dicha sentencia no atenten contra nuestro orden público internacional. No se trata de juzgar el fondo; es decir, que el juez mexicano se dedique a analizar la forma en la que el juez extranjero aplicó tal o cual ley y por qué lo hizo. Simplemente debe valorar los resultados de dicha aplicación y si concluye que la ley extranjera aplicada por el juez extranjero tiene un resultado contrario al orden público internacional, no reconocerá la sentencia extranjera. Sea cual fuere la opción, el principio *favor filii* debe presidir la respuesta.

Otro supuesto normativo de interés se refiere a la *suspensión en el ejercicio de la patria potestad*. La ley sustantiva colombiana permite suspender la patria potestad al padre que haya sido condenado a prisión o reclusión. Esta sanción no se establece en el derecho mexicano (por lo menos de manera tan amplia). Por su parte, la norma de conflicto mexicana aplicable al ejercicio de la patria potestad es la reguladora del estado civil, lo que en algunas entidades federativas llevaría a aplicar la ley domiciliar. Sin embargo, podrá emplearse la del domicilio del menor cuando le favorezca a

éste: si el menor estuviera domiciliado en Colombia y en ese país o en México qui ejerce la patria potestad está condenado a prisión, entonces el juez colombiano po rá al mexicano suspenderle la patria potestad. Al aplicar la ley sustantiva colomb na el juez mexicano (al acatar la sentencia colombiana) podrá suspender la pat potestad, aun cuando no lo prescriba así el derecho mexicano. La razón es la siguie te: se trata de una medida temporal que si el juez mexicano considera que es por bien del menor, aceptará. Sin embargo, si esta medida pierde su carácter de preca toria, el juez mexicano debe restablecer la patria potestad a quien la ejerce, pues lo contrario obraría en contra del orden público porque se estaría privando a la pe sona que está en prisión de un derecho fundamental establecido, que es la visita los hijos, e iría en contra del derecho del hijo de conservar el lazo de parentesco c su padre a pesar de que se encuentre en prisión. En Latinoamérica la prisión para enemigos políticos suele ser un recurso, así que por qué privar al hijo de ese derech

En España, en un caso similar resuelto en 1983 se rechazó la norma extranjera afirmarse que "no alcanza, a falta de otras circunstancias específicamente corrupt ras..., trascendencia ética suficiente para determinar una mutación en el derecho la guarda, derecho éste primordialmente orientado en favor del menor".[45]

Como el lector ha podido observar, en materia de patria potestad nos encont mos con frecuencia en una línea divisoria muy delicada entre el *favor filii*, la ley re ladora del estado civil y el orden público. Por otro lado, y volviendo a la ley aplica hay que recordar que si se prescribe como única ley aplicable la que rige al est civil del menor y no la del padre o padres, sería posible que una sola ley fuera única, pues si se optara por la de los padres cabría la posibilidad de que teniendo c uno su domicilio, habría dos leyes en presencia que pudieran ser contradictorias.

En países que tienen un sistema de *Common Law* no se hace, por lo general, u distinción precisa entre patria potestad y custodia; a lo sumo se habla de *custod parental custody*. El concepto de patria potestad como lo entendemos en México existe en ese sistema.

También conviene recordar, a propósito de la custodia y el interés del menor, acorde con la Convención Americana sobre Derechos Humanos todo niño tien derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y que, salvo cunstancias excepcionales reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no d ser separado de su madre (art. 16).

Vinculado a la patria potestad se encuentra el caso del reconocimiento de resoluciones extranjeras que admiten un cambio o modificación a las actas del Regi Civil en las que se resuelve que donde no había padre registrado ahora lo hay que donde ya había padre reconocido, ahora ya no lo hay. En casos como éstos, modifican actos del estado civil, deberá tenerse cuidado. Como no se trata de sentencia de condena patrimonial no se requiere de exequátur, por lo que se conv te en una resolución "automática" que debe indicar si es o no de reconocerse.

45 Julio D. González Campos *et al.*, *Derecho internacional privado. Parte especial, op. cit.*, p. 118.

autoridad juzga que se vulnera el orden público deberá ser rechazada la modificación o alteración al acta del estado civil. En este punto debemos dar una breve explicación que quizá sirva para el caso de México. En las oficinas del Registro Civil de muchos países, incluidos Argentina, Chile y Uruguay, existen autoridades capacitadas jurídicamente para admitir o rechazar asuntos relativos al registro del estatuto personal. Sus decisiones pueden ser apeladas ante tribunales. Aunque en México hay personal de este tipo en algunas de las principales ciudades del país, ese personal calificado no suele existir, por lo que se requiere mayor capacitación para evitar el registro de actos que vulneren el orden público mexicano. El problema que puede suscitarse en un sistema como el nuestro es que el empleado del Registro lo lleve a cabo y después se suscite una controversia ante un juez que anule la inscripción. El papel del abogado, en estos casos, es indispensable.

8.6. Tutela y medidas de protección al menor

Mediante la tutela el legislador ordena que la persona designada como tutor se encargue del cuidado y representación del menor no emancipado que carece de alguna persona que ejerza la patria potestad. En el caso de los menores también se le conoce como *tutela filial*. Con ésta se establece una relación semejante a la filial y suple varias funciones de la patria potestad. La tutela también se fija para los mayores de edad que no pueden representarse por sí mismos, ni administrar sus bienes.

La tutela no debe confundirse con la patria potestad; la primera es una institución sustituta de la segunda. La tutela no es producto de un parentesco con el pupilo. En la patria potestad ocurre lo contrario, pues entre la persona que ejerce la patria potestad y el menor existen nexos familiares. En consecuencia, resulta erróneo concebir la tutela como una institución ligada a la familia, sobre todo que para afinar el principio en beneficio del menor es necesario contar con una conexión autónoma.

En el ámbito convencional internacional[46] México no es país signatario de convención especial alguna sobre este tema; no obstante, en algunas de las convenciones consulares de la que México es Estado parte se ha prescrito que el Estado receptor deberá informar al cónsul de aquellos casos en que se hubiese hecho designación de tutor o curador para un menor o un incapacitado nacional del Estado que envía, con la aclaración de que "el hecho de que se facilite esa información, no será obstáculo para la debida aplicación de las leyes y reglamentos relativos a esos nombramientos".[47] Esto supone que para México es dable la *tutela consular*.

46 Desde principios del siglo XX fue ostensible el interés por proteger al menor. Así, en los Países Bajos se suscribió (1902) la Convención sobre el Régimen de Tutela de los Menores (ya no está en vigor), que regulaba la tutela tomando en consideración la *ley nacional del menor*; de esta Convención formaron parte casi todos los países europeos. Las leyes internas de varios Estados han seguido hasta la fecha esa conexión, que México no adoptó.

47 Artículo 37, *b*) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares.

En otras de las convenciones consulares bilaterales de las que México es Esta parte se ha pactado que las autoridades competentes del Estado receptor informa por escrito a la oficina consular respecto de todos los casos en los que sea necesa nombrar tutor o curador de un nacional del Estado que envía, que se encuentre el Estado receptor. Incluso, que el funcionario consular podrá someter a la consi ración de los tribunales u otras autoridades competentes los nombres de perso idóneas para ser nombrados tutores o curadores de nacionales del Estado q envía.[48]

Ejemplo

Ante un juez mexicano se sigue un procedimiento para designarle tutor a un me de nacionalidad guatemalteca o venezolana. En este caso el juez mexicano e obligado a notificar al cónsul del país de la nacionalidad del menor. El cónsul n ficado puede proponerle al juez la o las personas que puedan ejercer el cargo, a cuando no estén en las listas que en algunos lugares se suelen elaborar para ma confiabilidad en la designación de tutores.

Como se observa, la obligación y el derecho se establecen mediante la ley perso del menor siguiendo una conexión nacional.

La privacidad de los procedimientos relativos a la tutela del menor se garant como un derecho humano fundamental. En consecuencia, su *publicidad puede e marse como violatoria a los derechos del pupilo*.[49]

En algunos países se prescriben reglas especiales de DIPr interno respecto a tutela, que se vincula con un orden jurídico específico. Por ejemplo, en Austri y Alemania[51] la conexión para su apertura y cese se fija en relación con el estat to de la persona que se va a proteger. En Perú,[52] tanto la tutela como las demás i tituciones de protección del incapaz se vinculan con la ley del domicilio de és Lo mismo ocurre en Venezuela[53] y en Albania,[54] donde las obligaciones resulta tes al asumir la tutela se conectan con la *ley nacional del curador*. Respecto a jurisprudencia internacional, en México se recuerda el famoso caso Boll, sin q

48 Artículo 32 de la Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Pop de Bulgaria; art. 14 de la Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y la Repúb Popular China, y art. 33 de la Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y República Popular de Polonia.

49 Artículo 14.1 del Pacto Internacional de los Derechos Políticos.

50 Sección 2, part. 27, de la *Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado*.

51 Artículo 24 de la *Ley de Introducción al Código Civil*.

52 Artículo 2071 del *Código Civil*.

53 Artículo 26 de la *Ley de* DIPr.

54 Artículo 11 de la ley del 21 de noviembre de 1964.

se hubiese pronunciado alguna resolución judicial propia de las relaciones internacionales.[55]

En el caso de México, las relaciones entre el pupilo y el que ejerce la tutela se califican como un *acto del estado civil*. Para ello, basta consultar el art. 24 del *CPCDF*: "Las acciones de estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas [a la] *tutela*..."

Como la tutela no implica relación de parentesco entre tutor y pupilo, este hecho nos puede hacer dudar de la calificación de ésta, sobre todo si se piensa en el interés del menor. La citada disposición del *CPCDF*, por otra parte, no deja la menor duda: las cuestiones de tutela se resolverán dentro de las *acciones de estado civil*. En consecuencia, si la tutela se considera un acto de protección al estado civil, la ley que regula a éste será la aplicable. En este sentido, acorde con las leyes de algunas entidades federativas que siguen la conexión personal, las relaciones entre tutor y pupilo se rigen según la ley del domicilio.

En principio, si se trata de la ley domiciliar será aplicable la ley del pupilo, aunque esté en el extranjero, pues en una interpretación amplia del principio del domicilio nosotros la ubicamos en la *residencia habitual del pupilo*, ya que éste no tiene capacidad para adquirir un domicilio y la residencia comparte los elementos más importantes con el domicilio. El Tratado de Derecho Civil de Montevideo, de 1889, del que México no es Estado parte, indica que "el discernimiento de la tutela y curatela se rige por la ley del lugar del domicilio de los incapaces" (art. 19). Sin embargo, la ley del tutor podría ser aplicable por dos razones: porque el juez de la causa considere que dicha ley es más favorable al menor que la de su residencia habitual, y porque el pupilo viva con su tutor, lo cual suele suceder. Es decir, en este caso no puede forzarse al tutor a que concurra a un tribunal diferente, que sería el de la residencia habitual que tuvo el pupilo en el momento de constituirse la tutela, ni que se aplique la ley de esa jurisdicción que en la actualidad ya no tiene una relación con la realidad que viven tutor y pupilo. En fin, será el criterio del juez el que deba prevalecer, tomando en cuenta las razones apuntadas y sobre todo la del *favor filii*.

Un aspecto importante en este tema lo constituyen las calificaciones. En la sucesión testamentaria (según el orden jurídico mexicano) el padre puede designar tutor testamentario de sus hijos (tutela testamentaria). En este caso es necesario saber si esta última institución se califica como un asunto o cuestión de derecho sucesorio o de derecho tutelar. La ley aplicable dependerá de la calificación que se haga.

Si la tutela se califica como una cuestión únicamente tutelar, como debe ser, será aplicable la ley que regula el *estado civil* del pupilo o la del tutor, es decir, la que sea más favorable al pupilo, en opinión del juez. Si la calificación se hace de acuerdo con la ley sustantiva mexicana, la tutela no debe confundirse con el derecho sucesorio.

55 El caso Boll, resuelto en 1958, se refirió a un conflicto de leyes entre los órdenes jurídicos holandés y sueco. El problema partió del ejercicio de la tutela sobre la menor María Isabel Boll, caso que dio lugar a un mayor desarrollo de las leyes de aplicación inmediata. Véase Leonel Pereznieto Castro y Jorge Alberto Silva, "Jurisprudencia internacional", en *Diccionarios jurídicos temáticos. Derecho internacional privado*, Oxford University Press, México, 2002.

Respecto a la capacidad para ser tutor, se fija de acuerdo con la ley del *lugar rige la capacidad* del mismo; a su vez, la capacidad y la edad del pupilo se rigen la ley que regula la capacidad de este último.

En lo que corresponde a las relaciones entre tutor y pupilo, son reguladas po *ley que rige al estado civil* del menor. Conforme a esta ley también se rigen las fac tades del tutor respecto a los bienes propiedad del pupilo, salvo que se trate de acc nes reales. En lo que se refiere a las remuneraciones al tutor por administrar bienes del pupilo, se rigen por la *ley del lugar donde se discernió el cargo de tuto* menos que exista una ley más favorable al menor acorde con el *favor filii*.

La ley aplicable que hemos explicado comprende lo relativo a la forma como organizada la tutela, incluidas las fianzas, obligación de rendir cuentas y medios extinción de la tutela.

Para las personas sujetas a interdicción que se pretenda que inmigren del p podrán hacerlo si van acompañadas por quien ejerce la patria potestad o la tu (art. 78, *LGP*), aunque tal requisito no es necesario si el menor es extranjero y hu se entrado solo en el país (art. 136, Reg. *LGP);* este caso se puede asimilar al del in paz mayor de edad.

Con frecuencia las autoridades de Estados Unidos de América regresan niñ México. Los dejan en la frontera y las autoridades fronterizas mexicanas se encar de buscarle retorno a su lugar de origen. Algunos de esos niños han cometido c ductas delictuosas, pero por su edad no han sido sentenciados sino simpleme regresados. Entre ellos están los que conocemos como *niños de la calle* en las ciu des fronterizas mexicanas. Los consulados mexicanos son informados de ello e extranjero y realizan trámites para su repatriación. Algo similar parece ocurrir e frontera con Guatemala, donde niños guatemaltecos y centroamericanos en gen han sido localizados solos en México. En ocasiones son llevados a albergues o a e ciones de policía. El hecho es que en ninguno de estos casos ha habido preocupac por designarles un tutor, ni en el país donde fue encontrado el menor ni en el de nacionalidad o residencia.

A diferencia de lo que ocurre en otros países (España, por ejemplo), en Mé no se han establecido disposiciones reguladoras de la ley especial aplicable al caso ciertas instituciones de protección a la infancia, entre las que cabría el acogimie familiar, el derecho de visita (parte de esto lo explicaremos más adelante), med provisorias para niños abandonados en el desplazamiento ilícito de menores por u de sus padres o niños perdidos, etcétera.

En casos como éstos, en otros países se suele recurrir a la ley personal del me para encontrar una solución. Su albergue, alimentos, habitación temporal y edu ción son medios que en México esperan una reglamentación. Se trata, como advierte, de problemas que la Convención sobre los Derechos del Niño trata de reso mediante normas uniformes, pero poco o nada es lo que el gobierno mexica ha hecho a este respecto. Ciertamente son problemas marginales, pero involucra seres humanos.

Adopción de menores 9

9.1. Introducción

En el capítulo anterior mencionamos que en las relaciones padre-hijo la filiación puede ser legítima o adoptiva. Puesto que ya nos referimos a la filiación consanguínea, que parte de un vínculo biológico, en este capítulo abordaremos la filiación adoptiva, que supone un vínculo filial artificial, aunque no necesariamente inferior.

9.2. Adopción

Mediante la adopción de una persona (generalmente un menor) se crea una relación entre el adoptante, que acepta a esa persona como si fuera un hijo, y el adoptado, que pasa a considerarse como hijo del adoptante. Aunque hay diversos grados en la adopción (plena o semiplena), el vínculo que se genera es la filiación.

Toda adopción presupone, antes de constituirse, que existe una carencia. Acorde con el momento, puede contemplarse desde dos facetas: como la carencia de un adulto, generalmente por imposibilidad biológica de ser padre o madre, y la carencia de una persona de ser atendida o que se encuentra en desamparo. Por lo común se trata de un menor.

El derecho ha dado respuesta histórica a ambos problemas. Tradicionalmente la adopción se contempló como un medio para satisfacer el deseo de ser padre o madre. Actualmente, de acuerdo con el principio *favor filii*, a pesar de su ambigüedad semántica,[1] el enfoque ha cambiado y se hace énfasis en la adopción como un medio de resolver los problemas de la niñez desatendida. La manera con que el legislador enfoca uno u otro problema determina la diferencia en la legislación y el trato. No

[1] Destaca esta ambigüedad Nuria González Martín, *Adopción internacional; la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas)*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, p. 44.

es lo mismo satisfacer exclusivamente el problema de quien desea un hijo, que r
ver el problema del menor olvidado.

Por lo general, el niño adoptado proviene de padres que lo han abandona
que por diversas razones han decidido darlo en adopción. La decisión de aband
al menor o darlo en adopción se puede deber al simple abandono a causa de la po
za extrema, a su venta o porque la madre no desea conservarlo con ella (estigm
la madre soltera) o por otros motivos. La problemática del menor abandonad
complica en países como México, por la falta de albergues y políticas adecuadas
protegerlo. El abandono también puede originarse por guerras o violencia en
comunidades (donde los padres fallecen), por el maltrato familiar, el alcoholi
etcétera.

Por otro lado, el incremento en las adopciones proviene de países económ
mente más desarrollados donde la natalidad se ha reducido, el aborto se ha permi
la mujer está obligada a trabajar, etcétera.

La institución de la adopción se conoce en forma definida a partir del der
romano, pero en su concepción moderna se ha puesto énfasis en regular de
manera más eficiente la institución a partir de la segunda mitad del siglo XX, de
al incremento de las adopciones y como un medio para hacer frente al tráfico
de menores. En el lenguaje del derecho convencional internacional, se habla ho
día de *Estado de origen* y *Estado de destino* del menor.

Los problemas en torno al menor y su adopción es compleja en la medida en
concurren factores de orden sociológico, psicológico y de tráfico. Como se sabe
agencias que promueven las adopciones internacionales y que, incluso, uti
medios como internet para darse a conocer.[2]

Como mencionamos, en la regulación jurídica existen dos tipos de adopció
adopción simple o semiplena (la más antigua) y la adopción plena (la contemp
nea). En la adopción simple o semiplena el vínculo filial sólo se establece entre a
tante y adoptado, por lo que no se extiende a la familia del primero; las relacione
adoptado con su familia de origen continúan, aunque de forma débil, y la rela
entre adoptante y adoptado puede ser revocada. En cambio, en la adopción ple
relación filial establecida entre adoptante y adoptado se equipara al vínculo bio
co, ya que el adoptado se incorpora a la familia de los adoptantes como si fuer
hijo consanguíneo. Esto es, la relación filial biológica y la adoptiva en este pun
igualan.[3]

En la adopción plena, las relaciones entre el adoptado y su familia biológica
minan. En este tipo de adopción, a diferencia de la simple y debido a su equipara

2 Las agencias suelen compartir sus bases de datos sobre menores que pueden ser adoptados e
yen fotografías e información médica y racial. Las agencias examinan a los posibles padres ado
e identifican al mejor candidato, Vid. http/www.openadoption.org/, http/www.adoptionlinks.
enero de 2006.

3 Aquí enfatizamos: en cuanto al trato y efectos legales la filiación adoptiva y la biológica son
ticas, no similares.

con la filiación biológica, sus efectos son iguales: no es revocable y normalmente implica conservar el secreto sobre la familia biológica, como ocurre en México. Aunque en este caso la relación del hijo con su familia biológica desaparece, por razones de seguridad se deja una información mínima que permita, en caso necesario, identificar dicha relación, para evitar el matrimonio entre hermanos o entre padres e hijos biológicos. Por ello los países con un sistema de adopción plena deben conservar en sus registros ese tipo de datos, que pueden ser requeridos por la autoridad judicial.[4]

A la adopción plena también se le conoce como *adopción privilegiada, arrogación de hijos, legitimación adoptiva* o *adopción legitimada*.[5]

Los códigos de 1870 y de 1884 no acogieron la institución de la adopción de menores. Tal parece que el pensamiento decimonónico se negó a aceptar una figura de esta naturaleza, como se negó el reconocimiento de los hijos habidos fuera del matrimonio. El *Código* de 1928 la instauró, pero de manera limitada, ya que solamente aceptó la adopción semiplena. El mismo *Código*, de acuerdo con una reforma posterior (1998) y por influencia de las convenciones internacionales suscritas por México, incorporó a la adopción plena y de ahí en adelante los demás códigos de las entidades federativas la han incluido en sus disposiciones.[6] Se puede decir que gracias a la influencia internacional, la institución de la adopción en México ha dado un salto cualitativo en favor del menor adoptado.

Ricardo Abarca Landero propuso en 1988 un proyecto de Ley Federal de Adopción Internacional,[7] que no se admitió por problemas de constitucionalidad, ya que se trata de una institución que es del ámbito local de las entidades federativas.

En 1992 Alejandro Vázquez Pando y Leonel Pereznieto Castro elaboraron un anteproyecto de ley para modificar el capítulo relativo a la adopción establecido en el CCDF. El proyecto contenía los principios consagrados en las convenciones internacionales en la materia ratificados por México, con énfasis en la adopción plena y en la adopción internacional y abriendo además la posibilidad de la adopción por parejas homosexuales. Este anteproyecto fue revisado por Jesús Chávez Asencio y finalmente presentado por la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores al Congreso como iniciativa del Poder Ejecutivo. El proyecto fue discutido y

4 Leonel Pereznieto Castro, "Algunos aspectos del derecho familiar en México y otros países de Latinoamérica", en Alfonso-Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2003, pp. 11 y siguientes.

5 Sara Montero Duhalt, "Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción", en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1989, p. 174.

6 Ingrid Brena Sesma, "El interés del menor en las adopciones internacionales", en *Estudios sobre adopción internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, p. 81. Jorge Mario Magallón, "La adopción internacional en la legislación mexicana", *idem*, p. 54.

7 Ricardo Abarca Landero, "La Ley Federal de Adopción Internacional", en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, *op. cit.*, pp. 183 y siguientes.

sensiblemente modificado por tres diferentes legislaturas, la última de las cuales aprobó en 1988, con evidentes errores porque los legisladores no entendieron planteamiento técnico de la propuesta y tampoco supieron cuál era el sentido arm nico de un derecho uniforme moderno en la materia.[8]

Para la resolución de problemas conflictuales no existe en México una nor especial interna de derecho internacional privado que fije la conexión corresp diente, como ocurre en otros países. Por ejemplo, en Albania[9] o Alemania[10] con tan la adopción y su extinción con la ley personal del adoptado, pero en Albania puntualiza que si los cónyuges adoptantes son de diversa nacionalidad se aplica las leyes personales de ambos cónyuges, lo cual, lejos de resolver el problema, lo co plica. Aunque no existe en México una regla especial interna sobre el particular, h reglas generales, como veremos en seguida.

9.3. Calificación de la adopción

Aunque parecería innecesario afirmar que la adopción se califica como una cuest o asunto del estado civil, especialmente de familia, es conveniente reafirmar este c cepto debido a que antiguamente se sostuvo que la adopción debía encuadrarse co una cuestión patrimonial cuyo objeto era designar a una persona para que admi trara el patrimonio del adoptado. Incluso, en el derecho romano la adopción se pl teó para fines diversos de como hoy se le concibe, entre otros, para preserva apellido de la familia y como medio para continuar con la administración del pat monio de los adoptantes. Esta calificación patrimonialista no es la acogida actu mente en ningún país.[11]

Al lado de esta calificación patrimonialista cabría agregar la calificación contr tual, seguida por Marcel Planiol, George Ripert y Josserand. Según estos autores fr ceses, la adopción "es un contrato solemne, sometido a la aprobación judicial, que c entre dos personas relaciones análogas a las que resultarían de la filiación legítima".

Desde luego que la calificación contractualista quedaría descartada en nues época, ya que no se trata de una relación contractual, ni siquiera de un contrato *generis*.

La adopción, sea plena o semiplena, genera una relación filial que encaja en derecho de familia, no en el de los negocios. A nadie escapa que el que adquie

8 Un desarrollo amplio del tema puede verse en Jorge Alberto Silva, "El impacto de los conven internacionales sobre la legislación interna mexicana relativa a la adopción internacional de me res", *op. cit.*

9 Artículo 10 de la ley del 21 de noviembre de 1964.

10 Artículo 22 de la *Ley de Introducción al Código Civil.*

11 Nuria González Martín, *op. cit.*, p. 7.

12 Marcel Planiol y George Ripert, *Derecho Civil* (trad. Leonel Pereznieto), Oxford University P col. Clásicos del Derecho, México, 1999, p. 240.

el adoptado es un estado civil nuevo, un estado del que antes carecía. De un hijo biológico y tal vez abandonado pasa a ser un hijo adoptado. Hijo, al final de cuentas.

Al adoptado no puede estimársele como sujeto parte en un contrato, ya que no pacta su sometimiento ni lo negocia; tampoco es objeto del contrato, pues no es una cosa, sino un ser humano. Como veremos, el estado de familia, el estado de hijo, es un estado civil donde el beneficio es y debe ser para el adoptado.[13]

Si en la calificación de la adopción se pone el énfasis en el interés del adoptante y además se le califica como un contrato, se corre el riesgo de que quien decide adoptar pueda escoger el foro que más le convenga (*forum shopping*) y, por tanto, el interés del menor queda relegado a un segundo plano, posición que hoy en día es inaceptable ya que se estaría abriendo la posibilidad de que la conexión quede a la libre decisión de quien ha decidido adoptar y así manipulará los puntos de contacto en su propio beneficio.

Por el contrario, si aceptamos que en la adopción se procura satisfacer los intereses del menor, éstos se satisfarán desde que ese menor entre en un hogar, del que ha carecido, con todas las consecuencias propias e inherentes al mismo (cuidado, protección y amor).

En el derecho romano la adopción significó la posibilidad de tener un hijo o descendencia por disposición legal, que con frecuencia se llevaba a cabo con propósitos políticos, religiosos o simplemente para establecer parentescos que más tarde serían utilizados para ascender en la escala social, sin descartar la posibilidad de que el adoptante verdaderamente buscaba en quien prolongar su estirpe.[14] En el *Código Civil* francés mediante la adopción se previó satisfacer la paternidad frustrada, de ahí que se estableciera que para poder adoptar se debía carecer de hijos. En aquellos casos en que una vez realizada la adopción posteriormente nacían hijos biológicos, el adoptado sólo podía heredar una fracción pequeña de los bienes del adoptante, pues de lo contrario se dejaría "desamparados" a los "legítimos". Se diferenciaba así a la familia biológica de la adoptiva, que se valoraba como una familia con menor categoría. Este pensamiento decimonónico ya no es aceptable en nuestra época. Sin embargo, el CCDF, hasta 1970, conservó una reminiscencia del pasado, ya que también exigía al adoptante carecer de descendencia como condición para adoptar.[15]

Hoy en día la sociología, la antropología, así como la psicología, han contribuido a cambiar viejas pautas y mitos acerca de la adopción de un menor, circunstancia que el derecho ha acogido. El adoptado que entra en una familia ingresa como *parte de la misma* y sus relaciones familiares se transforman, cambiando su estado civil.

13 Hasta antes de las reformas mexicanas, la adopción le pareció a Jorge Mario Magallón un contrato. "La adopción internacional en la legislación mexicana", en *Estudios sobre adopción internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001, p. 59.

14 Nuria González Martín, *ibidem*, p. 7.

15 Jesús Saldaña Pérez, "El régimen jurídico de la adopción en el *Código Civil para el Distrito Federal*", en *Estudios sobre adopción internacional, op. cit.*, p. 12. Aunque ya no prescribe esa condición, otros códigos son enfáticos: no importa si tiene hijos o le sobrevienen hijos al adoptante (por ejemplo, art. 387, CC de Tabasco).

Por ello, la adopción, tal como la entendemos, es un acto jurídico mediante el cual s establece un vínculo de parentesco, principalmente entre adoptante y adoptado, co virtiendo al segundo en hijo del primero.

Este hecho se refleja en el DIPr contemporáneo al establecerse una conexión favo rable al menor durante todo el proceso de la adopción. A reserva de lo que adelant explicaremos sobre la competencia, ésta se define a partir de la residencia del meno porque es el juez de ese lugar el que mejor puede llegar a conocer las circunstancia en que el menor se encuentra; normalmente se trata del lugar donde fue abandona do o donde será dado en adopción. Sin embargo, a partir de que la adopción se co suma la competencia cambia coincidentemente con la misma del adoptante, que donde el menor ingresa en su nueva familia y adquiere una nueva residencia habi tual. No se consideró, en este caso, la residencia original del menor, pues sería demasiado oneroso recurrir a la jurisdicción de esa antigua residencia cada vez qu se deba solicitar al juez alguna acción en relación con los hijos, por ejemplo, la guar da y custodia. También se distorsionaría la competencia si el hijo adoptivo tuvier que estar sometido a una jurisdicción distinta del resto de sus hermanos.

9.4. Competencia para conocer y constituir la adopción

La constitución de la relación adoptiva requiere la intervención, el conocimiento y l autorización de alguna autoridad, normalmente de una autoridad judicial. La tras cendencia de un acto de esta naturaleza, que afecta profundamente a la familia y a l sociedad en prácticamente todos los sistemas jurídicos de Occidente, se consider una cuestión de orden público, por lo que sale del ámbito de la libre autonomía d los particulares, no obstante que por lo general en los países con un sistema jurídic derivado de la familia romano-germánica el asunto es competencia de las autori dades judiciales. Así, por ejemplo, hay excepciones: en Brasil y otros países le compe te a la autoridad administrativa, de la que, en algunos lugares, dependen agencia especializadas. En México priva el sistema *judializante* (algunos procesalistas utili zan esta palabra para significar que se trata de asuntos que necesariamente son lle vados al poder judicial), aunque para ciertos efectos especiales se hace intervenir a algunos organismos administrativos orientados a la protección de la familia, com en el caso del DIF.[16]

La exigencia de una especialidad por parte de las autoridades no es una realidad en todas las entidades federativas mexicanas. La adopción compete en diversos lugare

16 El Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) hunde sus raíces hacia 1929 en el programa "La gota de leche". Fue en la década de 1960 cuando aparece el Instituto Nacional d Protección a la Infancia (INPI), luego el Instituto Mexicano de Asistencia a la Niñez (IMAN), que en 1977 se fusionaron para dar origen al DIF. En gran medida se origina como un sistema caritativo a cuya cabeza se colocó a quien era la cónyuge del presidente de la República, así como a la del gober nador de cada entidad federativa. A partir del año 2000 lo manejan otros titulares.

a jueces de lo familiar, algunos de los cuales conocen de asuntos familiares y suce sorios, y otros sólo de asuntos meramente familiares. En algunas entidades federati vas el conocimiento queda en manos de jueces civiles, que son competentes para conocer de asuntos civiles, mercantiles, familiares, de arrendamiento, etc. Y en otros municipios se les deja a los llamados *jueces mixtos*, que además de lo que conocen los jueces civiles también conocen de asuntos penales. Como se ve, la especialidad que se requiere en estos casos es relativa.

En algunas entidades federativas se han otorgado al DIF algunas funciones de ase soramiento, consejo e, incluso, de autorización. No siempre en estos casos se cuenta con el personal capacitado para cumplir con esas funciones muy delicadas. En otras entidades se continúa con un recelo judializante que prácticamente impide actuar a esa agencia.

Aun cuando se han introducido reformas importantes a las leyes de algunas enti dades federativas en torno de la adopción, las reformas no han llegado a temas rela cionados con la atribución de competencia a sus órganos correspondientes. Así, la legislación por lo general continúa prescribiendo que es juez competente el del domicilio del que promueve, que normalmente es el adoptante, y la balanza se incli na a favor de éste y no se abre la posibilidad de que el juez pueda ser otro que quizá significara mayores ventajas para el menor, como sería el caso del juez de la residen cia de éste. El criterio del domicilio del que promueve tiene además otra falla. En la práctica los adoptantes suelen ser extranjeros que vienen al país a adoptar menores a través de jueces mexicanos y según este criterio se les obligaría a adquirir residen cia en México, cosa que, de hecho, no sucede. En estas condiciones, el extranjero podrá escoger la jurisdicción que más le conviene (*forum shopping*) que no necesa riamente coincide con el mejor interés del menor.[17]

Tal es el caso del art. 156, fracc. VIII, del *CPCDF*, según el cual es tribunal compe tente, "en los actos de jurisdicción voluntaria, el del domicilio del que promueve...".[18]

En un sistema moderno y especializado como el prescrito por la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, de la que México es Estado parte (*DO*, 21 de agosto de 1992), se adoptan reglas de compe tencia para diversos supuestos:

a) Para el *otorgamiento de la adopción*, la autoridad competente es la del lugar de la residencia habitual del adoptado (art. 15).

b) Para *decidir sobre anulación o revocación de la adopción*, son competentes los jue ces del Estado de la residencia habitual del adoptado en el momento del otorgamien to de la adopción (art. 16).

17 En consecuencia, las disposiciones establecidas en la legislación interna mexicana resultan, en la Práctica, inconvenientes en estos casos.

18 Vale la pena aclarar que procesalmente en México la adopción se califica como un acto de jurisdic ción voluntaria y no como un acto contencioso.

c) Para *decidir sobre la conversión de la adopción simple en adopción plena* o legitim
ción adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elecci
del actor, son competentes las autoridades del Estado de la residencia habitual
adoptado en el momento de la adopción, o las del Estado donde tenga domici
el adoptante (o adoptantes), o las del Estado donde tenga domicilio el adopt
cuando tenga domicilio propio, en el momento de pedirse la conversión (art. 16).

d) Para *decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante*
adoptantes) y la familia de éste (o de éstos) son competentes los jueces del Estado
domicilio del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya un p
pio domicilio. A partir del momento en que el adoptado tenga domicilio propio s
competente, a elección del actor, el juez del domicilio del adoptado o del adopta
(o adoptantes) (art. 17).

Desafortunadamente, la cobertura de la Convención Interamericana resulta dem
siado estrecha. Ninguno de los países identificados como de destino, incluidos Estad
Unidos de América y los países europeos, son Estados ratificantes, lo que en tér
nos prácticos resta méritos y alcances a lo establecido por esta Convención inter
cional.

Por su parte, la Convención de La Haya sobre Protección de Menores y
Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de la que México es Esta
parte (*DO*, 24 de octubre de 1994), otorga competencia, para específicos casos
auxilio, a las *autoridades centrales del Estado de origen y del receptor*. Por cierto,
México la autoridad central se ha depositado en el Sistema para el Desarrollo Integ
de la Familia (DIF) de cada una de las entidades federativas.

La cobertura de la Convención de La Haya, a diferencia de la Interamerican
resulta más amplia, pues no sólo incluye países de origen, sino varios Estados ide
tificados como de destino, lo que da mayor eficiencia a lo establecido por la Convenci
internacional de referencia.

La Convención de La Haya atribuye a las autoridades centrales, entre otras fu
ciones, las de facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción y prevé
posibilidad de que cada Estado acredite organismos que podrán participar en
adopciones, siempre que éstos no tengan fines lucrativos, estén dirigidos por pers
nas cualificadas en su integridad moral y sometidos a la autoridad del Estado.

Como se advierte, mientras que en la ley interna la competencia se asigna a la aut
ridad del *domicilio del adoptante*, en el derecho convencional se le otorga al del *dom
cilio o residencia habitual del menor que va a ser adoptado;* por tanto, en estos casos
ley interna resulta desplazada, lo cual es provechoso para los intereses del menor.

La razón para atribuirle competencia al juez del domicilio del menor que va a s
adoptado se vincula a un aspecto práctico: entre otras razones, el juez del domici
del menor es la autoridad más cercana a él; es el juez que tiene el poder más dire
y de hecho sobre el menor. No sería fácil aceptar que un juez extranjero tuviera
poder sobre un menor que se encuentra en México, como tampoco que un ju

mexicano pudiera disponer del futuro y del estado civil de un menor residente en el extranjero. La autoridad del lugar donde vive el menor, conviene insistir, conoce las costumbres de su comunidad, su cultura y aspiraciones. Es la autoridad de ese lugar la que puede elegir lo que más conviene a los intereses de un menor.

Al igual que en otros actos del estado civil, cabe diferenciar, para su estudio, el acto constitutivo de la adopción de las relaciones adoptivas, esto es, del estado civil del adoptado. En México no se establece una ley única para tratar ambos supuestos, como ocurre en España. A ambos temas nos referiremos en los próximos apartados, pero antes es necesario comenzar con la capacidad.

9.5. Capacidad para constituir la adopción

Para constituir la adopción, con relación a la capacidad cabe diferenciar las reglas de conflicto de las sustanciales. En las primeras se indica cuál es la ley aplicable que prescribe quién es capaz; en las segundas se dan las respuestas directas que indican quién posee capacidad.[19]

En las reglas conflictuales establecidas en el orden jurídico mexicano interno no existe una norma especial sobre el particular, por lo que es necesario recurrir a las normas conflictuales generales. Cada entidad federativa tiene sus reglas propias sobre el derecho aplicable, las que se sustentan en dos conexiones: la del domicilio o la del foro del juez.

Algunas leyes de las entidades federativas suelen dividir la remisión de la ley aplicable con base en la nacionalidad de las personas: si en el problema se encuentra inmiscuido algún extranjero, el legislador local prefiere no regular la situación y remite a la ley federal para su respuesta. En este caso, el *CCFed* acoge la ley del domicilio. Así, en lo general la capacidad de las personas se vincula a la ley del domicilio o la ley del juez (*lex fori*).[20]

Entre las normas de las entidades federativas destaca una que establece una norma especial reguladora de la capacidad para adoptar, la que está vinculada a la ley del domicilio. En el *Código Civil* de Baja California Sur (art. 447, *CC*, y art. 912, *CPC*) se prescribe que la capacidad se rige conforme a la ley del domicilio del presunto adoptante.[21]

19 En las reglas sustantivas cabe el caso de una menor de edad que dio en adopción a su hijo sin contar con la anuencia de sus padres, que ejercían la patria potestad. En este caso el tribunal de amparo le negó capacidad a la madre para consentir en la adopción. *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, Segunda Parte-1, enero a junio de 1988, p. 59, AD 126/88, Juan Gudiño Alcaraz y coagraviada, 14 de abril de 1988, unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Torres Medina de González. Secretaria: María Luisa Martínez Delgadillo.

20 Véase *supra* capítulo 4.

21 Artículo 447, *Código Civil* de Baja California Sur: "El extranjero o pareja de extranjeros que pretenda adoptar a un menor en el Estado de Baja California Sur, debe exhibir al Juez correspondiente,

En el caso de las reglas sustantivas, el orden jurídico mexicano es variable; la capacidad del adoptante se alcanza a los 25 años de edad, aunque en otros códigos a los 40.[22]

9.6. Constitución de la adopción

Dependiendo del orden jurídico aplicable la constitución de la adopción puede manifestar algunas modalidades:

a) Los padres biológicos, en especial los que entregan al niño, eligen a los padres adoptivos. La relación se da entre estas dos partes.

b) El Estado es el que elige a los padres adoptivos. En este caso, los padres biológicos entregan el hijo al Estado o éste es el que se los retira, y luego el Estado se encarga de buscar a la persona que adoptará. El Estado es en este caso el que elige a la persona que adoptará al menor, independientemente de que sancione el acto.

Un caso frecuente en México es que el menor sea entregado a un hospicio privado o alguien que se encargue de él mientras se hace la adopción y finalmente el juez decide.

En México se sigue (en lo general) la primera modalidad (la del inciso *a*). La semejanza con el contrato es destacada,[23] pero esto no implica la calificación contractual, a pesar de que en algunas prácticas ilegales la madre adoptiva y los adoptantes contraten la adopción mediante alguna paga.[24]

En Argentina, por ejemplo, la persona que desea adoptar a un menor acude a una agencia especial de adopciones, que es una oficina gubernamental. A ésta previamente llegó el niño, que fue recibido a través de una institución del Estado donde lo entregaron los padres biológicos o simplemente fue abandonado ahí sin que haya habido una entrega formal. Esto significa que los padres biológicos y los adoptivos no se conocen, ni los biológicos saben el nombre de quienes finalmente adoptaron al menor. Es decir, no se produce una relación directa o personal entre los padres

además de la autorización de la Secretaría de Gobernación, un certificado debidamente legalizado y traducido, si está escrito en otro idioma, expedido por una institución oficial de su país de origen, relacionada con la protección de menores, en el que conste que el solicitante tiene capacidad jurídica para adoptar, según las leyes de ese país, así como su aptitud física, moral, psicológica y económica."

Artículo 912, *Código de Procedimientos Civiles* de Baja California Sur: "El juez debe solicitar al país de origen del adoptante, de la institución que certifique su capacidad jurídica para adoptar dentro del término señalado en el artículo 448 del Código Civil."

22 El CC napoleónico original establecía 50 años. Nuria González Martín, *ibidem*, p. 10.

23 Pues, de hecho, suele haber convenios ocultos entre la madre biológica y los padres adoptivos.

24 Fuera del terreno de la legalidad surgen algunos grupos religiosos que se encargan de localizar madres que no desean al hijo, de "facilitar" las adopciones, recibiendo al menor y luego entregándolo al adoptante. Algunos guardan hasta archivos discretos de sus acciones.

biológicos y los adoptivos, con lo que se establece una variable que garantiza el secreto de la adopción. En ocasiones este fenómeno se presenta en México, aunque parece dominar el caso en que la madre biológica es la misma que se presenta ante el juez a otorgar su autorización, lugar donde están los futuros padres adoptivos y donde se suele entregar al menor.

Las leyes de las entidades federativas mexicanas, a partir de 1998 y bajo la influencia de las convenciones internacionales ratificadas por México, comenzaron a introducir la adopción plena, aunque varias continuaron preservando la semiplena. No obstante, el legislador de cada entidad federativa ha introducido dos modalidades en la adopción que no concuerdan con los compromisos internacionales:

a) La *adopción internacional* se constituye en cada entidad federativa, pero en ella se requieren dos elementos acumulativos de conexión con el extranjero: la nacionalidad del adoptante, que debe ser extranjera, y la residencia de ese adoptante, que debe situarse en el extranjero. Esta adopción está condicionada a que el menor por adoptar "no pueda encontrar una familia en su propio país de origen". El uso del lenguaje, como puede observarse, es ambiguo, ya que el futuro adoptante trata de encontrar a un menor a quien adoptar y no a "una familia", además de que, como adelante explicamos, la calificación de internacional ha sido distorsionada.

b) La *adopción realizada por extranjeros*, que se constituye en una entidad federativa, pero por extranjeros con residencia en territorio mexicano.

Como se advierte, en ambas modalidades la nacionalidad del adoptante es extranjera, pero en la primera el que desea adoptar reside en el extranjero, mientras que en la segunda, en algún lugar del territorio mexicano.[25] Es importante mencionar que en el caso de las convenciones internacionales antes citadas, el elemento de la nacionalidad de los adoptantes no existe y se limitan a prescribir solamente la conexión de la residencia en el extranjero.

Acorde con lo anterior, para los legisladores mexicanos la adopción puede ser internacional o interna. Aunque en principio podría caber una distinción de este tipo, el concepto con el que se caracterizó cada modalidad resulta bastante distorsionado. En la internacional (en el sentido adoptado por los convenios internacionales) nuestros legisladores encuadraron lo que llamaron *adopción internacional*, mientras que en la interna dejaron lo que denominaron *adopción realizada por extranjeros*. Como se advierte, la terminología y su definición, sin duda alguna, son desconcertantes.

La doctrina ya ha puesto al descubierto la contradicción en el significado de la expresión *adopción internacional* (empleada en el derecho convencional) y el significado elegido por el legislador interno. Por un lado, porque en la adopción internacional

25 En esta hipótesis se encuentran varias entidades que preservan la adopción semiplena.

(según el Convenio de La Haya) la nacionalidad del presunto adoptante no un punto de conexión, sino la residencia de adoptante y adoptado, mientras que *Código* mexicano ha estimado que el adoptado debe ser mexicano, lo que no encdra en el concepto establecido en el derecho convencional. Aúnase el hecho de el legislador interno mexicano coloca al adoptado en México y sobre esa pdesarrolla la normatividad, olvidando que el adoptado también puede estar eextranjero y los presuntos adoptantes en México, según el derecho convencinternacional.[26]

El error de percepción de los legisladores mexicanos parte de atribuir unnificado equivocado a lo que ha sido acogido como *adopción internacional* enconvenios internacionales. Mientras en éstos esa institución se configura cuandoniño (del que no importa cuál es su nacionalidad) es desplazado a otro país (sin imtar la nacionalidad de los adoptantes), en el caso del legislador interno mexicanredujo sensiblemente el significado del derecho convencional, pues sólo se atendcaso en que el niño es adoptado por una persona de nacionalidad extranjera lsalir del país. En este caso, el legislador interno (el de varias entidades federatolvidó la hipótesis en que un mexicano radicado en el extranjero puede adoptarniño radicado en México. Según el legislador interno, esta hipótesis no es una ación internacional, lo que pugna con lo prescrito en los diversos convenios deMéxico es Estado parte.

Por otro lado, para varios legisladores internos mexicanos (de diversas endes federativas) la adopción internacional deberá constituirse como plena cuel niño sea llevado al extranjero por parte de padres extranjeros, mientras que tará que sea semiplena cuando los extranjeros adoptantes residan en México (en las entidades en que aún subsiste la semiplena). En cualquier caso el legisinterno prescribe una regla de trato diferencial entre extranjeros y mexicexpresada así: se preferirá como adoptantes a los mexicanos. Regla de trato pugna con la garantía de igualdad entre mexicanos y extranjeros que prescriart. 1o. constitucional. Para los códigos mexicanos que no aceptan la adopsimple o semiplena (como el *CCDF*, a partir del año 2000) la adopción siempreplena.

La preferencia de mexicanos sobre extranjeros que prescribe la ley internadiferente de la que establece la Convención de La Haya. En ésta, la preferencia adoptar se vincula al lugar donde reside el menor (debe preferirse que los adoptes sean de ese lugar), no a la nacionalidad del adoptante.

Para la constitución de cualquiera de ambos tipos de adopción (plena o semna) las leyes de cada país exigen diversos requisitos y condiciones, por lo que renecesario que éstos sean identificados. Pueden referirse a la edad exigida al adopte y al adoptado; a la diferencia de edades entre uno y otro; a la condición de atante unitario soltero o en pareja; al número de adoptados permisibles, así com

26 Jorge Alberto Silva, "El impacto de los convenios internacionales sobre la legislación interna cana relativa a la adopción internacional de menores", *op. cit.*

posibilidad de que existan o no hijos consanguíneos por parte del adoptante;[27] a la idoneidad del adoptante por factores como su posición económica; a la exigencia de tener que registrar la adopción; a la posibilidad de adopción por parte de parejas homosexuales, a la adopción *posmortem*,[28] etc. La diversidad de estos requisitos o condiciones en cada país puede dar lugar a conflictos. En estos casos, la problemática debe resolverse en México conforme a la ley que regula las relaciones adoptivas, normalmente la de la residencia habitual del menor.

Existen o existieron leyes sustantivas que atendiendo a los votos religiosos del adoptante, como en el caso de los sacerdotes católicos, impedían adoptar (España, Chile, Austria),[29] circunstancia que no se prohíbe en México, y legislaciones permisivas como las escandinavas o la inglesa que posibilitan la adopción a parejas homosexuales, lo que jurídicamente no puede hacerse en México. Sin embargo, un miembro de la pareja puede adoptar y ya en su nueva residencia, si la ley se lo permite puede modificar la adopción para que se reconozca como de unión homosexual.

Cuando se trata de las condiciones de la adopción y cese de la filiación adoptiva se establece en varios países la conexión, tomando para ello en consideración el estatuto personal de cada padre adoptivo —como ocurre en Austria[30] o en Grecia— que fija la ley nacional de cada padre. Una conexión de este tipo puede presentar problemas de oposición entre las leyes aplicables.

Ninguna de estas hipótesis se acoge en el derecho interno mexicano, como adelante comprobaremos. De cualquier manera, es necesario tomar en cuenta que algunos requisitos caben en la capacidad y otros en el fondo de la adopción (las relaciones propiamente adoptivas). La edad para adoptar, por ejemplo, es requisito de capacidad, mientras que la diferencia de edades es un tema que se califica en el fondo de la adopción.

Derecho convencional internacional

En el ámbito convencional internacional existen tres cuerpos normativos que fijan la ley aplicable, tanto a la constitución como a otros efectos de la adopción que ya hemos mencionado. Se trata de los convenios ratificados por México que explicaremos en seguida:

27 Recuérdese el caso de Ponnoncannamalle, descrito en Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, 8a. ed., Oxford University Press, México, 2003, pp. 199 y siguientes.

28 La adopción *posmortem* no se encuentra acogida en la ley mexicana. En España (art. 176.3, *CC*) se regula. Supone que una persona fallecida consintió en adoptar a un menor, pero entre el momento en que consintió y el fallo judicial, falleció. A los efectos sucesorios es importante, ya que la resolución se retrotrae a la fecha del consentimiento.

29 Manuel F. Chávez Asencio, *La familia en el derecho. Relaciones jurídicas paterno-filiales*, *op.cit.*, 1987, p. 233.

30 Sección 2, part. 26 de la *Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado*.

a) La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.
b) La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adop
Internacional de Menores.
c) La Convención de La Haya sobre Protección de Menores y la Cooperació
Materia de Adopción Internacional.

La Convención de las Naciones Unidas ha sido aceptada por varios países, mien
que la Convención Interamericana en Materia de Adopción tiene una cober
demasiado estrecha, pues sólo tres países la han ratificado (México, Colomb
Ecuador) y de éstos ninguno es un país que, de hecho, sea uno de destino de
menores adoptados. Por lo que hace a la Convención de La Haya, los países mi
bros son 30 Estados y entre ellos destacan los principales países de destino, co
Estados Unidos de América, Francia, España y Alemania. Vamos a referirnos a c
uno de los convenios que hemos enumerado.

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

En esta convención internacional se establecen ciertas reglas uniformes referidas
adopción. Entre ellas cabe destacar las condiciones exigidas para adoptar y las re
genéricas y específicas exigibles para la adopción internacional.

Entre las reglas generales se encuentran las siguientes:

a) Interés del menor, se establece el "interés superior del niño" como condi
primordial.

b) Adopción ajustada a derecho, esto es, tramitada ante autoridades compet
tes y con asesoramiento adecuado de los protagonistas. Cada Estado debe velar
la aplicación de las leyes sustantivas y procesales que existan. Además, se precisa
adecuada información respecto al niño, los padres y demás personas, e incluso c
siderar, en los casos procedentes, los consentimientos requeridos.

En cuanto a las reglas específicas exigibles a la adopción internacional:

a) Sólo puede efectuarse ante la imposibilidad de brindar una adecuada protec
al niño en la sociedad local a la que pertenece. Debe considerarse la circunstancia
que el niño pueda continuar en un *medio que le evite la transculturación*. Si no es po
ble, ha de procurarse su adecuada inserción en el ámbito cultural del país de destin

b) Cuidar que el niño que ha de ser adoptado para emigrar a otro país goce
salvaguardas equivalentes a las que existen respecto a la adopción en su país de
gen. Para ello, entre la autoridad central del Estado de origen y la autoridad cen
del Estado de destino deberá existir comunicación acerca del menor y de la sa
guarda de su interés superior. Incluso, es factible que si en el Estado de acogida no
cumplen los fines de adopción, podrá retirarse la custodia a las personas que "desea
adoptarlo y arreglar una colocación provisional".

c) La adopción no debe dar lugar a "beneficios indebidos para quienes partici-
pen en ella". Deben evitarse situaciones que encubran la trata de menores.

d) Los objetivos enunciados deben promoverse mediante la concreción de con-
venios bilaterales o multilaterales y ha de procurarse, dentro de dicho marco, que la
colocación de niños en otro país se efectúe por intermedio de las autoridades y orga-
nismos competentes.

A pesar de la generalidad con la que este tratado aborda la adopción, sus disposicio-
nes son de gran importancia no sólo por la aceptación de que goza en gran cantidad
de países, sino porque inspiró otros que desarrollaron el trato a la adopción interna-
cional en cuanto a los requisitos mínimos que deben observarse.

Los dos tratados que en seguida examinamos se derivan ideológicamente de la
Convención de la ONU. Incluso, las delegaciones nacionales que las negociaron así lo
reconocieron.

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción Internacional de Menores

En esta Convención internacional, prácticamente apoyada en la anterior, se hace
referencia a diversos supuestos de tráfico jurídico internacional y se prescriben las
conexiones para elegir la ley aplicable. Así, encontramos las siguientes:

a) Para determinar la capacidad para ser adoptante, se fija la *ley de residencia del adoptante.*
b) Para el consentimiento del cónyuge del adoptante, la conexión se establece con la *ley de residencia del adoptante.*
c) Para la anulación de la adopción, se recurre a la *ley del lugar de su otorgamiento.*
d) Para los requisitos de estado civil y edad del adoptante, se fija la *ley de residencia del adoptante.*
e) Para la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, la *ley de residencia habitual del menor.*

Debemos tener presente que en el momento de negociarse este tratado se estableció,
por iniciativa de la delegación mexicana,[31] una cláusula de salvaguarda en favor
del adoptado, ya que si existiesen requisitos "manifiestamente inferiores" en la ley del
adoptante se aplicará, a juicio del juez, la ley del adoptado.

Como puede advertirse, se trata de normas de conflicto que establecen la conexión
con el orden jurídico de un Estado. Se observan en este nivel convencional internacio-
nal algunas normas uniformes sustantivas, como es el caso de la organización de los
servicios de asistencia al menor, incluidas algunas sobre el registro, que adoptan la
secrecía que debe conservarse. En todo caso estas normas uniformes son restringidas.

[31] En lo personal derivó de una propuesta de José Luis Siqueiros.

Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional

Esta convención signada en La Haya puede considerarse también derivada de Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. El ámbito regula en la Convención es más amplio que el establecido en la Interamericana, e incluso concentra más en normas uniformes tendientes a regular las adopciones internacionales, pues procura asegurar el reconocimiento de las adopciones extranjeras.

Esta Convención tiene por objeto principal la regulación de las relaciones cooperación para la constitución y el reconocimiento de la adopción.

La Convención se aplica en los casos en que un niño que tiene residencia habitual en un Estado ha sido, es o va a ser desplazado a otro Estado. La Convención supone que el niño ya fue adoptado en el Estado de origen o que se desplazará a otro Estado (el de recepción) donde se realizará la adopción. Respecto de ambas hipótesis, México, mediante declaración interpretativa, expresó una reserva en el sentido de que sólo podrán ser trasladados fuera del país los menores que ya fueron adoptados.[32] Ello significa que México no acepta la *adopción a prueba o realizada en extranjero*.[33] La Convención sólo se refiere a las adopciones que establecen un vínculo de filiación plena.

En este instrumento internacional se especifican algunas condiciones para constituir la adopción, entre las cuales se hallan las siguientes:

a) Que el niño es adoptable.

b) Que la adopción responderá al interés superior del niño.[34]

c) Que la persona o institución que consienta en la adopción ha sido asesorada, que su consentimiento se ha expresado libremente, no ha habido pago de por medio y que el consentimiento de la madre biológica fue posterior al nacimiento del niño.

d) Que, en su caso, el menor (dependiendo de su edad y madurez) fue asesorado e informado de las consecuencias; que se han tomado en consideración sus deseos y opiniones; que ha otorgado su consentimiento conforme a la ley y que no ha habido pago de por medio.

32 En el fondo se trata de una reserva; no obstante, el propio gobierno mexicano explicó que "a pesar de que la Convención no admite reservas, sí establece la exigencia de formular ciertas declaraciones de carácter procedimental".

33 Se trata de la adopción que pasa por un periodo de prueba previa a la constitución. Sus seguidores afirman que el periodo de prueba sirve para que la adopción se consolide; mientras tanto, las autoridades observan si adoptante y adoptado se llevan bien.

34 Marina Vargas afirma que "el texto del Convenio de La Haya parte del principio de que el interés primordial del menor reside en la permanencia en su familia de origen o, como mínimo, en su país de origen. No obstante, el Convenio reconoce que, en su defecto, la adopción internacional puede presentar la ventaja de proporcionar al niño una familia permanente". Marina Vargas, *La protección internacional de los derechos del niño, op.cit.*, p. 112.

Además, para que la adopción constituida en un país sea reconocida en otro es necesario que las autoridades del Estado que autorizó la adopción hayan constatado que los padres adoptivos son adecuados y fueron asesorados. La misma autoridad que valida la adopción debe confirmar que el niño es o ha sido autorizado para entrar y residir en el Estado de destino.

Derecho interno

En la ley aplicable para constituir la adopción según la legislación interna mexicana es necesario diferenciar dos hipótesis: la constitutiva de la adopción y la que se refiere a las relaciones adoptivas (se trata de los efectos que produce la adopción). La hipótesis constitutiva de la adopción implica dos supuestos normativos: la forma que asumirá la adopción y la capacidad para adoptar y ser adoptado.

Respecto a la *forma*, la conexión se vincula con el lugar donde se constituye la adopción (*locus regit actum*). En cuanto a la capacidad, se regirá según la ley reguladora de la capacidad de cada uno de los intervinientes: la del padre y la madre biológicos que consienten en la adopción, la del adoptante y la del adoptado. En este último caso, como mencionamos, se trata de la *residencia habitual* por ser un menor sin capacidad todavía para adquirir domicilio.

En las leyes que acogen la conexión domiciliar, la ley de la *residencia habitual del adoptado* es la que rige la adopción y las relaciones de éste y el adoptante, los padres biológicos y las personas emparentadas con el que adopta. En las leyes con conexión a la *lex fori*, el criterio territorial es prevaleciente, como en el D.F.

Los códigos de varias entidades federativas, además de lo establecido por las leyes federales, exigen que todo extranjero *acredite su legal estancia o residencia en México*, siguiendo para ello el erróneo criterio que ya habíamos manifestado en torno al divorcio de extranjeros, pero que se ha extendido a otros actos del estado civil. Este requisito es contradictorio con lo que dispone la Convención de La Haya sobre Adopción, que supone el domicilio del adoptante en el extranjero. En estas condiciones el dispositivo de la Convención anula lo establecido en las legislaciones locales; no obstante esta situación, en la práctica los jueces locales exigen como requisito de trámite el documento migratorio que les permita la realización del acto, que no sea un documento migratorio de turista. Acorde con estas leyes internas mexicanas, los extranjeros que pretendan adoptar deben acreditar su legal estancia o residencia en México, pero si residen en el extranjero deben presentar además un certificado "de idoneidad" expedido por la autoridad competente de su país de origen, que acredite que el solicitante es apto para adoptar, junto con la constancia de que el menor que se pretende adoptar ha sido autorizado para entrar y residir permanentemente en dicho Estado, y la autorización de la Secretaría de Gobernación para internarse y permanecer en el país con la finalidad de realizar una adopción (art. 923, fracc. V, *CPCDF*).

Pero lo más sorprendente es la exigencia de demostrar ante el tribunal al que se solicita la adopción que el menor ya fue autorizado para inmigrar al país de destino, permiso que no es fácil obtener antes del momento en que se constituya la adopción.

México, por ejemplo, como país de destino, no otorga una visa de entrada a un me extranjero cuya adopción está en tramite o apenas se va a iniciar ante un tribunal otro país.[35] De ahí que resulte excesivo que se exija por los tribunales mexicano visa del menor antes de constituir la adopción. El problema parece solucion explica Nuria González Martín, cuando un par de españoles adopta a un niño me cano, pues para entonces el gobierno español ya ha otorgado no visa, sino pasapo español al adoptado, mientras que el gobierno mexicano otorga pasaporte mexican menor.[36] La razón es que en este caso España ya previene el problema.

Conviene tener presente que difícilmente las leyes internas mexicanas regula conversión de la adopción semiplena en plena, ni establecen el procedimiento para c vertir una adopción semiplena en plena.[37] En España se exige que se presente renuncia al derecho a revocar la adopción semiplena.

El legislador mexicano no ha definido cuándo se está frente a una adopción se plena, lo que es importante en las relaciones de tráfico jurídico internacional. En o países, por ejemplo, no se confunde la *kafala* islámica[38] con la adopción semiplen que implica que no se le equipare con la adopción. Nada sobre este tema se regul México.

Por otro lado, acorde con las políticas del DIF, para adoptar en México de tomarse en cuenta los requisitos siguientes:

A) Para nacionales o residentes en países que no forman parte de la Convención so Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

1. Deberán presentar la documentación necesaria traducida al idioma espa por perito autorizado en su país debidamente legalizada o apostillada.

35 En cuanto al ingreso en EUA de un menor adoptado hay dos procedimientos: si se trata de p nas adoptantes con nacionalidad de EUA o de personas extranjeras que sólo residen ahí. Si nacionales se requiere llenar una solicitud de procesamiento por adelantado para adoptar. trata de un simple residente es necesario que la petición se presente antes de que el menor p inmigrar a EUA. Dependiendo del país de origen se exige un examen médico del niño, que d realizarse con el médico que indique la embajada. En EUA, el Departamento de Inmigración p ca un libro (forma I-600A) denominado *The Immigration of Adopted and Prospective Adop Children*, en el que se presentan los datos necesarios.

36 Nuria González Martín, *ibidem*, p. 120.

37 En las reformas al CPCDF, en sus disposiciones transitorias sólo se establece esa posibilidad. E mite para constituir una adopción plena cuando ya existe una previa es el mismo que en el cas que no ha habido otra adopción.

38 La *kafala* es un medio de acogimiento familiar donde el menor pasa a ser tratado como si fue hijo, pero sin la similitud que se le da en la adopción. En la *kafala* al menor se le dan alimen manutención, pero no se admite una relación filial entre el adulto y el niño. La ley suiza s reconoce con los mismos efectos que se le atribuyen en el Estado en que se pronunció (art Antonia Durán Ayago, "El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos pa concreción en un contexto intercultural", en Alfonso-Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derec familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, *op. cit.*

2. Los estudios socioeconómicos y psicológicos deberán ser practicados por institución pública o privada del país de residencia y presentados debidamente traducidos y legalizados o apostillados, según sea el caso.
3. Presentar la autorización de su país de residencia para adoptar a un menor mexicano.
4. Aceptación expresa de que la institución (DIF) realice el seguimiento de la vida del adoptado en su nueva familia, a través de las autoridades consulares mexicanas.[39]

B) Para nacionales o residentes en países donde sea aplicable la Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

De acuerdo con el mismo DIF es necesario enviar, por medio de la autoridad central o entidad colaboradora, los documentos siguientes:

1. Copias certificadas de actas de nacimiento, del o de los solicitantes y de los hijos que pudiesen tener, y en caso de matrimonio, copia certificada del acta de éste.
2. Una fotografía en color, tamaño credencial, de cada uno de los solicitantes.
3. Diez fotografías tamaño postal en color, todas en su casa, que comprendan fachada y todas las habitaciones interiores de la misma, así como de una reunión familiar en la que participen los solicitantes.[40]
4. Certificado médico de buena salud del o de los solicitantes, expedido por institución oficial. En los países en que no sea posible obtener dicho certificado expedido por institución pública, podrá expedirse por institución médica privada; debe contener los datos que permitan la identificación y localización de dicha institución, así como del responsable de la misma.
5. Constancia de trabajo, especificando puesto, antigüedad y sueldo, o documentación que acredite fehacientemente los ingresos que perciben el o los solicitantes, así como cualquier otro documento que acredite su solvencia económica.
6. Identificación oficial con fotografía de cada uno de los solicitantes (pasaporte).
7. Estudios socioeconómico y psicológico practicados por instituciones públicas u otros organismos debidamente acreditados por la autoridad central del país de recepción.

39 El problema práctico que se presenta para cumplir este requisito impuesto por el DIF es que las autoridades consulares no cuentan con el personal suficiente para hacer este tipo de seguimientos, particularmente en las grandes urbes donde los desplazamientos toman mucho tiempo y el trabajo sobrepasa la capacidad de los consulados para resolver los asuntos cotidianos. De ahí que pueda resultar conveniente que el futuro adoptante requiera de su autoridad central el compromiso de ésta de informar al juez mexicano sobre los desarrollos del menor. En Europa, las autoridades centrales suelen aceptar esta obligación y el juez mexicano quedará más tranquilo autorizando la adopción.

40 Esta última es de gran importancia porque es en ese momento cuando el juez se forma una idea del tipo de personas que son los futuros adoptantes.

8. Certificado de idoneidad, expedido por la autoridad central de su país, q acredite que los solicitantes son considerados aptos para adoptar.
9. Certificado de no antecedentes penales.[41]

Como se advierte, se trata de reglas administrativas del DIF que pretenden clarifi los requisitos para una adopción internacional, aunque hay algunas que van más a de lo prescrito por la ley o los tratados. A pesar de que ese organismo carece de facu tades legislativas, en la práctica impone requisitos que deben cumplirse para que trámite proceda y no demorarlo.

9.7. Procedimiento preliminar para constituir la adopción

La Convención de La Haya sobre la Protección de Menores contiene un proced miento uniforme para las adopciones internacionales. Éstas son algunas de s reglas:

a) Las personas que residen en un Estado y deseen adoptar a un niño que resi en otro Estado deben dirigirse a la autoridad central de su residencia enviando solicitud de adopción.[42] Nótese que desde un principio se establece la relación en las autoridades centrales porque durante el proceso y sobre todo con posterioridad éste, llegan a tener intervención.

b) La autoridad central del lugar de los adoptantes,[43] si estima que son adecu dos y aptos para adoptar a un niño, preparará un informe que enviará a la autorid central del lugar de residencia del menor.

c) La autoridad central del Estado de origen (donde se encuentra el menor) pr parará un informe sobre el ambiente del menor, origen étnico, religión, cultura, co sentimientos necesarios, así como dictamen en torno de si la adopción obedece interés superior del niño.

d) El resultado se enviará a la autoridad central del lugar donde están domic liados los futuros padres, pero procurando no revelar la identidad de la madre bi lógica.

41 Http://www.dif.gob.mx/grupos/menores/tramites%20y%20servicios.pdf, enero de 2005.

42 La Convención no exige que la persona que desea adoptar sea extranjera: basta que resida en extranjero, lo que significa que tanto mexicanos o extranjeros residentes fuera de México pod solicitar un niño, pero en la modalidad de adopción plena. Por desgracia, esta regla de dere convencional internacional no fue entendida por los legisladores mexicanos.

43 En el caso mexicano, el domicilio de la Subdirección General de Asistencia y Concertaci Departamento de Adopciones, es el siguiente: Prolongación Xochicalco núm. 947, segundo p colonia Santa Cruz Atoyac, delegación Benito Juárez, código postal 03310, teléfono: 56-01-22- extensiones 4025, 1420 y 1421.

e) Las autoridades centrales de cada Estado deberán realizar los actos necesarios a fin de que el niño obtenga la autorización para salir de su país, así como de entrada y residencia permanente en el lugar de destino.[44]

Internamente, cada entidad federativa expide sus códigos con sus propios procedimientos, pero como dice Nuria González Martín, el problema no está en la heterogeneidad de procedimientos que existen en México, sino en los trámites administrativos que son demasiados y muy diferentes; y aunque el DIF nacional ha procurado establecer alguna uniformidad, el caso es que carece de funciones reglamentarias.[45]

9.8. Certificado de idoneidad

Uno de los requisitos más importantes en la Convención de La Haya es el *certificado de idoneidad* que, dentro del procedimiento preliminar, *acredita a una persona como un posible padre adoptante* (art. 23).

Ante la autoridad central (la de destino del menor, que es la del lugar donde residen las personas que desean adoptar) se realizarán los primeros trámites e, incluso, ahí se proporcionará el *certificado de idoneidad*, que será enviado al Estado de origen (donde está el niño), el que, luego de seguir sus procedimientos, podrá constituir la adopción.

Acorde con la Convención de La Haya, las autoridades mexicanas están obligadas a cooperar en las adopciones internacionales, expidiendo, en su caso, el *certificado de idoneidad* para adoptar cuando los futuros padres satisfagan los requisitos correspondientes. Este certificado presupone que el menor que se va a adoptar se encuentra en el extranjero y los futuros padres en México o viceversa.

El certificado contiene los resultados psicológicos y de trabajo social individualizados de los adultos que pretenden adoptar a un menor. El contenido del certificado lo describen los profesores Mariano Aguilar Benítez de Lugo y Beatriz Campuzano en cinco apartados: *a*) información individualizada del solicitante (características físicas, trayectoria educativa, composición y dinámica de la familia de origen, historia laboral, intereses y filosofía de la vida); *b*) de la vida en pareja (historia de la relación, vivencias sobre la infertilidad, crisis y formas de afrontarla, nivel de comunicación, distribución de competencias y responsabilidades, condiciones económicas y del hogar, empleo del tiempo libre...); *c*) de sus actitudes ante la adopción y su conocimiento del papel del adoptante (toma de decisión sobre la adopción, revelación, expectativas, aceptación de antecedentes personales, culturales y raciales...); *d*) del apoyo de que se dispone y posible estrés (relaciones con la familia extensa y con

44 Un desarrollo sobre el procedimiento puede verse en Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 2004, pp. 584 y siguientes.

45 Nuria González Martín, *ibidem*, p.186.

amigos); *e*) de sus capacidades educativas (análisis sobre la educación recibida, exp
riencia en educación, principios educativos, habilidades en la resolución de prob
mas educativos...).[46]

Cuando es positivo el certificado o informe indicará que los futuros adoptan
o adoptante son *aptos para adoptar,* resolución que corre a cargo de las autorida
del Estado de destino del menor. El informe no es una garantía de que se obtenga
adopción, ya que las autoridades del Estado donde reside el menor —aunque no
común— podrán tener frente a sí varias solicitudes con certificados similares, corr
pondientes a distintos solicitantes, incluso de diversos lugares del mundo, lo que
estas condiciones ideales permite al juez escoger al solicitante que favorezca mejor
menor.

En las leyes internas mexicanas a ese certificado de idoneidad del solicitante p
adoptar a un menor no se le da la importancia que merece. Sólo se indica que
necesario, pero no se describen los requisitos que lo constituyen, quedando en e
caso a la amplia discrecionalidad de la autoridad mexicana que expida el certific
(art. 923, fracc. V, *CPCDF*).

De acuerdo con el derecho convencional internacional, los requisitos para ob
ner un certificado de idoneidad se deben satisfacer ante el Estado de destino
menor, pero en la ley interna mexicana se exige que sean satisfechos en Méxi
como Estado de origen o domicilio del menor, lo que supone, para el solicitante,
tendrá que volver a demostrar lo ya demostrado, duplicándose con ello los esfuer
en el plano internacional. Una práctica aconsejable es que el certificado de idonei
expedido en el extranjero, ya traducido al español, sea apostillado y sirva como doc
mento comprobatorio en México. Sin embargo persiste la disposición que signi
la duplicación de esfuerzos, que se habría evitado si desde un principio se hubi
dispuesto la aceptación del certificado de idoneidad expedido por la autoridad ce
tral del lugar de destino, tal como lo prescribe la Convención de La Haya. Nos pa
ce que el legislador interno no entendió la importancia y función de este certifica
que hubo desconfianza en el derecho convencional internacional o ignorancia
éste, pero al fin de cuentas lo contradijo.

9.9. Efectos que produce la adopción extranjera

Una vez constituida una adopción internacional produce diversos efectos que, se
la regla general del derecho internacional privado mexicano, se rigen conforme
ley reguladora del estado civil, aunque varios efectos se rigen por leyes uniform
como lo establecido en la Convención de La Haya.

46 Mariano Aguilar Benítez de Lugo y Beatriz Campuzano de Díaz, "El certificado de idoneidad
las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional privado español"
Estudios sobre adopción internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 20
p. 215.

Por efectos de la adopción, en el ámbito convencional también se entienden *las relaciones entre el adoptado y sus padres adoptivos y cualquier otra persona*, esto es, las relaciones que surgen de la nueva posición o estado civil.

Si se trata de la adopción plena, el adoptado adquiere los *mismos derechos de un hijo biológico*, es decir, se equipara con un hijo consanguíneo sin diferencia alguna (art. 293, *CCDF*). Este efecto, al igual que otros, adquiere en México, según su derecho interno, la naturaleza de una *norma imperativa*. Dentro de este grupo de normas internas encontramos aquellas que otorgan al adoptado, en los casos de intestado, el derecho a suceder no sólo a los padres adoptivos, sino también a todos los parientes del padre adoptivo, de la misma manera en que podría suceder un hijo consanguíneo (art. 1612, *CCDF*). La razón es que su familia adoptiva no se queda en la nuclear —como el caso de la adopción semiplena—, sino en la amplia. Cabe, en el mismo caso, el derecho del adoptado a reclamar el pago de alimentos a los parientes de los padres adoptivos, de igual manera que el derecho de cualquier hijo biológico.

Un efecto especial de importancia previsto en la ley interna mexicana y que se debe estimar como norma imperativa es el relativo al *secreto de la adopción*, que no sólo es asegurado por la ley interna, sino también por una norma uniforme de derecho convencional internacional, pues se encuentra prescrito tanto en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción Internacional de Menores como en la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.

Se trata de un efecto especial y adicional a los efectos de todo tipo de legitimación (biológica y adoptiva) que sólo impera para la adopción plena. Al lado de este efecto especial hay otros que explicaremos a continuación.

Respecto del expediente formado con motivo de la adopción plena, deben conservarse en el registro especialmente los datos que se refieren a la identidad de los padres biológicos y la historia médica del niño. Aunque esta información queda restringida y en secreto, puede obtenerse en casos excepcionales por mandato judicial, como aquel en que el adoptado (ya mayor de edad) pretendiera contraer nupcias con alguna persona de su familia biológica.[47] Se trata, por su naturaleza, de un efecto especial y adicional.

Según la citada Convención de La Haya, cada Estado deberá reconocer el vínculo entre el niño y sus padres adoptivos, y la ruptura de la filiación preexistente del niño y sus padres biológicos,[48] así como la responsabilidad que asumen los padres

47 La disposición que prescribe que la adopción sea secreta o que deba guardarse el secreto de la misma significa lo contrario a la afirmación de que la adopción debe ser pública. La adopción semiplena, al ser llevada a un registro público, como es el Registro Civil, implicó una publicidad del acto de adopción. Ahora, lo que se procura es que la adopción, cuando menos la plena, no sea pública. Por tanto, el secreto no significa que tengan que destruirse los vestigios que deje el procedimiento de adopción. Significa que esos procedimientos deben guardarse en secreto.

48 En el capítulo anterior nos referíamos al hecho de que la filiación biológica en ocasiones no coincidía con la que el derecho toma. En este caso, los padres biológicos del adoptado dejan de ser estimados jurídicamente como padres.

adoptivos. Además, este tratado impide todo contacto entre los padres adoptivo los biológicos, salvo casos excepcionales (art. 29).

Un dato de importancia que ha de tomarse en cuenta es que los efectos o re ciones sucesorias entre adoptante y adoptado y entre éste y los familiares del ad tante (en la adopción plena) se regulan por la ley que rige la sucesión, no por la rige los efectos de la adopción, aunque tal vez puedan coincidir.

Si la adopción otorgada en el Estado de origen sólo hubiese sido semiplena, p en el Estado de destino sólo se reconoce la plena, la Convención de La Haya aute za la *conversión de la adopción semiplena en plena*, siempre que los consentimien otorgados en el Estado donde se constituyó la adopción se hubiesen expresado en sentido. Esto es, se requiere que se hubiese autorizado que una adopción semipl pueda transformarse en plena en el Estado de destino (art. 27). Este supuesto está desarrollado en las leyes internas mexicanas, sobre todo porque la Convenc de La Haya admite que una adopción semiplena pueda ser transformada a plena an o después de constituirse la primera. Sin embargo, en la práctica, si se trata de una ad ción internacional, desde un principio es aconsejable que la adopción se constituya plena quedando así esta disposición para aquellos Estados que sólo conocen la ad ción semiplena y donde es conveniente hacer constar la autorización del juez que ot ga la adopción, acorde con una legislación diferente que lo permita, para qu adopción pueda ser transformada en adopción plena y así evitar un trámite po rior en este sentido.

Por último, según nuestra ley la adopción no entraña el cambio de nacionali o la pérdida de la que se tenía (art. 27 de la *Ley de Nacionalidad*). No obstante menor extranjero (incluida su descendencia) que ha sido adoptado por un mex no domiciliado en México puede obtener la naturalización mexicana, previa sol tud de quien ejerza la patria potestad, pero sin que ello signifique que puede per su nacionalidad originaria. En el caso de que el adoptado desee la nacionalidad ginaria podrá ejercer su derecho de *ius optandi* (art. 17 de la *Ley de Nacionalidad*).

Esta regla que indica que el adoptado conserva su nacionalidad, que puede extranjera, no parece estar en consonancia con los criterios de similitud e integrac entre hijos biológicos y los adoptivos, ya que el adoptivo tendrá una nacionali diferente de la de los padres adoptivos, sin que pueda decirse algo similar de los b lógicos, que aunque nazcan en el extranjero, su nacionalidad es mexicana por *sanguinis*, mientras que la del adoptado sólo será por naturalización, si así lo des En este caso sería conveniente que se legislara para que la nacionalidad pudiese común y se le reconociesen a todos los hijos derechos similares.

9.10. Reconocimiento de la adopción constituida en el extranjero

¿Qué se requiere para reconocer una adopción constituida en el extranjero? Segú ley española es necesario: *a*) que la autoridad que consintió la adopción te

competencia en la esfera internacional; *b*) que se aplicó la ley prevista por la ley española (control de la ley aplicada), y *c*) que no se afecte el orden público (como ocurriría si se prescinde del consentimiento o audiencia del adoptado mayor de 12 años o se violan prohibiciones como las relativas a los descendientes).[49] La ley mexicana no establece expresamente una respuesta semejante, pero explicaremos lo que existe. En principio, en México se reconoce la adopción constituida en el extranjero sin necesidad de realizar trámite alguno. En el extremo opuesto se encuentran varios estados de la Unión Americana como Iowa, en donde se requiere que se constituya nuevamente la adopción, si los padres adoptivos ahí residen. Una readopción, como la de Iowa, se exige en 18 estados de la Unión Americana.

En la ley interna mexicana no existe una regla que indique específicamente cuál es la autoridad competente en la esfera internacional para autorizar una adopción. No obstante, nos parece que si se internacionalizan las normas internas existentes sobre el particular, los tribunales mexicanos reconocerán la adopción que hubiese sido constituida ante las autoridades del domicilio de los adoptantes o del adoptado. Un juez mexicano puede guiarse por los criterios de competencia establecidos en la Convención Interamericana sobre la competencia en la esfera internacional, de la que México es Estado parte. Si el país de procedencia de la sentencia no es Estado parte, los criterios podrán ser meramente orientadores para el juez mexicano a falta de disposición expresa en el derecho interno, por tratarse de principios internacionales reguladores de la competencia. También sería reconocible la adopción constituida ante un cónsul si se cumplieron las leyes del Estado acreditante y acreditado (en la hipótesis de que fuere factible). Ello es así porque México es parte de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que da la posibilidad a los Estados para que sus cónsules realicen todo tipo de actos de estado civil, condicionados a la aceptación del Estado en el cual sean recibidos los cónsules y que les permitan realizar ese tipo de actos.[50] Esto es, México reconocerá la competencia asumida en el extranjero, *siempre que esa competencia esté en consonancia con las reglas de competencia reconocidas en la esfera internacional.*

No hay en la normatividad mexicana ninguna disposición que permita a las autoridades revisar la ley aplicada en el extranjero para constituir la adopción. Ahora bien, si no puede hacerse esa revisión para reconocer sentencias de condena que

---

49 Julio González Campos *et al.*, *Derecho internacional privado, Parte especial*, *op. cit.*, pp. 514 y 515. Igualmente Pedro Pablo Miralles en la obra de Elisa Pérez Vera (comp.), *Derecho internacional privado*, vol. II, *op. cit.*, p. 183.

50 Según la ley española, es factible que ante un cónsul español se tramite una adopción. Se requiere para esto que el adoptante sea español y el adoptado esté domiciliado en la demarcación consular. Se pide, además, según la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, que el Estado receptor autorice al cónsul para realizar esos actos. Esto no existe en la ley mexicana, de manera que una adopción que realizara el cónsul español en México no podría ser reconocida por funcionarios mexicanos (art. 9.5, 3er. párr., *CC* español.)

pretendan ejecutarse en México, menos aún podrá hacerse respecto de una reso
ción que constituyó una adopción.[51]

Cualquier autoridad mexicana (judicial o administrativa) podrá reconocer u
adopción constituida en el extranjero. Se trata de lo que conocemos como *fallo*
reconocimiento automático, esto es, no requiere algún *procedimiento de exequátur*. E
último sólo es exigido cuando se trata de sentencias que entrañan ejecución coactiv

Por otro lado, si bien en México es factible reconocer las adopciones plena
semiplenas constituidas en el extranjero, no ocurre lo mismo en otros países,
España, por ejemplo, la adopción semiplena constituida en el extranjero se reco
ce, pero sólo si se constituye con los efectos de una adopción plena.[53]

Sobre el tema de las adopciones constituidas en el extranjero falta que nos r
ramos a las *excepciones a ese reconocimiento*; es decir, a los casos en que las autor
des mexicanas no podrán reconocer aquéllas.

Según la Convención de La Haya, la adopción constituida en un Estado p
deberá ser reconocida en los demás Estados parte, salvo que se estime *contrari*
orden público, "teniendo en cuenta el interés superior del niño".

En principio, no podrá alegarse en México que la adopción es una *institución*
conocida, ni siquiera en las entidades federativas que no quisieron establecer o reg
la adopción, sea semiplena o plena.[54] Lo anterior, porque así lo indica la Convenc
Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción Internacional
Menores, que jerárquicamente tiene prevalencia.

¿Se reconocerá una adopción constituida en un país donde sólo se toma en cu
ta el consentimiento del padre del menor, pero no el de la madre? En España, ex
ne Julio González Campos, no sería factible, puesto que ello significaría ir en co
del orden público español.[55] En nuestra opinión, la misma respuesta y por la mi
razón resultaría en el caso del orden jurídico mexicano.

En México, algunas leyes exigen que las resoluciones del estado civil constitui
en el extranjero pasen por el procedimiento de exequátur (Baja California Sur).
disposición pugna con lo prescrito en los tratados internacionales que establece
reconocimiento de pleno derecho de la adopción.[56] No se trata de que esté prohib

51 Por lo que hace al ámbito convencional internacional, no es aplicable la Convención Interameric
sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentenc
Extranjeras, ya que en ésta se prescribe expresamente la no aplicabilidad del tratado para cues
nes del estado civil como el que se examina.

52 Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, *op. cit.*

53 Julio González Campos *et al.*, *op. cit.*, p. 516.

54 Actualmente en todas las entidades federativas se acepta la adopción de menores, pero los esta
son libres para expedir sus leyes al respecto y pueden incluso ignorar esta institución, como ya o
rrió durante alguna época en el estado de Hidalgo.

55 Julio González Campos *et al.*, *op. cit.*, p. 515.

56 Jorge Alberto Silva, "El impacto de los convenios internacionales sobre la legislación interna m
cana relativa a la adopción internacional de menores", *op. cit.*

revisar el acto constitutivo de una adopción extranjera, sino que esta revisión no llega a exigir un exequátur; en un caso determinado sólo amerita una mera revisión *automática* (como suele llamársele) y basta, a menos que su validez sea impugnada.

Al respecto, la Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional (art. 23) dispone que será reconocida dentro de los Estados contratantes la adopción que *hubiese sido certificada* acorde con las reglas de la propia Convención, sin que en ella se exija exequátur o cualquier otro requisito. Se trata de evitar al máximo cualquier impedimento para que la adopción surta plenos efectos en el Estado donde el menor adoptado deberá integrarse a su familia de adopción.

Sólo podrá ser desconocida la adopción cuando sea *manifiestamente contraria al orden público*, de acuerdo con el interés superior del niño (art. 24). La oposición al orden público únicamente podrá ser examinada en torno al interés del menor, no al de los padres, lo que plantea el problema de la madre a la que le han arrebatado su hijo, que luego de varios años encuentra como "adoptado" en otro lugar. Si atendiéramos al interés de la madre cabría hablar de vulneración al orden público. En estos casos, la misma Convención de La Haya reitera que la inclinación sigue en favor del mejor interés del menor luego de un tiempo razonable. Más bien, la oposición al orden público está pensada en el derecho convencional para aquellos casos en que el menor se encuentre en peligro, por ejemplo, que fue adoptado para extirparle algún órgano que sea llevado a otra persona, para prostituirlo, llevarlo a ejercer el comercio de estupefacientes, servir de "mula"[57] de sustancias prohibidas, etcétera.

Conforme a la citada Convención, el reconocimiento de la adopción implica también el reconocimiento

a) del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos;
b) de la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo;
c) de la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y sus padres biológicos, si la adopción produce este efecto en el Estado contratante en que ha tenido lugar.

Además, si la adopción tiene como efecto la ruptura del vínculo preexistente de filiación, el niño gozará, en el Estado de recepción y en todo otro Estado contratante en que se reconozca la adopción, de derechos equivalentes a los que resultan de una adopción que produzca tal efecto en cada uno de esos Estados.

Según la misma Convención de La Haya, lo hasta aquí explicado no impedirá la aplicación de las disposiciones más favorables al niño, que estén en vigor en el Estado que reconozca la adopción (art. 26).

57 Denominación con que se conoce el movimiento que se hace para encubrir el transporte de material prohibido, ya sea asiéndolo al cuerpo de una persona o ingiriéndolo. La labor policiaca mundial ha detectado varios casos como éstos en los que se utilizan niños. Igual es el caso de niñas llevadas a otros países para ejercer la prostitución.

Un dato de gran importancia es que en los casos en que se ha cuestionado adopción, la mayoría de las veces se ha planteado en juicios sucesorios. El tratamiento que generalmente ha sido acogido es considerar la adopción como un *asunto cuestión previa* y con una *regulación autónoma*, esto es, no seguir la ley que rige sucesión, sino la ley cuya conexión es aplicable a la adopción. Éste es el sentido art. 14, fracc. IV, del *CCFed*.

Por último, para reconocer una adopción extranjera debe tomarse en cuenta principio *favor filii*, así como los derechos adquiridos, que en nuestro derecho merecen atención.

9.11. Adopción malograda o frustrada

Acorde con la Convención de La Haya es posible que una adopción se constituya el país de origen (de donde proviene el menor) o en el país de destino (el país a se dirige). La modalidad más empleada es la primera. La segunda obedece a que algunos países, en el momento de negociar la Convención, sostuvieron que la adopción la tenían que constituir ellos, aun cuando el menor se encontrara en el extranjero. Para este caso se pactó la posibilidad de que el menor sea trasladado al extranjero, la finalidad de ser adoptado y mientras, con la *posibilidad de que ese menor se provisionalmente* con los pretensos adoptantes (en lo que podría ser una adopción prueba).

En la última modalidad, tan luego como el niño que va a ser adoptado llega al de destino puede ocurrir que la autoridad central de ese Estado estime que la adopción ya no responde (como se creía) al interés superior del menor. La adopción prueba ha fracasado. En este caso, al frustrarse la adopción en curso, el Estado de tino podrá tomar algunas medidas (art. 21, Convención de La Haya). Debido a México consideró que una situación de esta naturaleza podría ocasionar daño menor, excluyó de la aplicación de la Convención esta modalidad mediante declaración que hizo a la firma de la misma, que en realidad constituye una reserva en la medida que excluye esta opción. De no haber sido así, conforme a la Convención procedería:

a) Retirar al niño de las personas que deseaban adoptarlo y ocuparse de su dado provisional.

b) En consulta con la autoridad central del Estado de origen, debe asegurar, dilación, una nueva colocación del niño con la finalidad de constituir una nueva adopción o, en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero. La adopción del niño sólo podrá tener lugar si la autoridad central del Estado de origen sido debidamente informada sobre los nuevos padres adoptivos.

c) Como último recurso, se debe asegurar el retorno del niño al Estado de origen, si así lo exige su interés.

Teniendo en cuenta, entre otros elementos, la edad y el grado de madurez del niño, se le consultará y, en su caso, se procurará obtener su consentimiento en relación con las medidas que se van a tomar (art. 21).

Para evitar los problemas de las adopciones frustradas (que no deben confundirse con las claudicantes), el gobierno mexicano no aceptó el traslado de menores residentes en México al extranjero con fines de adopción, tal como explicamos.

9.12. Registro de la adopción extranjera

En el registro de una adopción cabe diferenciar dos tipos de registros: el registro del acto mismo (registro-constancia de la constitución) y el registro en el lugar donde ha de surtir efectos (registro-revalidación). En el primero, su objetivo consiste en dejar constancia del acto constitutivo, lo cual se realiza en México en el Registro Civil cuando la adopción se constituye en este país. El segundo supone que la adopción se constituyó en el extranjero, pero que se pretende que surta efectos en el foro, en cuyo caso el registro revalidaría la adopción.

El registro-constancia de la adopción se regula por la ley del lugar donde se constituye la adopción; en cambio, el registro-reconocimiento o registro-revalidación se regula por la ley del lugar donde se pretende que produzca esos efectos.

El primer tipo de registro se acoge en la ley mexicana y se exige que se establezca en las oficinas del Registro Civil. No obstante, este registro no se exige en la esfera convencional internacional como se exige en el caso del matrimonio.

El otro tipo de registro (registro-revalidación) tampoco se encuentra en normas de derecho convencional internacional, aunque en el plano interno, si la adopción se constituyó en el extranjero, para poder reconocerla en México se requiere, acorde con el art. 51 del *CCDF*, que se registre en la oficina del Registro Civil del Distrito Federal o de cualquier entidad federativa, circunstancia que en la realidad no siempre se acata. En la práctica se suele reconocer la adopción extranjera con el documento legalizado o apostillado. La realidad ha mostrado que sin necesidad de que se registre, una adopción constituida en el extranjero se reconoce. Así sucede, por ejemplo, en las escuelas donde se inscribe a un niño, al obtener un documento público o al tratar de demostrar que un niño es propio.

Cuando nos referimos al registro del matrimonio extranjero explicamos que los tribunales judiciales han flexibilizado la interpretación del art. 161 del *CCDF* y no exigen el registro. La misma *ratio decidendi*, por analogía, cabe traer a la adopción extranjera: no es indispensable el registro-revalidación en México para que se le reconozcan efectos.

Como más arriba decíamos, las adopciones constituidas en el extranjero no están condicionadas a seguir un procedimiento de exequátur. Por el contrario, la adopción constituida en un Estado parte *deberá ser reconocida en los demás Estados parte*, según la Convención de La Haya sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia

de Adopción Internacional, que no condiciona el reconocimiento de una adopc
extranjera al registro o revalidación. En este caso, la supremacía del tratado imp
que se actualice la obligación prescrita en la ley secundaria que dispuso el regis
de las constancias que acrediten el estado civil constituido en el extranjero.

El problema se presenta en los casos en que no cabe la aplicación del tratado (
la adopción provenga de un país no signante del mismo). En este caso parecería qu
actualiza el multicitado art. 51 del *CCDF*.

En el terreno de los hechos el nuevo estado civil filial, al igual que en el caso
las actas de nacimiento o el de las de reconocimiento voluntario o judicial de
hijos, no ha requerido inscripción en el Registro Civil mexicano. La disposición le
existente (art. 51) tiene limitado su ámbito de aplicación para aquellos casos que
señalamos y en los que por cualquier razón se necesita una comprobación of
ante un tribunal de ese estado de hijo adoptado.[58]

Paralelo a estos registros (de adopción) se encuentra la exigencia de inscripc
o nota que se tome al pie o al margen del acta original de nacimiento; cuando n
exige esa anotación, sino la cancelación del acta de nacimiento, la ley aplicable
la del lugar donde deba surtir efectos.

En el caso mexicano se exige una anotación marginal en el acta de nacimie
que indica el cambio de estado civil (al de adoptado), y ese registro de nacimiento
a ser secreto.

Esta anotación se hará en el acta de nacimiento si ésta se encuentra en Méx
lugar donde se aceptó la adopción. El problema se presenta cuando la adopció
hizo en México, pero el acta de nacimiento se encuentra en el extranjero. Para
último caso, como no hay tratado internacional, tendrá que revisarse lo que al
pecto prescriba la ley extranjera.

9.13. Sustitución delictuosa de la adopción

Existen ciertas trabas en la regulación de la adopción internacional que podrían p
vocar por parte de los interesados la comisión de delitos con la finalidad de evitar
dificultades legislativas, pero, lo que es peor, dar lugar a problemas mayores par
niño.

En este apartado seguiremos las ideas que Ezio Cusi planteó ante la Barra Mexic
de Abogados en 1969. Este autor se refirió a dos experiencias profesionales.

En la primera, el matrimonio Sánchez Pérez formado por un mexicano y
centroamericana que no podían engendrar familia decidieron adoptar a una n
pero luego de encontrarla, en vez de iniciar los trámites de adopción se presenta
ante el Registro Civil e inscribieron a la menor como hija propia con el nombr

58 En el sentido correcto de cómo debe entenderse la eficacia del derecho. Sobre el particular p
verse Leticia Bonifaz Alfonso, *El problema de la eficacia en el derecho*, Porrúa, México, 1993.

Lucía. Por desgracia, la pareja falleció en un accidente automovilístico. Formalmente sólo existía la abuela materna, que era a quien le correspondía la patria potestad. Esta "abuela" residente en una aldea centroamericana debido a su edad no podía ejercer la función que el acto simulado le otorgaba, por lo que el hermano del Sr. Sánchez decidió hacerse cargo de Lucía (su "sobrina") y pidió al juez mexicano la patria potestad alegando que la abuela estaba excusada para ejercer el cargo. Resulta que Lucía era heredera de una cuantiosa fortuna de parte de su padre "adoptivo". Y entonces vino el problema. La "abuela" compareció diciendo que no se excusaba y aunque no conocía a su "nieta" deseaba llevársela a Centroamérica (incluida la fortuna...). Se desencadenó un litigio prolongado tratando, por un lado, de demostrarse la simulación y, por otro, la imposibilidad de inquirir sobre la averiguación de la paternidad (vigente en esa época). Al final, el asunto terminó mediante transacción entre los litigantes.

En el otro caso un par de mexicanos de Jalisco que residían en Detroit, EUA, decidieron adoptar a un niño. Al localizarlo, su abogado les recomendó que lo registraran como propio, cosa que hicieron. Al regresar a EUA, el Servicio de Inmigración y Naturalización detectó la simulación y solicitó la salida del menor. Intervino el cónsul de EUA en México y pidió que se le demostrara la adopción, ya que sólo así se otorgaría la visa para ingresar en EUA. Se corrió con suerte al encontrar a la madre biológica para dar inicio a la adopción.

Coincidimos con Ezio Cusi en que a pesar de la facilidad de la simulación, conduce a problemas no fáciles de resolver, aunados a la comisión de delitos. ¿Qué habría sucedido si en el segundo caso ya no se hubiese localizado a la madre biológica, o que, aun localizada, se arrepintiera de la autorización de la adopción? La finalidad de los instrumentos internacionales en este ámbito consiste en otorgar la máxima protección al menor y evitar demasiados trámites burocráticos en la adopción internacional.[59]

9.14. Convenio de coordinación interna

La regulación de la adopción de menores compete en México a cada una de sus entidades federativas, porque es un país federal. Como esto supone multiplicación de autoridades y acciones, se han establecido mecanismos de coordinación interna entre autoridades federales y de cada entidad federativa para hacer frente a problemas internacionales como el de la adopción.

La Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) y cada una de las entidades federativas celebraron en 1994 convenios de coordinación que permiten hacer frente a los problemas de tráfico jurídico internacional. Estos convenios han sido signados, de

59 Ezio Cusi, "Una practica viciada en materia de adopción, en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, México, julio-septiembre de 1969.

parte de las entidades federativas, por los gobernadores, los sistemas de Desarro Integral de la Familia estatal (DIF) y las procuradurías de justicia.

En cada convenio se ha prescrito que el DIF de cada entidad federativa realiz la función de autoridad central. A la vez, la SRE se comprometió, frente a cada en dad federativa, a fijar los mecanismos necesarios para difundir, por medio de representaciones diplomáticas y consulares en el exterior, los requisitos y proce mientos legales que norman la adopción de menores e incapaces mexicanos parte de extranjeros. Incluso, los participantes en el convenio se comprometieron a borar un manual que permita a los miembros del Servicio Exterior asistir a extranjeros. Los principios básicos del manual son los siguientes. Cuando se trata solicitudes de adopción formuladas por personas residentes en el extranjero Secretaría quedó comprometida a canalizar, mediante sus representaciones, esas p ciones al DIF de la entidad federativa correspondiente. Esto se hizo con la finalidad combatir las adopciones irregulares, así como el tráfico internacional de menores.

Con objeto de que la SRE pueda llevar un control de las adopciones inter cionales, cada entidad federativa debe informarle de las adopciones otorgadas. P ello, cada procuraduría de justicia estatal, por medio de sus agentes del Minist Público, debe vigilar la validez de las solicitudes de adopción, corroborar la calid migratoria de los adoptantes extranjeros e incluso la documentación migrat del menor por ser adoptado, esto es, que le permita ser admitido en el país de d tino. El Ministerio Público también podrá pedir el auxilio de la Secretaría para obte del extranjero los documentos que le sean necesarios.

Es importante la participación del Ministerio Público, pues debe solicitarle juez de la adopción que señale en la sentencia correspondiente que los adoptan están obligados a homologar tal sentencia en el lugar de su residencia habitual, y a sar del cambio de domicilio. Asimismo, que deberá requerir a la agencia de prot ción de menores competente en el lugar de destino la realización de un estud psicológico y socioeconómico anual (durante el plazo de dos años), que ha de entregado a la representación diplomática de México en el lugar del domicilio don se encuentre el menor adoptado. Se trata de medidas ciertamente extraterritoriale sin ninguna sanción, pero lo relevante es que el Ministerio Público ha sido encarga de que un acto celebrado en México y de suma trascendencia tenga efectos fue normalmente en el nuevo lugar de residencia habitual del menor. Estas medidas seguimiento no son sencillas, pero resultan necesarias si se quiere saber realmente qué condiciones se hallan los menores mexicanos que han sido adoptados.

El problema es que este acuerdo entre Federación y entidades federativas no vinc la a los Estados extranjeros y suscita algunos problemas irresolubles, como la obligac de que en el extranjero se homologue una resolución de adopción mexicana, cuan en México no se requiere tal homologación. Posiblemente ésta se estableció p darle mayor seguridad al acto.

Integración del menor a su familia 10

10.1. Introducción

Uno de los derechos fundamentales de todo menor de edad consiste en vivir al lado de sus padres o tutores y conocerlos. La Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados a velar "por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos", excepto cuando la separación se considere necesaria por el "interés superior del niño" (art. 9o.). El interés por que el hijo conviva con su padre o madre tiende a evitar que sea afectado emocionalmente.

En este capítulo presentamos diversos aspectos del derecho de la integración familiar en las relaciones internacionales, especialmente la protección internacional del menor. Incluiremos el derecho de visita, por lo que trataremos los casos de sustracción y retención ilícita del menor, así como su restitución.[1]

10.2. La convivencia e integración familiar del menor

Uno de los derechos humanos a que aspiran los miembros de una familia es convivir bajo un mismo techo y en un mismo hogar, en especial, a *integrarse y estar reunidos*. Esto constituye un derecho básico de toda persona, por lo que el menor debe permanecer con sus padres o tutores y si por alguna circunstancia es separado de ellos, pueda regresar al núcleo familiar. El elemento afectivo hace necesario ese derecho de convivencia y evita que el menor sea afectado emocionalmente. Al lado del elemento afectivo también se procura proteger su seguridad, de ahí la necesidad de que el menor permanezca al lado de sus padres o tutores.

1 Algunos elementos de este capítulo se tomaron de Jorge Alberto Silva, "El derecho de integración del menor a su familia: Aspectos internacionales", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 14, oct. de 2003, México.

Sin embargo, estos derechos y aspiraciones no siempre se ven reflejados en la r
lidad, donde hay familias cuyos miembros se encuentran diseminados en dos o r
países. Con frecuencia los trabajadores migratorios dejan atrás a su cónyuge e h
y también con frecuencia a éstos no se les otorga visa para visitar y convivir co
padre. Se trata ciertamente de políticas migratorias, pero en el fondo dichas polít
van en contra de los derechos básicos de la familia.

En hipótesis como éstas, resulta que el padre tiene un domicilio diferente
resto de la familia, que permanece en México con un domicilio diverso. Puede da
el caso que la madre salga del país para buscar o irse a vivir con el marido al extr
jero y deja encargado al hijo o a los hijos con familiares o amigos dentro del p
resultando así que la residencia habitual del menor se encuentra en México y, en o
Estado, la de sus padres o quien ejerce la custodia. Puede suceder también que
padres de un niño son originarios de diferentes países o tienen o tuvieron dom
lios diferentes y que el menor tiene su residencia habitual en otro país. La varie
de situaciones de esta naturaleza es muy amplia, de ahí que sea necesario apela
principio de la integración familiar no sólo como un derecho fundamental de
individuos, sino como un medio indispensable para satisfacer las necesidades afe
vas del menor y de esa manera atender su interés superior.

En el ámbito internacional, el derecho de integración familiar se ha reconoc
con mayor énfasis en favor de los menores que tienen el derecho de permanecer
sus padres o de visitarlos. El derecho interno mexicano responde tímidamente a
aspiración mediante lo que también se llama *derecho de convivencia*, aunque restr
gido al interior del territorio mexicano.

Por lo que se refiere al ámbito internacional, en la Convención de la ONU so
los Derechos del Niño a los infantes se le reconocen dos direcciones migrato
orientadas a la integración: *a*) el derecho a salir de su país para visitar o reunirse
su familia, y *b*) el derecho a entrar para reunirse con su familia. La finalidad par
que se establece ese derecho se orienta a "la reunión de la familia" o con uno de
miembros.[2]

Para hacer factible lo anterior, los Estados parte de la citada Convención d
ONU deben atender la solicitud del menor "de manera positiva, humanitaria y ex
ditiva", sin que ello implique "consecuencias desfavorables para los peticionario
para sus familiares".

El niño cuyo padre (o padres) residan en Estados diferentes de la comuni
internacional tiene derecho a mantener, periódicamente, salvo circunstancias exc
cionales, relaciones personales y contactos directos con ambos padres o con aquel
que esté separado. Esto es lo que suele conocerse como *derecho de visita*, que es p

2 Lo mismo sucede con una de las características migratorias del "cónyuge" que permite el oto
miento de la visa a la esposa o esposo de la pareja que ha obtenido los derechos de ingreso y es
cia en el país, o bien el caso de la transmisión automática de la nacionalidad: cuando un extran
la adquiere, basta una declaración de éste para que el menor o menores que son sus hijos adq
ran de inmediato la misma nacionalidad mexicana.

del *derecho de convivencia*. Como derecho humano universal debe ser respetado en cada país y, como decíamos, cada Estado lo debe acatar y desarrollar permitiéndole al niño (o a sus padres) entrar en el país o salir de él, con lo cual se hace efectivo ese derecho humano de integración, convivencia o reunión de la familia.

Acorde con el derecho convencional internacional, el derecho de entrar en un país o salir de él está sujeto a las restricciones estipuladas por el orden jurídico de cada Estado que sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de otras personas y que estén en consonancia con los demás derechos reconocidos por la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño.[3]

Hay en el régimen convencional internacional disposiciones especiales que obligan a cada Estado, como México, a adoptar medidas adecuadas para lograr que un niño *obtenga el estatuto de refugiado* o se le considere refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, para que reciba la protección y la asistencia humanitaria adecuadas. Al efecto, cada Estado debe cooperar de la manera más apropiada con los organismos internacionales o intergubernamentales o no gubernamentales con la finalidad de proteger y ayudar a todo niño refugiado para que *localice a sus padres* u otros miembros de su familia. La cooperación estatal se amplía al derecho de que el menor obtenga la información necesaria para que se *reúna con su familia* y sea factible el derecho de integración y convivencia.

Si por alguna circunstancia no se puede localizar a alguno de los padres o miembros de la familia se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado (permanente o temporalmente) de su medio familiar.[4] A este respecto, se debe procurar (entre otros medios) la colocación del niño en hogares de guarda, de ser necesario; la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores o incluso la posibilidad de que sea adoptado. Al considerar las soluciones posibles, cada Estado debe prestar atención a la conveniencia de que exista continuidad en la educación del niño, tomando en cuenta su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.[5]

De no ser posible el derecho de integración o reunión de familia, México, como Estado parte de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño, debe adoptar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica, así como la reintegración social del niño víctima de cualquier forma de abandono. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.[6]

Algunos códigos mexicanos prescriben que el menor de edad debe permanecer al lado de las personas que ejercen sobre él la patria potestad y custodia. Si por alguna circunstancia sólo uno de los padres tiene la custodia, *al menor no se le debe*

3
4 Artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.
5 Artículo 22, *idem*.
6 Artículo 20, *idem*.
Artículo 39, *idem*.

privar de convivir, aunque sea temporalmente, con el otro ascendiente, lo que da lu al derecho de visita. El derecho de convivencia con los padres podrá suspend cuando exista peligro para el menor.

Por lo general, el derecho de convivencia del menor lo deben exigir los jueces los casos de divorcio (arts. 283 y 417, CCDF), obligación poco frecuente en la prác ca internacional, ni por el lado del juez ni por el lado del Ministerio Público.

El *Código Civil* de Durango estima que el derecho de convivencia es parte interés superior del niño a fin de que no pierda los vínculos afectivos que nacen d relación filial (art. 572, fracc. VI). Por lo general, este derecho del menor par estar restringido a sus padres, sin atenderse a la familia extensa.

Un dato que no se debe perder de vista consiste en que en la actualidad el de cho de integración del menor a su núcleo familiar ya no es un mero efecto de las re ciones entre sus padres (como puede ser el efecto del matrimonio) como en o época pudo contemplarse. El derecho internacional ha llevado a un plano de au nomía el régimen de protección del menor. De esta forma, la regla que regula el es tuto de los casados ha sido desplazada por la que regula el estatuto del menor.

10.3. Derecho de custodia

El derecho de custodia se reconoce en la Convención sobre los Aspectos Civiles d Sustracción Internacional de Menores, que lo define como el "derecho relativo al c dado del menor en especial, el de decidir su lugar de residencia". En realidad, e Convención no regula la custodia ni indica el derecho aplicable a la misma, ni qu es la autoridad competente para constituirla. Sólo supone o da por hecho la exist cia de la custodia, estableciendo mecanismos de cooperación internacional.

La Convención de La Haya sobre Sustracción de Menores tiene un concepto pro sobre la custodia, que no es ni debe ser el mismo que el establecido en cada legislac nacional. De ahí que, por encima de lo que puedan preceptuar los códigos de cada en dad federativa mexicana, deba tomarse en primer lugar la Convención de La Haya.

Una resolución reciente de nuestros tribunales, sin tomar en consideración dispuesto por esa Convención, y apoyándose únicamente en el derecho interno, indicado que el progenitor que tiene la guarda y custodia sobre el menor no pue cambiar unilateralmente el domicilio de éste, ya que la titularidad de esos derech no implica un poder omnímodo y exclusivo para determinar el lugar donde d vivir el infante, porque en esa decisión importante debe intervenir también el o progenitor, ya que al estar en pleno ejercicio de la patria potestad, conserva el de cho de convivir con su hijo. Agregó que

> no es posible que sin una debida justificación se distancie a los hijos de sus padres; tanto esto puede implicar una separación fundamental, ya que de cambiar el domic a un lugar muy lejano, sea dentro o fuera del país, es patente que el progenitor que

> tiene la guarda y custodia no podrá disfrutar de la convivencia con su menor hijo en la forma en que lo venía haciendo, toda vez que no es lo mismo visitarlo en la propia ciudad a tener que salir incluso del país para lograr esa convivencia, lo que evidentemente acarrea notorios perjuicios no solamente para el progenitor sino inclusive para el menor, pues ya no se fomentarían con la misma intensidad y frecuencia los lazos afectivos entre ellos.[7]

Una resolución posterior sentenció que aunque uno de los padres es el que tiene la custodia, no por ello el niño pierde el derecho de convivir con ambos padres.[8]

Aunque, como sabemos, la custodia la ejercen por lo general ambos padres (en ocasiones el tutor), pueden presentarse algunos problemas cuando sólo uno de ellos ejerce ese derecho.

El derecho de custodia debe ser respetado por los demás Estados parte de la citada Convención y se caracteriza por lo prescrito en la ley de cada Estado contratante.

El derecho de custodia no implica que el o los padres (o las personas que lo ejerzan) puedan realizar cualquier acto de poder sobre los menores. De ahí que México está obligado, según acuerdos internacionales, a adoptar todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentra bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo.[9]

Como hemos señalado, la custodia de un menor se establece en la ley o leyes con el fin de *satisfacer de mejor manera el interés del mismo y no para satisfacer los intereses de los padres* o de quienes tienen la custodia. Por ello, el derecho de custodia se podrá ejercer, incluso por el Estado, contra cualquier persona que trate de perturbar los derechos del pupilo. Como se advierte, el estatuto del menor se sobrepone al estatuto de los padres, como claro reflejo del *favor filii*.

Debe tomarse en cuenta que la custodia de un menor, aunque implica tener bajo sí a un niño, ese derecho sólo es un medio para que el menor pueda satisfacer sus más amplios derechos de formación y desarrollo en sociedad, tal como lo prescribe la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño. En otras palabras, la custodia no es un fin en sí misma, sino el medio para satisfacer derechos de mayor importancia del menor.

---

7 Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Clave I.3o.C., núm. 381C, AD 6123/2002. Octaviano Padilla Longoria. 23 de mayo de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Armando Cortés Galván. Secretario: Gabriel Regis López.

8 Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, Clave II.2o.C, núm. 424C, AD 433/2003. 1o. de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Aimée Michelle Delgado Martínez.

9 Artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El derecho de custodia se otorga normalmente a los padres. Pero cuando est separados, a uno de ellos se le otorga la *custodia permanente*,[10] que quiere decir q sólo ese padre será quien tenga físicamente al menor. Esto es de gran importanc como lo explicaremos en el derecho de visita y el de restitución.

Aunque el derecho convencional internacional reconoce el derecho de custod su desarrollo compete a cada Estado de la comunidad internacional.[11] No obstan las reglas internas mexicanas poco se han preocupado por el derecho aplicable (n referimos a las normas conflictuales) o por hacer factible el derecho de integ ción familiar del menor. Incluso, se ha catalogado a México como un país incumpli en los convenios internacionales como los que estamos comentando.[12]

Aunque en otros lugares la custodia se califica como *parte del estado civil* de personas, haciendo aplicable la ley personal, en México la ley no es clara, por lo se impone una interpretación. Si nos apoyamos en el derecho comparado, lo que par ce ser viable, en México también recurriríamos a la ley reguladora del estado c para designar el derecho aplicable al estatuto del menor, salvo las reglas uniformes derecho convencional internacional a que nos hemos referido.

Respecto a quién debe ejercer la custodia, México no ha celebrado tratado algu que resuelva el problema, por lo que la respuesta debe encontrarse en la ley interna, q es diferente en cada país. Así, por ejemplo, en República Dominicana, en caso de divo cio los hijos hasta la edad de cuatro años permanecerán bajo el cuidado de la madr los mayores de esa edad a cargo del padre que haya obtenido el divorcio (art. 12, pár fo 1 de la Ley 3932, CC de Rep. Dominicana). En Chile, en caso de divorcio o nulid de matrimonio los menores de 18 años quedan al cuidado de la madre. En México de tenerse cuidado, ya que en el caso de conflictos de órdenes jurídicos cabría la posib dad de anteponer normas imperativas que hicieran aplicable sólo el derecho mexica pero, en caso de no existir normas imperativas o normas materiales, se podría recur a las de conflicto, sin que en ningún momento se olvide el *favor filii*. En general, México los jueces otorgan el cuidado de los hijos a la madre cuando son pequeños,

10.4. Derecho de visita y convivencia

Detrás de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño está la idea de q los padres deben mantener *comunicación con sus hijos*. De esta manera, la ausen

10 Con derecho de *custodia permanente* queremos referirnos a la persona que tiene en primer lu los derechos para ejercerla, que es la persona a quien se le entrega física y materialmente el me y que, a la vez, posee mayores derechos que el padre o madre, a quien sólo se le otorga derec visitarlo y conserva en parte ciertos derechos de custodia.

11 Tómese nota de que la Convención de La Haya no indica quién debe ejercer la custodia.

12 Mayela Celis Aguilar, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional Menores: su práctica y jurisprudencia internacional", en *XXVIII Seminario Nacional de Der Internacional Privado y Comparado*, Pachuca, 2004.

de uno de los padres puede dar lugar al derecho del hijo a comunicarse con su padre o madre ausente, por cualquier medio o visitándolo. El divorcio no impide el derecho del menor a convivir con uno u otro de sus padres.[13] En el desarrollo del derecho convencional internacional sólo la última hipótesis (la visita) ha sido abordada, seguramente porque se trata de uno de los derechos humanos más apreciables.

El derecho de visita del hijo se establece como norma internacional, especialmente en la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.[14] Acorde con ésta, el derecho de visita corresponde al "derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente de aquel en que tiene su residencia habitual". Según nuestros tribunales, todo menor tiene el derecho de visita, mientras al visitado no se le haya privado del derecho de patria potestad,[15] respuesta que no es acogida en otros países, pues el hecho de castigar al padre privándolo de la patria potestad no debe implicar la pérdida del derecho del menor para visitar a su padre o madre, de tal manera que los lazos de afecto no se pierdan. Por otro lado, la patria potestad es un concepto poco empleado en Europa y en los derechos anglosajones no existe, por lo que vincular al derecho de visita a dicho concepto puede provocar conflictos con el tráfico jurídico internacional.

En estas condiciones no podrán ser válidos los convenios que los padres celebran (generalmente al momento de divorciarse) en el que acuerdan que alguno de ellos "no podrá ver a su hijo, ni siquiera que éste lo visite". Lo anterior, porque se trata de los derechos del menor, no de los padres; además, porque la Convención de La Haya (art. 5o., fracc. 2) no establece excepciones.[16]

El derecho de visita, por ser un derecho humano del menor es irrenunciable y aunque puede ser objeto de pactos, sólo pueden ser aprobados acorde con el *favor filii*. Incluso, como parte del derecho de convivencia que es, debe ser resuelto oficiosamente por el tribunal.[17]

13 *Semanario Judicial de la Federación*, AR 4940/99, Lucía López Calzada y Adolfo Ramos Lemus, 28 de enero de 2000, unanimidad de votos. Ponente: Rafaela Reyna Franco Flores. Secretaria del tribunal autorizada por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal para desempeñar las funciones de magistrada: Leticia Araceli López Espíndola.

14 Para un estudio general de derecho de visita véase Oriol Puig Borda y José Verdaguer de Lorenzo, "Régimen de visitas", en http://www.upf.es/dret/civil/lamarca/web/regimen_visitas.pdf, febrero 18, 2003.

15 *Semanario Judicial de la Federación*, t. I, Primera Parte-1, enero a junio de 1988, p. 373, AD 5878/87, Ariela Katz Kenner, 9 de diciembre de 1987, unanimidad de cuatro votos. Ausente: Ernesto Díaz Infante. Ponente: José Manuel Villagordoa Lozano. Secretario: Miguel Cícero Sabido. En esta resolución el tribunal pareció atender al interés de los padres en lugar del correspondiente al menor.

16 Sobre antecedentes jurisprudenciales de esta aseveración, véase Mayela Celis Aguilar, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: su práctica y jurisprudencia internacional", *op. cit.*

17 Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Clave I.11o.C, núm. 96 C, AD 698/2003. 24 de noviembre de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen

De acuerdo con un enfoque estricto, el derecho de visita del menor comprende dos aspectos:

a) El *desplazamiento del menor a un lugar diverso del de su residencia* habitual, que puede ser de otro país.
b) El *plazo limitado* durante el cual el menor estará fuera de su domicilio habitual fuera del ámbito directo de quien ejerza lo que hemos llamado *custodia permanente.*

La *custodia permanente* la ejerce la persona a quien la autoridad le ha otorgado el derecho de tener bajo su *cuidado permanente* a un menor e, incluso, de fijarle a él un lugar de residencia.

En la práctica los problemas se presentan entre quien tiene la custodia permanente y el que desea ejercerla temporalmente al amparo del derecho de visita. El litigio puede consistir en que el que tiene la custodia permanente se oponga a que el menor se desplace a un lugar diverso del de su residencia habitual, o bien, que la persona a quien se le confió la custodia temporal (con la que se encuentra el menor para ejercer su derecho de visita) viole o incumpla con el plazo limitado de visita. En ese caso podrá operar el ejercicio del *derecho de restitución del menor*, que adelante explicaremos.

En cuanto a los sujetos involucrados en el derecho de visita, se regulan por ley del ordenamiento jurídico que sea más favorable al menor. En este sentido, se resuelve el problema de disposiciones nacionales donde la visita sólo se establece entre padre e hijo, mientras que en otros se extiende a los abuelos.

En el ámbito normativo interno no hay reglas que permitan el desplazamiento internacional de un menor para que sobre él se ejerza el derecho de custodia provisional.[18] No obstante, esa regulación sí se encuentra en el ámbito convencional internacional. La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional precisa que su objeto es "velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes".

Sánchez Hidalgo viuda de Magaña Cárdenas. Secretaria: Alicia Avendaño Santos. Igualmente Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Clave I.6o.C., núm. 299C. 3656/2003. 7 de agosto de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo R. Parrao Rodrígu Secretario: Jorge Santiago Chong Gutiérrez.

18 Una resolución judicial reciente (2004) ha sostenido que el derecho de convivencia se amplía en hermanos, esto es, a la posibilidad de que dos o más hermanos puedan convivir. El tribunal d decidir sobre la "conveniencia de establecer un régimen de convivencia de los menores herma entre sí, y dirimir si ha lugar a ello, o sea, determinar dicha convivencia y, en su caso, fijar el lu y la forma en que deberá desarrollarse, decretando las medidas pertinentes para asegurar que c uno de los menores puedan continuar bajo la custodia de sus respectivos progenitores". Segu Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito, Clave II.2o.C., núm. 475C, AD 433/20 3 de agosto de 2004. Unanimidad de votos. Ponente: Virgilio A. Solorio Campos. Secretaria: Air Michelle Delgado Martínez.

Como decíamos, los derechos de custodia y visita se constituyen conforme a la *ley de cada Estado contratante*, pero ha sido el derecho convencional internacional el que se preocupa por prohijar la *cooperación internacional* para hacer factibles los derechos de visita y de restitución.

En las prácticas internas el derecho de visita de un menor suele prescribirse en los convenios judiciales celebrados en el momento de pactarse el divorcio de sus padres. Ahí se suelen pactar periodos de visita, frecuencias y lugares, aunque siempre sobre la idea de que éstos se den en el territorio nacional y no fuera de las fronteras geográficas. En algunos convenios, las personas que pactan (especialmente en la zona fronteriza norte de México en los casos de divorcio) prescriben autorizaciones para que uno u otro padre pueda llevar de visita o paseo a su hijo al otro lado de la frontera. En lo general, se trata de visitas y paseos rápidos dentro de la zona fronteriza y por lo regular se cumple con el convenio, restituyendo al menor con quien tiene la custodia permanente.

Las autoridades mexicanas para otorgar un pasaporte o una visa suelen exigir la autorización de ambos padres o de algún juez a fin de permitir el traslado del menor. En la mayoría de los casos la confianza suele privar entre los padres. Sin embargo, si el menor tiene dos nacionalidades y doble pasaporte podrá salir con el pasaporte extranjero en violación a la autorización del otro cónyuge, lo que en ocasiones sucede.

La normatividad interna reguladora del derecho de visita es sumamente escasa y corresponde a lo que también suele denominarse *derecho de convivencia* (aunque en realidad se refiere a conceptos diferentes). En general, ese derecho se le reconoce a los descendientes más que a los adultos (normalmente los padres) si para ello tomamos en cuenta el *favor filii*. Ese derecho de visita parece estar restringido a una breve temporalidad, respetando horarios de comida, descanso y estudio. No aparece para periodos más amplios y países diversos del propio mexicano (arts. 273 y 417, *CCDF*).

En cambio, en el ámbito convencional internacional se han considerado reglas que suponen mayor vigilancia y, a la vez, mayor garantía al derecho de visita, prescribiendo, al efecto, mecanismos de cooperación internacional para hacerlo efectivo, mecanismos de cooperación que no se reflejan ni se desarrollan en el derecho interno.

Para alcanzar la cooperación, según la Convención citada, las autoridades centrales de cada Estado parte podrán intercambiar información relativa a la situación del menor e incluso localizarlo, y realizar, a la vez, los actos necesarios para que se "regule o ejerza de manera efectiva el derecho de visita". Estas autoridades centrales "adoptarán las medidas necesarias para eliminar, en la medida de lo posible, todos los obstáculos para el ejercicio de ese derecho".

Sobre el particular, en el manual que al efecto expidió la SRE se establece lo siguiente: "La protección del ejercicio efectivo de los derechos de visita se tramitará en forma análoga a las modalidades inherentes al retorno del menor, y las autoridades centrales deberán procurar la cooperación recíproca para asegurar el ejercicio pacífico de dicho derecho y el cumplimiento de las condiciones a que el mismo estuviera sujeto."

La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional Menores, que surgió al amparo de la Conferencia de La Haya, fue adoptada en 19 y promulgada en México en 1992.[19] Resulta importante por la cobertura internaci nal, ya que ha sido adoptada por 55 países, entre los que podemos citar, además México, España, Estados Unidos de América, Canadá, Argentina, Francia e Ital entre otros.

Ejemplo

En el convenio de un divorcio pronunciado en México se estableció que la mad se quedaba con la custodia de dos hijos, pero durante las vacaciones escolares l niños podrían visitar a su padre. El padre, que reside en Estados Unidos de Améric solicitó a través de la autoridad central mexicana que se permitiera a los hijos vi tarlo en ese país. Según la Convención, deberán realizarse los trámites necesari que culminen con la concreción de ese derecho. Así, estos hijos podrán visitar a s padre durante sus vacaciones escolares.

Aunque ni en los convenios internacionales ni en la ley interna mexicana se expl cita la razón del derecho de visita, no cabe la menor duda de que éste sólo es u *medio para que se alcancen los fines* que prescribe la Convención de la ONU sob los Derechos del Niño: *un medio para que el niño conviva con el padre o madre q visita*.

Por lo pronto, este derecho de visita se mantiene entre los Estados parte de l convenciones o tratados que lo establecen, lo que significa que si un niño que resi en México va de visita a un país que no es suscriptor de esos convenios, puede s retenido por el padre a quien visita, sin que haya un medio internacional para ob gar al retorno del menor. Por ejemplo, se correría un alto riesgo si el menor visita su padre y éste se encuentra en un país musulmán, a menos que ese país sea suscri tor del convenio.[20]

Acorde con la Convención de La Haya que nos ocupa, la autoridad central d Estado de destino deberá realizar las acciones necesarias para hacer efectivo el der cho de visita (art. 7o., *f*), lo que obliga a México y sus autoridades a cooperar pa hacer factible ese derecho.

19 DO, 6 de marzo de 1992.

20 En algunos casos la cooperación no es tan fácil con otros países. Pensemos, por ejemplo, en el c de una mujer casada con un musulmán. Si éste se lleva al hijo a su país (Irán, Irak, Pakistán, e la cooperación para recuperarlo es prácticamente nula. Respecto a la dificultad con la que resu ven los jueces mexicanos, véase Leonel Pereznieto Castro, "Algunos aspectos del derecho fam en México y otros países de Latinoamérica", en Alfonso-Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales, op. cit.*, pp. 16 y siguientes.

10.5. Retención y sustracción de menores

El derecho de un niño a permanecer con su familia (la unión de familia) o con quien legalmente ejerce el derecho de custodia se ve afectado cuando se le impide ese derecho, ya sea por desplazamiento o retención ilícitos. Esto ocurre cuando se quebranta el derecho de visita o el de custodia,[21] como en los casos en que no se cumple con el límite temporal que impone el derecho de visita o cuando el menor es desplazado sin el consentimiento de quien ejerce la custodia permanente.

La Convención de La Haya sobre Sustracción de Menores presupone dos hipótesis en lo que atañe al ejercicio del derecho de restitución de un menor:

1. *Retención.* Que la persona en quien se confió la custodia provisional para que recibiera la visita de un menor se exceda en el plazo máximo que le fue fijado, lo cual se traduce en el incumplimiento de la obligación de regresar al menor al lugar de su residencia habitual y con la persona que ejerce la custodia permanente.

2. *Sustracción o desplazamiento.* Que el menor sea desplazado fuera del lugar de su residencia habitual y sea sometido a una custodia "de facto" a cargo de quien carece de la custodia permanente e incluso temporal (se trata del caso típico de plagio o secuestro de menores).[22]

Ambos supuestos encuadran en el *tráfico internacional de menores*, que es un acto ilícito consistente en retener o sustraer a un menor del lugar y de la persona con la que legalmente se encuentra, trasladándolo a un Estado o país diferente. En términos más precisos la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (art. 2o.) la define indicando que "significa la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor con propósitos o medios ilícitos". Como se advierte, se trata de hipótesis que suponen un quebranto al derecho de custodia o el de visita que suponen, a la vez, un incumplimiento al derecho de integración a su familia y su seguridad.

Por lo general, la persona que retiene o sustrae a un menor del lugar de su residencia habitual piensa que el foro donde retiene al menor le otorgará la custodia, lo que es falso. Como explica Elisa Pérez Vera, el estado de refugio no puede pronunciarse sobre el fondo de la custodia, salvo que no se concreten los supuestos para la

21 José Treviño Sosa, "El drama de la sustracción internacional de menores", en *El Mundo del Abogado*, año 5, núm. 46, 2003, p. 57.

22 Al negociarse la Convención Interamericana de 1989 se prefirió emplear la palabra *sustraer* en lugar de *secuestro*. Se argumentó que el tono de la última está dirigida a lo penal, enfoque al que no se refiere la Convención. Por otro lado, ha de advertirse que en el procedimiento penal no se restringe al menor (salvo que concurra la acción civil), más bien se reprime al secuestrador. La acción civil dentro del proceso penal, por lo menos en México, sólo es secundaria.

restitución del menor.[23] Esto supone que el Estado, considerado como "Esta
paraíso", carece de competencia para conocer y resolver sobre el fondo de la
todia, salvo el caso excepcional establecido en la Convención de La Haya.

Las leyes internas mexicanas prácticamente son omisas respecto a la retenci
sustracción de menores. Algunos códigos se conforman con enunciar estas c
ductas como supuestos de la restitución (arts. 350, CC de Chihuahua, y 974, CPC
Durango) y otros ni se preocupan por el tema, lo que no sólo supone despre
de estos legisladores por el derecho internacional, sino también rechazo a estas so
ciones en beneficio del menor.

Para definir el concepto de sustracción de un menor, según la Convención de
Haya, es necesario tomar en cuenta diversos aspectos:

a) En cuanto al menor sustraído o retenido, la protección sólo alcanza a quie
tienen menos de 16 años de edad.

b) Las personas que tienen el derecho de custodia sobre el menor no sólo son
padres; también pueden serlo los tutores o guardadores, o cualquier institución, in
diatamente antes de ocurrir la sustracción o retención.

c) La relación entre el menor y las personas que tienen el derecho de custodi
determina de conformidad con la *ley de la residencia habitual del menor*. Esto es, qu
esas personas se les reconocerá su derecho de custodia según la ley del lugar
la residencia habitual del menor.[24]

d) En contravención a ese derecho de custodia permanente, otra persona (
puede ser un tercero) sustrae al menor o lo retiene.

e) En la sustracción o retención internacional hay por lo menos dos países: el p
de origen del menor, que es el de su residencia habitual, y el país al cual es llevado
menor, conocido como *país de destino*.

Con relación a la ley que define el quebranto del derecho de custodia, no existe
posición especial en el orden jurídico mexicano. No obstante, podemos precisarlo
la manera siguiente: si la custodia del menor, ya lo dijimos, es parte del estado ci
entonces el quebranto a ese derecho, a esa custodia, estará marcado por la ley re
ladora del estado civil, salvo lo que prescriban las normas uniformes del dere
convencional internacional.

23 Elisa Pérez Vera, "Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de
Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores,
25 de octubre de 1980", en *Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional
menores por parte de uno de sus padres*, 12 y 13 de agosto de 2002, Montevideo, Uruguay, SIM/d
9/02.

24 Este dato es importante porque si se resolviera con base en la ley del lugar donde se localice
menor, ello se prestaría para que el secuestrador manipule a su favor la ley aplicable.

10.6. Restitución de menores

La Convención de La Haya obliga a los Estados a luchar contra la retención y los traslados transfronterizos ilícitos de niños (art. 11). Varios países han firmado diversos tratados que les garanticen el *retorno o restitución* de los menores que hubiesen sido sustraídos o retenidos en el extranjero. En México son dos los principales instrumentos que ratificó el Senado y constituyen derecho vigente:

a) La Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, signada al amparo de la Conferencia de La Haya en 1980.[25]
b) La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, signada al amparo de la IV CIDIP en Uruguay, en 1989.[26]

Existe otra convención celebrada al amparo de la V CIDIP en la Ciudad de México, pero aún no se publica el decreto de promulgación pues sólo se publicó el de aprobación por el Senado. Se trata de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores.

En la elaboración de esta Convención se introdujo un capítulo penal que es el que (aparentemente) ha retraído a los países a su adopción. Algo de esto se advirtió durante el proceso de negociación, pues aunque la idea original sobre la que se comenzó a trabajar contenía un capítulo punitivo más amplio, el que luego se aprobó sufrió considerables reducciones.[27]

La Convención Interamericana sobre Restitución, como en general el resto de las convenciones interamericanas, tiene escasa cobertura pues sólo cuenta con 16 países que la han ratificado; en cambio, la amplitud de la Convención de La Haya es mucho mayor, ya que incluye a 71, entre ellos los tradicionalmente considerados países de destino, como Estados Unidos de América y España. La práctica nos ha mostrado la intensa aplicación de esta última Convención. Basta recordar que hasta el momento México ha recibido solicitudes, entre otros, de Alemania, Argentina, Canadá, Colombia, España, Estados Unidos de América, Francia, Holanda, Inglaterra e Italia. A su vez, México ha presentado solicitudes a Argentina, Canadá, Checoslovaquia (antes de la escisión), España, Estados Unidos de América, Francia, Inglaterra, Israel y Nueva Zelanda.[28] Pero

25 DO, 6 de mayo de 1992.
26 DO, 6 de julio de 1994.
27 Una idea cercana a la época de la negociación puede verse en quienes fueron delegados de México en la negociación: Jorge Alberto Silva, "Aspectos procesales de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores", en *XVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*. Igualmente en Víctor Carlos García Moreno, "Tráfico internacional de menores: análisis de la Convención Interamericana", en *Estudios jurídicos en homenaje a Antonio Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM*, UNAM-Porrúa, México, 1996.
28 Informe obtenido del licenciado Elí Rodríguez, asistente de los consultores externos de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, noviembre de 1998.

en realidad la inmensa mayoría de los casos se dan con Estados Unidos, país en el q como es natural, existe el mayor tráfico jurídico internacional por los varios millone mexicanos que han emigrado.

Llama la atención en la Convención de La Haya, tal como expone Marina Varg que este convenio "no hace referencia a la protección de los menores en función su filiación sino por el simple hecho de ser menores de 16 años".[29]

La Convención de La Haya presupone, para la restitución, que hubo una infr ción al derecho de custodia en la retención o un traslado ilícito (art. 8o.).

En el derecho interno mexicano no existe ninguna disposición que facilite la re titución internacional de menores. Éste es un punto sensible en el ejercicio profesi nal en esta materia. Debido a la mala práctica en el sentido de que México ratif convenciones internacionales sin aprobar paralelamente leyes de aplicación esas convenciones, en el caso que nos ocupa la falta de leyes que permitan la ca aplicación de dicha Convención se ha convertido en un permanente foco de conf to para los afligidos padres extranjeros que tratan infructuosamente de recupera sus hijos, que han sido desplazados de manera ilícita e internados en territorio nac nal por padre o madre mexicanos. Este hecho, que se ha convertido en una verdade pesadilla para los afectados, provoca en cada ocasión el incumplimiento de Méx a un compromiso internacional.

Por lo general, los códigos mexicanos que aluden a la restitución parecen refer se al supuesto de que el menor y sus padres se encuentran dentro del territorio me cano, y aún más, su ámbito espacial de validez sólo parece referirse al territorio de entidad federativa correspondiente para el que se emite el *Código*. Esto es, no mue tran la posibilidad de atender los problemas de tráfico jurídico internacional

El *Código de Procedimientos Civiles de Durango* es, junto con el CPC de Queréta uno de los dos ordenamientos en toda la República que presta atención a la restitució internacional. El primero presupone que procede cuando ha habido una sustracción una retención ilícita internacional, aunque el punto que regula se reduce a la comp tencia del juez, indicando que será el del lugar donde el menor se encuentre (art. 159 CPC). La disposición, aunque bien intencionada, desconoce las reglas de competen internacional, ya que es sabido que las normas de competencia interna son unilatera por naturaleza y no distributivas, como las establecidas en los tratados.[30] El legislad de Durango no puede asignar competencia a tribunales extranjeros. Algo similar pre cribe el CPC de Querétaro, pero sin aludir al aspecto internacional (art. 154).

29 Marina Vargas, *La protección internacional de los derechos del niño, op. cit.*, p. 102.

30 Artículo 159 *bis*, CPC de Durango: "Será competente para ordenar la restitución inmediata de menor de edad cuya residencia habitual se encontrare establecida en el extranjero, y que haya s objeto de un traslado o retención ilícita en México, en los términos previstos para tal efecto por tratados internacionales celebrados por México, *el Juez de lo Familiar del lugar en que éste se encu tre*, sin que para ello resuelva sobre la cuestión de fondo del derecho de custodia."

Diferente ha sido la experiencia en el derecho interno de otros países. En Colombia, por ejemplo, la ley interna prescribe que, sin perjuicio de lo acordado en convenios internacionales, deben adoptarse las medidas necesarias para el retorno de un menor.

En EUA los mecanismos de restitución se han implementado en las leyes de cada entidad federativa en los términos que explicaremos en seguida. La *Uniform Child Custody Jurisdiction Act*, que es un modelo de ley para ser adoptada por cada entidad federativa, ha sido incorporada por cada una de sus 50 entidades en el periodo comprendido entre 1973 y 1984, con ligeras variantes. La que ahora es ley, otorga competencia al juez del que fue domicilio del menor sustraído durante los primeros seis meses. La mera presencia física del menor en una entidad no da competencia a los tribunales del lugar, pues se requiere una conexión significativa, aunque existe la posibilidad de que se decrete un *forum non conveniens* siempre que exista otro más favorable.

Con anterioridad a la implementación de estas fórmulas, los tribunales de EUA tendían a revisar el mérito de lo resuelto en el foro de origen e incluso a modificar lo resuelto. Con la nueva, todo esto se ha mitigado, pues la resolución de otra entidad federativa podrá ser ejecutada donde el menor se encuentre. Respecto a la competencia judicial, se prescribe que ningún tribunal podrá asumir competencia cuando el demandante ha sustraído al menor de quien tenía la custodia física o lo ha retenido después de una visita de éste. Aunque todas esas disposiciones se refieren a las relaciones de tráfico jurídico interestatal, la sección 23 prescribe que se aplicarán en las cuestiones internacionales.[31]

Debido a la ausencia en la normatividad mexicana de disposiciones relativas a la restitución, el panorama del tráfico internacional se ve más complicado, pues de hecho no hay nada en las leyes internas.[32] Una parte de esta falta de reglamentación se debe a que es a las entidades federativas a las que les compete receptar los convenios internacionales de este tipo, lo que les provoca problemas, ya que suelen creer que todo lo internacional pertenece a la Federación. Algunos juristas de entidades federativas han incluso afirmado que todo lo relacionado con extranjería es competencia federal. Lo que sucede es que tienen un concepto equivocado de la extranjería, pues en esa expresión suelen incluir todo, absolutamente todo lo que tenga algún vínculo con el extranjero. Algo de estas malas prácticas e interpretaciones se las debemos a diversas resoluciones federales que en cierta forma han federalizado asuntos del estado civil de las personas, como tuvimos la oportunidad de explicar al referirnos al divorcio.

31 Amos Shapira, "Private International Law Aspects of Child Custody and Child Kidnapping Cases", en *Recueil des Cours*, 1989-II, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1989, pp. 177 y siguientes.

32 Jorge Alberto Silva, "Los convenios internacionales relacionados con el derecho de familia: su falta de recepción en el derecho interno mexicano", en *XXVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Pachuca, 2004.

En la práctica profesional de este tema en México, como dijimos, la grave dif
tad estriba en la carencia de leyes que posibiliten la aplicación de la Convenció
que da lugar a que los jueces se mantengan temerosos de aplicar ésta en sus térm
por no haber una figura paralela en su legislación que se los permita. Lo que es
los jueces mexicanos suelen asimilar la figura del desplazamiento ilícito a figuras c
nas establecidas en su legislación dando así al traste con la aplicación de la Conven
y provocando, en consecuencia, el incumplimiento de México a ese compromiso i
nacional. Así, por ejemplo, se refieren a la institución de la guarda y custodia en
de entrar directamente en el análisis y la decisión del desplazamiento ilícito ni siq
es abordada. En el primer caso, el juez asume competencia con base en un juicio
visto en su *Código de Procedimientos*, y en el segundo, en la restitución, exige un
cedimiento especial (propio para problemas internos), urgente, para que el meno
sea afectado emocionalmente.

Basta que se trate de una madre mexicana que desplazó ilícitamente al me
México para que los jueces consideren que de acuerdo con los criterios de guar
custodia internos, los menores por su edad deben quedar a cargo de la madre
consecuencia, desestiman la petición de traslado del menor hecha por un
extranjero que previamente revocó precisamente la guarda y custodia de la m
en virtud de la comisión del desplazamiento ilícito. Esta petición de acuerdo co
Convención es así desestimada por los jueces mexicanos, quienes deciden lit
mente como "se les ocurre", lo cual es muy grave para el sistema judicial mexic
En el fondo, lo que sucede es que confunden el procedimiento de guarda y cust
con el de restitución, que es lo que se reclama en el plano internacional.

En la práctica es importante optar por procedimientos que den algún result
De ahí la importancia de que nos pronunciemos en torno a un problema prác
Los jueces estatales pueden aplicar su propia legislación; sin embargo, ya lo he
dicho, nada se regula ahí del tema y nuevamente esto da por resultado que el
local se enfrasque en un procedimiento diverso del que exige la Convención. Pe
juez estatal puede aplicar el *CCFed*. La ventaja práctica que tiene esta legislaci
diferencia de las legislaciones de los estados es que contiene una regla de conf
que ayuda a aclarar la operación que debe hacer el juez. En efecto, el art. 14, frac
del *CCFed* establece que "no será impedimento para la aplicación del derecho extr
jero (en este caso la norma establecida en la Convención, que en realidad ya es d
cho mexicano por la vía del art. 133 constitucional), que el derecho mexicano
prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplica
si existen instituciones o procedimientos análogos". Es decir, el juez tiene flexibili
para escoger la vía —se trata del interés del menor— y ésta debe ser una que en
incidental o especial provea de medios de apremio o medidas cautelares, y no inic
un juicio ordinario o regular para otros problemas.

Otra cara del problema la representa en México la ineficiencia y la extend
corrupción en los investigadores o agencias de investigación necesarios para busc
encontrar y ubicar al menor desplazado. No es un problema ciertamente jurídi
pero no por ello es menos importante. Si el menor no puede ser ubicado no

posible iniciar ningún tipo de procedimiento para su recuperación, y desafortunadamente esto sucede en la gran mayoría de los casos, sobre todo cuando el padre o la madre que lo desplazan ilícitamente tienen parientes o amigos en algún lugar del país donde logran esconderse y esconder al menor y rehacer una nueva vida, con la consecuencia de que el padre o la madre que lo reclama en el extranjero pierda prácticamente para siempre el contacto con su hijo.

La restitución de menores puede proceder aun cuando el país de residencia habitual del menor no sea parte del tratado, a condición de que así lo acepte el Estado donde se verifica la retención o sustracción.

Ejemplo

Los países A y B son suscriptores de la Convención de La Haya sobre Sustracción Internacional de Menores. Un menor, con residencia en el país C (país no signante de este tratado), ha sido sustraído y llevado al país A. La madre, que también reside en C, con apoyo en el tratado demanda en A la restitución de su hijo. Aunque C no es Estado parte, A está obligado a restituir al menor.

En la restitución el menor se entrega a la persona de la custodia permanente (generalmente el o los padres), pero esa custodia puede ser en favor de la persona que ya la tenía o en favor de aquel que la hubiera ejercido de no haberse producido el traslado ilícito (art. 2o,).[33]

[33] Un caso de restitución, al margen de tratados internacionales, y sumamente politizado, fue el del niño cubano Elián González. Este niño, residente en Cuba, vivió una tragedia. Su madre, a ocultas del padre, del que estaba separada, se embarcó en una balsa junto con el menor rumbo a EUA. En alta mar la balsa se hundió y tanto la madre como otros cubanos que huían fallecieron. Elián, de cinco años de edad, se salvó milagrosamente al quedar a la deriva sobre uno de los restos que aún flotaban de la embarcación. Fue rescatado por una embarcación de EUA y ahí salvó la vida. A partir de diciembre de 1999 la comunidad cubana en Miami y algunos parientes de la madre residentes en EUA se opusieron a que el menor regresara con su padre a Cuba. El presidente cubano reclamó la restitución de Elián. El 5 de enero de 2000 el Departamento de Migración de EUA ordenó que el menor fuese restituido a su padre a Cuba. La situación causó tal conmoción en la comunidad cubana en el exilio que decidieron apelar la decisión de las autoridades migratorias estadounidenses e impidieron que se cumpliera con la restitución del menor a su padre, la cual se logró el día 22 de abril de 2000. Sin embargo, mediante el apoyo de la intervención policiaca por una orden judicial acompañada de una petición de la entonces procuradora general de Estados Unidos, Janet Reno, se hizo cesar la retención. Cabe indicar que en este caso las autoridades fueron cautelosas para no apoyarse en algún convenio internacional, puesto que Cuba no era Estado parte de la Convención, aunque sí EUA. En este caso la restitución, dado su carácter altamente político, se realizó por otros caminos. M. Guillermina Magallón Gómez, "A Brief Summary of the Decisions by the United States Federal Courts on the Elián González Asylum Petition", en *Revista de Derecho Privado*, nueva época, año I, núm. 1, enero-abril de 2002, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

10.7. Objeto y finalidad de los convenios internacionales sobre restitución de menores

Ambas convenciones internacionales (la Interamericana sobre restitución y la de Haya) fijan su objetivo y finalidad. Así, la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores pretende "garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante" (art. 1o.). Por su parte, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores procura "asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado parte, o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente" (art. 1o.).

Como se advierte, se trata de convenios que establecen mecanismos internacionales de acción inmediata. No se trata de convenios en los que tenga que reconocerse alguna resolución relacionada con la custodia, ni que ésta tenga que ser revisada, sino que el objetivo es que se restituya al menor.[34] Sin duda, esto le da mayor relieve al derecho convencional internacional por sobre el derecho interno, ya que en estos términos pretende ser una Convención autoaplicativa que el juez debe reconocer y aplicar directamente; sin embargo, ya nos referimos a los problemas que una acción como ésta encuentra en México.

Al lado de estos dos tratados, la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores se dirige a la pronta restitución de menores víctimas del tráfico internacional. Se trata de la única Convención de CIDIP que regula algunos aspectos penales a fin de que cada Estado prevenga y sancione dicho tráfico. También asigna la competencia a los órganos penales para conocer de estos delitos (art. 9o.). En realidad, se trata de una Convención complementaria a otras porque se refiere a quienes venían ejerciendo derechos sobre los menores y a todo tipo de personas. Prescribe además, la posibilidad de anular adopciones cuando éstas se hubiesen originado en tráfico ilegal de menores.

En fin, se advierte que se trata de instrumentos internacionales que facilitan la cooperación internacional, aligeran el reconocimiento de resoluciones extranjeras y tienden a establecer el *favor filii*. Sin embargo, falta que el legislador mexicano tome conciencia de la importancia del tema para que regule la aplicación de la Convención y México pueda cumplir cabalmente con sus compromisos internacionales.

Competencia internacional para conocer y decidir sobre la restitución

Los tratados internacionales a que nos referimos facultan para conocer sobre la restitución de los menores sustraídos o retenidos a las autoridades judiciales o administrativas del Estado parte *donde el menor tenía su residencia habitual.*

34 Amos Shapira, *op. cit.*, p. 191.

En casos de urgencia, la solicitud de restitución puede ser presentada en el Estado donde se encuentra o se supone que está el menor; o bien, en el Estado donde se produjo el hecho ilícito de la sustracción (*forum loci commisi delicti*).

Además de esos Estados, también se le reconoce competencia a otro órgano auxiliar y de colaboración, como la *autoridad central* de cualquiera de los Estados parte. La autoridad central de donde se cree que se halla el menor está facultada para realizar los actos necesarios tendientes a la localización del menor,[35] así como a su restitución, y para efectuar los arreglos que faciliten su rápido regreso. La autoridad central está obligada además a auxiliar a los interesados para que obtengan los documentos requeridos en los procedimientos de restitución.[36]

En México la autoridad central, que depende de la SRE, cuenta con poco presupuesto y personal, y a pesar del encomiable esfuerzo de estos funcionarios que siempre están prestos a servir, la cantidad de peticiones de autoridades centrales es abrumadora. Sólo de EUA las peticiones anuales fluctúan entre 400 y 500, más las que provienen de otros países. Esto dificulta el seguimiento de los juicios, lo que se convierte en un factor negativo en estos procesos, sobre todo en cuestión de tiempo, que siempre va en contra del menor porque cuanto más tiempo pase, más difícil y traumático resulta su desarraigo del hogar del padre o madre que lo retuvo ilícitamente.

Parte de la jurisprudencia mexicana ha reconocido estos principios y dado cumplimiento a lo prescrito en la Convención de La Haya.[37] No obstante, ya lo dijimos, México ha sido catalogado como un país incumplidor de estos tratados por la carencia de leyes aplicativas del tratado, así como por el abuso de los recursos judiciales.

Debe tomarse en cuenta que la competencia internacional no se enfoca en darle un foro a la persona que retuvo o sustrajo a un menor para que ahí se le otorgue la custodia. El foro internacional aceptado sólo está referido a que el menor sea restituido, de ahí que se habla del *lugar de la residencia del menor.*

35 El hecho de que la autoridad central esté facultada para localizar al menor no significa que sea la única competente para estos actos, ya que también puede hacerlo el juez, la policía o cualquier otra autoridad que auxilie. Lo que el Convenio prevé no es una investigación policiaca, aun cuando la policía puede recurrir a sus técnicas; además, la confidencialidad no está establecida en el Convenio. Cristina González Beilfuss, "La aplicación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores: estudio de derecho comparado", en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles)*, Ponencias, comunicaciones de trabajo de las Jornadas de profesores de derecho internacional privado de Toledo, Toledo, 1991.

36 Aunque inicialmente la consultoría jurídica había ejercido la autoridad central de la SRE, a partir de la celebración de los convenios de coordinación con cada entidad federativa tal función fue delegada a los sistemas nacional y estatales para el Desarrollo Integral de la Familia. SRE, *Manual para la restitución internacional de menores*, p. 4.

37 *Semanario Judicial de la Federación*, Competencia civil 72/94. Esta tesis admite que se puede recurrir ante un tribunal federal o uno local.

Procedimiento tendiente a la restitución

Aunque referidas propiamente a la cooperación internacional (examinadas en o apartado de este libro),[38] las solicitudes de restitución podrán transmitirse media exhorto o carta rogatoria, a través de la vía diplomática o consular, o de la autorid central, que es la vía más expedita y recomendable según la Convención de La Ha Mediante esta última autoridad se concreta el mecanismo internacional de acc inmediata al que líneas arriba nos referimos y que en seguida examinamos.

Una *demanda de restitución* de un menor, con la que se inicia el procedimie rápido, debe contener:

a) Antecedentes de hechos relativos a la retención o sustracción. En este rub se incluirá la información suficiente respecto a: *i*) el solicitante; *ii*) el me sustraído o retenido, *iii*) la persona que lo trasladó o retuvo, si fuere posi
b) Información relativa a la presunta ubicación del menor, así como las circu tancias en que se realizó el traslado o la retención.
c) Los fundamentos jurídicos para la petición.

Se agregará:

a) Copia de la resolución que motive la demanda y comprobación sumaria la situación fáctica.
b) Documentación que acredite la legitimación procesal.
c) Certificación oficial de la autoridad central o cualquier otra autoridad co petente respecto del derecho vigente en la materia en el Estado donde se hac solicitud.
d) Traducciones necesarias.
e) Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.
f) La autoridad competente podrá prescindir de algunos de estos requisitos su juicio se justificara la restitución" (arts. 9o. y 10, Convención Interameric sobre Restitución Internacional de Menores).

Conforme a la Convención de La Haya, en la demanda de restitución debe inclu el *Certificado de traslado ilícito del menor* o el *Certificado de retención ilícita del me* Se trata del documento en el que se hace constar o certificar que se ha produc el traslado ilícito de un menor (o que se ha concretado una retención ilícita mismo). Cualquiera de ambas certificaciones se expide por las autoridades del lu donde se encontraba la residencia habitual del menor y se apoya en el derecho de Estado. El certificado se dirige a las autoridades del Estado adonde el menor fue t ladado o está retenido.[39]

38 Véanse los capítulos 18 y 19 de este libro.
39 Artículo 15 de la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacion Menores.

Esta demanda o solicitud podrá transmitirse mediante la autoridad central del país de origen, a la autoridad central del país donde se encuentra retenido el menor. Esta última autoridad realizará los actos necesarios para lograr la restitución. La rapidez y acción inmediata se imponen para reconocer las resoluciones extranjeras y para ejecutarlas.

La autoridad que vaya a emitir la *orden de restitución* podrá pedir, antes de su emisión, una certificación que acredite que el traslado o la retención del menor se hizo en forma ilícita. En caso de que el menor se encuentre retenido en México, la autoridad central mexicana estará obligada a realizar los actos que establece la Convención de La Haya.

Un tribunal colegiado sostuvo el criterio de que el menor debe contar en México con el asesoramiento de un abogado durante el procedimiento relativo a su restitución.[40] Si se trata de un abogado de oficio del tribunal, el seguimiento y cuidado que amerita un proceso de esta naturaleza no se da por el exceso de trabajo de estos funcionarios; si es un abogado contratado por el padre o la madre, según el caso, se podrá correr el riesgo de que el consejo legal sea distinto. Entonces esta resolución plantea un problema, en vez de dejar a los abogados de las partes que disputen la legitimidad del derecho que tiene cada uno de los padres.

Un dato que ha de tenerse presente en la cooperación consiste en que no es necesario algún procedimiento de exequátur, que ha sido seguido en otros países.

Con cierta frecuencia nuestras autoridades tratan de encuadrar el procedimiento en alguno de los ya existentes en sus códigos. Así, encauzan la petición en el procedimiento ordinario, el sumario, en un incidente e incluso hasta en los interdictos de recuperar la posesión, etc. En realidad, no se trata de ninguno de éstos; los convenios internacionales establecen su propio procedimiento, que no tiene nada de semejante a un proceso contencioso.

En la práctica, algunos jueces actúan con temor o desconocimiento del tema actuando incorrectamente y suelen no obsequiar la solicitud de restitución que se les presenta en términos de la Convención.

Un tribunal mexicano ha introducido un elemento curioso que no parece existir en otros lugares del mundo. Ha estimado que la orden de restitución de un menor es "una virtual deportación", lo que implica procedimientos de mayor tutela y procedencia del amparo sin necesidad de sujetarse a plazos fijos.[41] Es obvio que con criterios erráticos como éstos —además de reflejar la ignorancia de los jueces sobre la cuestión— se obstaculiza el retorno de un menor y el cumplimiento de los compromisos internacionales de México.

40 *Semanario Judicial de la Federación*, Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Civil del Primer Circuito, t. VI, octubre de 1997, tesis 1.2.c11.c, p. 765.
41 *Semanario Judicial de la Federación*, Segundo Tribunal Colegiado de Circuito, t. VI, octubre de 1997, tesis 1.2.c.9c, p. 767.

Rechazo a la restitución del menor

Acorde con el derecho convencional internacional, las autoridades del Estado do se encuentre el menor podrán rechazar la restitución de éste cuando:

a) Las personas que reclaman la restitución "no ejercían efectivamente su de cho en el momento del traslado o de la retención o hubieren consentido al traslad

b) Exista un riesgo grave si con motivo de la restitución se expusiera al meno un peligro físico o psíquico. Este motivo ha sido explotado ampliamente por los ju ces mexicanos para negarse a otorgar la restitución si el menor es un niño peque y quien lo retiene ilícitamente es la madre, y como no encuentran un procedimie to idóneo —por desconocer la aplicación directa de la Convención— lo encauzan p un procedimiento de custodia y así se constituye un juicio largo y costoso para parte que reclama la restitución.

c) El menor se oponga a esa restitución, caso en el cual el juez decidirá con ba en la edad y madurez del menor. Desafortunadamente, cuando ya ha pasado tiem con la retención del menor, éste suele no recordar la vida que tuvo al lado de qui lo reclama y, por tanto, su capacidad de decisión se reduce sensiblemente, sobre to por el hecho de que quien lo retiene lo adoctrina para las respuestas que deba d al juez, de ahí que este momento es vital en el proceso y el juez debe estar solo con menor para un adecuado interrogatorio.

Cualquiera de estos casos supone un acto discrecional (aunque no arbitrario) juez apoyado en *el mejor interés del menor*, sin que sea dable una interpretación mec nica o gramatical descontextualizada de la realidad.

No hay que perder de vista que las hipótesis de rechazo a la restitución son exce cionales. Tómese nota de que el menor sustraído lo ha sido porque quien lo sustr jo quebrantó su obligación de respetar la custodia que sobre el menor se ejercía bien, violó el periodo de visita a que quedó obligado. El no retorno del menor sign fica, en gran medida, legalizar lo que fue ilegal, pues como por lo regular ocurre, que lo "robó" lo hizo por diversas razones (malos tratos a su persona o al meno el encontrarse en un país extraño, etc.). Sin embargo, una vez sustraído el menor establecido en México, suele solicitar a un juez que declare "el abandono de hoga del cónyuge y le otorgue la patria potestad del menor, para tratar así de "legalizar" ilícito. Los estudiosos de estos temas están de acuerdo en que el derecho convenci nal no proporciona defensas al "delincuente" para que constituya una nueva cu todia. Como explica Shapira al relatar el desarrollo de la Convención de La Haya, é partió, entre otros principios, de aquel que sostenía que un "secuestro" siempre será co trario al interés del menor.[42]

Pedro Pablo Miralles Sangro se muestra partidario de reducir o terminar c la cláusula de orden público y la multiplicación de las cláusulas de excepción, con

42 Amos Shapira, *ibidem*, p. 192.

las que hemos enumerado, pues ello "implica una desviación de las finalidades esenciales de los expresados instrumentos internacionales y, por tanto, poco acorde con el *interés del menor secuestrado*". A la vez, sostiene que ante el panorama de excepciones convencionales a la restitución de los menores *secuestrados* que se han establecido en diversos tratados internacionales, hay que formular, al menos, la pregunta siguiente: ¿por qué tanta precisión y esmero a la hora de restar fuerza al objeto básico del sistema convencional contra el *secuestro* internacional de menores? Y la respuesta —contesta sin cortapisa el propio Miralles— es que se encuentra en la *falta de voluntad política de los Estados para garantizar plenamente el interés del menor*, lo que incluso se refleja en el derecho convencional internacional.[43]

El argumento que tiende a negar la restitución apoyado en que existe un riesgo grave cuando con motivo de la restitución se expone al menor a un peligro físico o psíquico ha sido manejado ante los tribunales de otros países. Aquí el elemento psicológico desempeña un papel de gran importancia, pero no es éste el que debe impedir el retorno del menor al lugar de donde fue sustraído. Amos Shapira, en su curso de La Haya, planteó con detalle el caso de Joseph Jundeff, una persona domiciliada en Alemania que conoció a una mujer en Israel, con la que se casó y regresó a vivir a su país, donde procrearon dos hijos. Con el paso del tiempo hubo un distanciamiento que los llevó a plantear un juicio de divorcio en Alemania. Estando pendiente el juicio ella se fue a Israel, donde escondió a los hijos, que luego, al cabo de un año, fueron descubiertos. En Israel se recibió la solicitud alemana para que los menores fueran regresados. A partir de entonces pasaron varios años, con juicios y apelaciones, todos los cuales perdió la madre, a la que se le ordenaba entregar a los menores.

Pese a todo lo anterior, ella se las ingenió para que la prensa le ayudara provocando una opinión pública favorable hacia ella. No obstante, los tribunales siempre insistieron en que los niños debían retornar, sin que importaran los informes psicológicos que ella presentó y que indicaban que los menores se habían adaptado a la vida en Israel. Por fin, tres años después los menores fueron llevados a Alemania. Esto significa que los procedimientos retardatarios que se utilizaron para darle tiempo a la madre —y así se hizo ver en el juicio— no contaron para negar la entrega de los menores y que los tribunales israelíes, a pesar de que su madre era de ese país, se mantuvieron firmes en la idea de que los menores fueron sustraídos ilícitamente. Una cuestión de importancia es que los sentimientos, la pasión y la emoción que envuelven este tipo de pleitos deben ser cuidados por el juez.[44]

43 Pedro Pablo Miralles Sangro, "Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el 'secuestro' internacional de menores", en *Diario La Ley*, 5659, http://www.laley.net/buscar/busdiario_cgi, noviembre 25, 2002. En otro texto Miralles Sangro reitera su posición, calificando las excepciones como excesivas. Elisa Pérez Vera (comp.) *Derecho internacional privado*, vol. II, *op. cit.*, p. 229. De la misma autora, veáse "Algunos inconvenientes jurídico-políticos a superar para lograr la eficacia de los convenios internacionales contra el 'secuestro' internacional de menores", en *Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres*, 12 y 13 de agosto de 2002, Montevideo, Uruguay, SIM/doc. 10/02.

44 Amos Shapira, *ibidem*, pp. 174 y siguientes.

En un caso habido en México, un juez mexicano se negó a la restitución por solo hecho de que el menor (13 años de edad) dijo que *estaba o se sentía mejor* *su madre* (que se hallaba en México) que con su padre, al que también quería. E le bastó al juez para negar la restitución, circunstancia que, por sí sola, no supo estimar un correcto *favor filii*. Lo que el juez debió haber hecho en este caso tomar en cuenta la regla que le imponía la obligación de restituir al menor y só mediante pruebas y argumentos convincentes y plausibles negarla si la hipótesis qu daba contemplada en la Convención de La Haya. Por encima de la opinión del men está el mejor interés del mismo, que debe ser evaluado por el juez. A este respec como se recordará, nos referimos al problema que se plantea en el interrogatorio menor por parte del juez.

Como se advierte, la decisión de no restituir debe implicar un argumento y va de mayor peso que lo que implicaría la restitución. Un argumento sería que de re tuirse al menor se pondría en peligro su personalidad e integridad física y emoc nal. Otro argumento socorrido ha sido alegar que el padre, quien tenía la custod abusaba sexualmente del menor. Se trata de una defensa a la que se recurre con f cuencia en algunos lugares, pero que en la mayoría de los casos sólo es una treta p lograr que se impida la restitución y que el menor se quede con quien lo sustraj retuvo.

Debe tenerse presente que las hipótesis de rechazo a la restitución no signifi necesariamente que se rechace la resolución extranjera con base en algún supue de excepción al reconocimiento de resoluciones extranjeras. Más bien, todo pan indicar que se trata de una nueva resolución que vuelve a tomar en cuenta la posi lidad de restituir a un menor apoyándose en nuevos datos que tratan de lograr mejor interés del menor. En gran medida, se trata de datos que actualizan el juic sobre el interés del menor, por lo que deberán estar fundamentados en pruebas in futables. Considérese que no se trata de una resolución fácil, sino de una resoluci extraordinaria.

Un dato relevante para ser tomado en cuenta es el hecho de que la restituci procede y su procedimiento es autónomo respecto de cualquier otro procedimien interno sobre custodia que se hubiere abierto, procedimiento que no suspend restitución. De pensarse lo contrario, ello impediría la aplicación de los conven internacionales, tal como se ha resuelto en otros lugares del mundo, como es el c de España.

10.8. Complicaciones en la custodia, secuestro y restitució

En este apartado nos referiremos a dos ejemplos de los numerosos problemas pueden generar las acciones relativas a la custodia, secuestro y restitución de men res con la finalidad de enfatizar en lo complicado y, a veces, en las inesperadas re luciones.

Primer caso. Richard B. Perrenot reseñó un caso relativo a una sentencia mexicana y a una resolución de Estados Unidos de América; *aunque coincidieron en el resultado final, la sentencia mexicana no fue confirmada.* En ninguno de estos casos se aplicó convenio internacional alguno, pues no estaban vigentes. Se trató de la señora Avenier, quien planteó demandas sobre guarda y custodia de sus hijos en tres países: Francia, México y Estados Unidos de América.[45]

En Francia el asunto se inició cuando ella demandó a su marido para obtener la guarda y custodia de los hijos menores. Durante el juicio, las partes celebraron un convenio que fue homologado por el tribunal francés, que lo admitió como si fuera una sentencia. Dicho tribunal admitió que se otorgara la custodia a la abuela paterna. De hecho, esto significó que el padre podía seguir disfrutando de sus hijos y la madre se quedó con el derecho de visitarlos en periodos específicos. En 1944, durante la Pascua, cuando los menores estaban bajo el cuidado de la madre, ésta huyó a México con ellos.

En 1945 la madre demandó ante los tribunales del estado de Morelos (México) el divorcio de su marido, así como la guarda y custodia de sus hijos. En esa época, conocida por la proliferación de "divorcios al vapor" (véase *supra,* capítulo 7), la persona demandante podía obtener su residencia fácilmente en esa entidad y al cónyuge demandado se le notificaba por estrados del juzgado, con lo que, por lo general, nunca se enteraba de que había sido objeto de demanda. En el caso expuesto ocurrió precisamente así; no obstante, el tribunal de primera instancia en el estado de Morelos resolvió disolviendo el matrimonio y otorgando la guarda y custodia de los hijos en favor de la madre. Cuando el padre de los menores, así como la abuela paterna, se enteraron de la sentencia, iniciaron un juicio de amparo ante un juez de Distrito en México, el cual anuló la sentencia del juez de Morelos.

Las decisiones del juez de Distrito y del Tribunal Colegiado de Circuito fueron recurridas por la madre ante la Suprema Corte de Justicia, que dejó sin efecto las resoluciones de una y otra instancias con el argumento de que el padre había presentado su demanda de amparo fuera del plazo legal. En el fondo, esto significaba que la custodia sobre los menores se mantenía a cargo de la madre, pues la resolución de primera instancia[46] quedó firme por una cuestión de procedimiento. Éste es exactamente uno de los problemas que se intenta evitar con la aplicación de la convención internacional. Se trata, además, de una decisión absurda, ya que en vez de sujetarla a un criterio que vele por los intereses del menor, se decide por una cuestión de procedimiento. Reducir la justicia a una cuestión de plazo no es el camino aconsejable.

[45] Richard B. Perrenot, "El reconocimiento en los tribunales de los Estados Unidos de las sentencias de los tribunales mexicanos", en *Ius, Órgano de Difusión de la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez,* Editorial Universitaria, vol. 3, México, 1986-1987, p. 33.

[46] Hemos buscado en las decisiones del Poder Judicial Federal mexicano antecedentes sobre este juicio, pero no los hallamos. No obstante, sí encontramos dos tesis de la SCJN, una de 1945 y otra de 1946. Una hace referencia al emplazamiento al tercero perjudicado y otra a una suspensión contra la deportación. ¿Qué habrá ocurrido? ¿Se realizaron trámites para expulsar al padre de los niños?

Mientras el juicio proseguía en México, la madre envió a los hijos a Laredo, e
el estado de Texas, Estados Unidos de América. En ese lugar, tanto el padre com
la abuela paterna reclamaron el cumplimiento de la sentencia francesa y el tribu
nal de primera instancia la reconoció, esto es, admitió que la guarda y custodi
deberían quedar a cargo de la abuela paterna. Esta resolución fue impugnada, y e
la segunda instancia el tribunal revocó la decisión del de primera. Resolvió que
en atención al mejor bienestar de los menores, la guarda y custodia debían queda
con la madre.

Como se advierte en este caso, la sentencia mexicana y la estadounidense coinc
dieron (los hijos quedaron bajo la custodia de la madre), pero ello no significó qu
el tribunal de Estados Unidos de América hubiese *reconocido la de México;* inclus
ese tribunal expresó que no le reconocía efectos, lo que es normal, pues el pad
nunca fue notificado de la demanda.

Respecto de estas *sentencias coincidentes,* nada encontramos en la doctrina
Perrenot tampoco explica lo que son. Al explicar el caso que narró, dice simpleme
te que se trató de un "caso indeciso".[47]

Segundo caso. Éste también corresponde a un hecho real, pero con objeto de guard
el secreto hemos cambiado los nombres de los protagonistas. Lo que aquí nos in
resa plantear es el aspecto de fondo, y especialmente el reconocimiento de las sente
cias.

El señor Buendía, de nacionalidad mexicana, se casó en Estados Unidos
América con la señora Di Tella y procrearon una niña. Al poco tiempo se divorc
ron y el juez del estado de Nueva York le otorgó la guarda y custodia de la niña a
madre, y derecho de visita al padre; sin embargo, el tribunal condicionó la guarda
custodia a que la madre no saliera del estado de Nueva York con la niña sin prev
consentimiento del juez.

No obstante la decisión de la Corte, la señora Di Tella se fue intempestivame
con la niña a Buenos Aires, donde demandó ante los tribunales internos que le ot
garan la guarda y custodia. Entre tanto, los tribunales de Nueva York sancionaron
señora Di Tella con la pérdida de la custodia de la niña y se la dieron al padre. É
hizo dos cosas: secuestró a la menor en Buenos Aires y se la llevó a México, y ante
tribunales logró que se reconociera la sentencia dictada en Nueva York, que lo fa
recía al otorgarle la custodia. El juez mexicano notificó por exhorto a la señora
Tella, quien solicitó que dicha sentencia no se reconociera. Su argumento era qu
juez mexicano no debía pronunciarse sobre el particular mientras los tribuna
argentinos no dictaran sentencia. El juez mexicano contestó que él tenía el reque
miento del tribunal de Nueva York en el sentido de reconocer y darle efectos
México a esa sentencia y no a otra, y que, por tanto, la excepción presentada po
madre no era procedente. La sentencia de Nueva York fue reconocida, decisión co

47 *Ibidem,* p. 38.

la cual la señora Di Tella no pudo hacer nada, a pesar de que tenía la sentencia argentina en su favor.

Como los casos anteriores podríamos mencionar muchos más, pues es amplia la gama de opciones que pueden presentarse con motivo del reconocimiento de sentencias sobre menores dictadas en un país para ser reconocidas en otro. Esto muestra la riqueza que siempre nos ofrece el DIPr y, en consecuencia, las posibilidades de creatividad que tiene el internacionalprivatista para obtener alternativas y soluciones. Problemas como éstos se siguen suscitando debido a la falta de normas uniformes en la comunidad internacional y, por supuesto, volveremos a enfatizar en los problemas que estos casos presentan en la práctica, porque ante todo hay que tener siempre en cuenta que las dilaciones y dificultades, además de afectar al menor se convierten en problemas con un alto contenido emotivo. Así, los dos padres al disputar muchas veces la guarda de sus hijos saben que uno de ellos puede perder la posibilidad real de volver a ver a su hijo o a convivir con él, ya sea porque quien finalmente se quede con la guarda del menor desaparezca junto con él, o simplemente porque se niegue a que el otro padre lo visite. Ello implica un nuevo juicio ante las autoridades del país donde se encuentra el menor, que por razones económicas puede no ser posible, incluso hasta el desplazamiento del padre o la madre que desea visitar a su hijo, especialmente cuando se trata de países lejanos.

10.9. Convenios de coordinación interna

La restitución de menores compete, dentro de México, a cada una de sus entidades federativas. Al igual que en el caso de adopciones internacionales, en 1994 la SRE y cada una de las entidades federativas celebraron convenios de coordinación que permiten hacer frente a verdaderos problemas de tráfico jurídico internacional. Estos convenios han sido signados, en lo que respecta a las entidades federativas, por los gobernadores, los sistemas de Desarrollo Integral de la Familia estatales (DIF) y las procuradurías de justicia.

El mismo convenio entre entidades federativas y Federación, que relaciona la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, establece internamente que será el DIF local el que reciba del extranjero las peticiones que garanticen el retorno de los menores trasladados o retenidos ilícitamente, así como la institución que asegure el derecho de visita a los menores.

De igual manera, el DIF de cada entidad federativa podrá solicitar a la autoridad central extranjera su intervención para lograr la restitución de menores que hubiesen sido sustraídos o retenidos ilícitamente. Asimismo, pedirá que se asegure el derecho de visita prescrito en la ley.

En la práctica es importante diseñar una estrategia legal que permita que una vez otorgada la restitución, el padre o la madre reclamantes se encuentren en México para que inmediatamente puedan salir de territorio nacional con el menor. De otra

forma, éste se pondrá a disposición de las autoridades del DIF y el menor pasará al confinado durante un tiempo que puede afectarlo en su bienestar por tratarse de u medio desconocido y a veces hostil, ya que estaba acostumbrado a vivir al lado d quien lo retuvo. Por otra parte, la rapidez con que se pueda desalojar al menor de terri torio nacional una vez otorgada la restitución evita que mediante un recurso de ampa ro, el retenedor pueda evitar la salida de dicho menor, máxime si consigue que el jue del amparo le otorgue la suspensión del acto reclamado que, en nuestro caso, ser la decisión mediante la cual el juez otorgó la restitución. Asimismo, es aconsejabl solicitar que un oficial de la autoridad central se encuentre al lado del padre o l madre que consiguió la restitución cuando su salida de territorio nacional se lleve cabo en un aeropuerto internacional ubicado en México, ya que le ayudará a acla rar las condiciones en las cuales el menor va a ser trasladado fuera de territori nacional, como podría ser el caso de que en el pasaporte mexicano de éste no cons tase el permiso de ambos padres para tal efecto.

Manutención y alimentos para el menor 11

11.1. Introducción

Uno de los derechos humanos de mayor importancia que se les reconoce a los hijos y a cualquier otro niño es el de ser alimentados para poder sobrevivir. Etiquetado con la denominación de *alimentos*, este concepto no es ni ha sido uniforme. Originalmente, por *alimentos* se entendía la comida que, en este caso, debería recibir un hijo, pero en la actualidad el concepto jurídico de los alimentos no corresponde a lo que anteriormente se incluía en él, ya que resulta más amplio, porque también suele abarcar el vestido, la escuela, gastos para preservar la salud, habitación y, aunque no lo dice el *Código* (art. 308, *CCDF*), transporte escolar, diversiones, etc. En realidad, se trata del *derecho de manutención* en el más amplio sentido. En Colombia, el concepto incluye los gastos de embarazo y parto de la madre.[1] Por lo general, cada país tiene su propio concepto y calificación sobre el particular, y cubre supuestos diferentes.

En el mundo contemporáneo, al menos en Occidente, la tendencia en cuanto a la expresión lingüística *alimentación* apunta hacia la inclusión de los *apoyos materiales necesarios para la sobrevivencia del acreedor alimentista*, como la comida, la educación, el vestido y la habitación e, incluso, diversiones. Como hemos señalado, aunque se les denomina *alimentos*, su significación jurídica comprende los apoyos necesarios para sostener al acreedor hasta su inserción en el grupo social del cual forma parte, encontrándose en éstos los elementos materiales, a los que hoy en día se les han adicionado valores ético-sociales.[2]

1 Artículo 133 del *Código del Menor*.

2 Véase Pedro Pablo Miralles y Elisa Pérez Vera (comp.) *Derecho internacional privado*, vol. II, *op. cit.*, p. 215. Ruben Santos Belandro, "Reclamaciones de alimentos en el ámbito iberoamericano", en Alfonso-Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, *op. cit.*, p. 779.

El derecho a los alimentos es entendido como un derecho que se deriva de u ordenamiento jurídico y como un derecho humano. En el derecho sustantivo mex cano y prácticamente en todos los ordenamientos de la familia romano-germánic la explicación del derecho de los alimentos se trasladó del derecho natural al derech positivo, pues ya no cabe hablar de derechos fuera del ordenamiento jurídico.

Un aspecto de importancia que suele privar en la mayor parte de los países es principio *favor creditorii*, esto es, un criterio de política legislativa que afirma que en ca de duda entre acreedores y deudores alimentarios se optará en favor del beneficio d acreedor. Se deriva del *favor filii*. No debe olvidarse que el acreedor normalmente la parte débil y a la que hay que proteger.[3]

Por tradición, la *relación jurídica alimentaria* ha sido vista por los iusprivatist como una parte de la relación jurídico paterno-filial, lo que hace que la ley regulad ra de esa relación sea la misma que regula a esta última. No obstante, a partir del sig XX se ha procurado dar autonomía al derecho regulador de los alimentos, indepen dizándolo de la relación paterno-filial. Como explica Elisa Pérez Vera, para la rel ción alimentaria se justifican criterios de conexión independientes dadas las exigenci particulares.[4]

Por la razón anterior el derecho convencional internacional acogido por Méxi ha independizado el tratamiento de la relación alimentaria, de manera que no qued subordinada al trato que se le da a la relación paterno-filial. Por desgracia, la l interna no tiene esta autonomía, lo que da lugar a que en México deban seguirse d modelos de tratamiento dependiendo de que se aplique o no un tratado sobre el pa ticular.

11.2. Regulación existente

En la regulación interna mexicana son pocas las disposiciones relativas a las pensi nes alimentarias con vínculos internacionales, mientras que en el campo de los acue dos internacionales suscritos por México encontramos las convenciones siguientes

a) Convención de la ONU sobre la Obtención de Alimentos en el Extranje adoptada en Nueva York, en 1956 (*DO*, 28 de enero de 1994). Está referida princip mente a la cooperación internacional y también es conocida como Convención Nueva York.

3 Aunque nos hemos estado refiriendo al menor de edad, el ordenamiento suele otorgar el dere a los alimentos a otras personas adultas, como en el caso de la madre o la persona desampara

4 Elisa Pérez Vera, "El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacio Privado", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 45, enero-junio de 1993, p. 10.

b) Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, adoptada en Montevideo en la IV CIDIP, en 1989 (*DO*, 6 de julio de 1994). Está referida a la competencia internacional y la ley aplicable.[5]

Al lado de estos convenios internacionales destacan la Convención de la ONU sobre los Derechos de los Niños (art. 27.4), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25), así como el Pacto Internacional de Derechos Económicos (art. 11),[6] que circunscriben el derecho a los alimentos y la manutención al ámbito de los derechos humanos.

Destacamos como muestra la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969. Acorde con ésta se establecen diversas disposiciones, entre otras:

a) Nadie podrá ser detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de la autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios.

b) Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

c) Con el fin de hacer efectivo este derecho y erradicar la desnutrición, cada Estado parte se compromete a perfeccionar los métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, para lo cual se compromete a promover una mayor cooperación internacional en apoyo de las políticas nacionales sobre la materia (arts. 7o. y 12).

Como antecedente de los tratados mencionados, vale citar otros convenios internacionales de importancia, como el de Nueva York de 1956, y otros cuatro surgidos en la Conferencia Permanente de La Haya (1956, 1958, 1973 y 1993). México sólo forma parte del de Nueva York. También es suscriptor del de CIDIP, esto es, la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (1989). Este instrumento tiene poco alcance puesto que los signantes son países en desarrollo y no donde por lo general se encuentran los deudores alimentistas, como es el caso de EUA; de ahí que el tratado de mayor ámbito de aplicación sea el de Nueva York.

5 Para una visión panorámica de ambas convenciones, así como del derecho interno del D.F., véase María de Montserrat Pérez Contreras, "La legislación vigente en materia de obligaciones alimentarias en el marco de la familia para el caso de menores en el Distrito Federal", en *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, Sección de Legislación, 2002.

6 Artículo 11 (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Observación general sobre su aplicación: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso *alimentación, vestido y vivienda adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

Otro dato relevante es que el país que más nos interesaría que fuera Estado par en alguno de los principales tratados mencionados no lo es. Nos referimos a Estad Unidos de América, país en el que, como se sabe, viven millones de mexicanos q han dejado atrás a muchas familias que con frecuencia dependen de la pensión a mentaria que se les pueda suministrar, lo que se agrava por el hecho de que la gr mayoría de los emigrantes mexicanos proceden de las comunidades más pobres México.

Una posible razón por la que EUA no ha suscrito ningún convenio nos lo pr senta Ramón Viñas Farré, al afirmar que ese país ha sido muy reacio a tales acue dos ya que su sistema de competencia interno apunta al foro competencial d deudor y no al del domicilio del acreedor, lo que le ha impedido celebrar est acuerdos.[7]

En la práctica, el proceso de reclamación de alimentos es de naturaleza judici lo que de inmediato implica costos que difícilmente pueden ser pagados por el acreed alimentario. Además, muchos tribunales federales de estados de la Unión America consideran inconstitucional el descuento que pueda hacerse en el salario de l trabajadores, lo que requiere apelaciones a tribunales de circuito con un cost mucho mayor para los acreedores alimentarios. Suele presentarse una dificult más: muchas veces el deudor alimentario puede cambiar de domicilio a otra ent dad federativa de Estados Unidos. En tales casos, se requiere que el proceso judici de reclamación deba volver a intentarse por considerarse en ese país un procedimie to local, y en los casos que es posible, requiere por su parte un procedimiento reconocimiento de exhorto de un juez local a otro, con el costo que también ese pr cedimiento implica. Volveremos sobre esta situación con más detalle.

En el ámbito doméstico la *Constitución* mexicana (art. 4o.) fija algunos principi programáticos: es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la sati facción de sus necesidades y a la salud física y mental. En esta disposición no privilegia a mexicanos o extranjeros, los que, acorde con la misma *Constitución* (a 1o.), poseen los mismos derechos, prohijándose un principio de igualdad. Tampo importa el domicilio de acreedores y deudores para que se haga efectiva la tute constitucional. Se trata de una típica norma imperativa o de aplicación inmedi ta que dispone que todos los menores cuyos padres se encuentren en México tien derecho a alimentos.

Por otro lado, en el caso de menores indigentes y cuando los padres no pued acudir a su manutención, el Estado debe hacerse cargo de ellos. Así se prescribe en alg nas leyes de las entidades federativas (arts. 620, CC de Hidalgo, y 596, CC de B California Sur). Por desgracia, se trata de disposiciones a las que no se les da cump miento.

7 Ramón Viñas Farré, "Convenios multilaterales sobre obtención de alimentos: necesidad de reforma", en Alfonso-Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Asp internacionales, op. cit.*, pp. 845 y 846.

11.3. Competencia internacional para conocer y resolver

No existe en el ámbito mexicano de fuente interna una regla especial de DIPr que fije la competencia internacional para conocer y resolver acerca de asuntos o litigios relativos a los alimentos. El CPCDF (art. 156, fracc. XIII) se refiere a la competencia interna del juez mexicano cuando se trata de juicios de alimentos y es la del "domicilio del actor o del demandado a elección del primero", lo que debe entenderse, en cuanto al domicilio, siempre que se ubique en México. Se fija así como foro de conexión interno al domicilio. En este contexto interno están en juego foros alternativos que el actor en juicio (normalmente el acreedor alimentista) podrá elegir. De esta manera, es posible escoger entre las autoridades del domicilio del actor o las del demandado. Además de éstas, el precedente judicial mexicano reconoce competencia al juez del lugar del divorcio cuando durante el proceso o la sentencia se determinan los derechos a los alimentos. Pero en este caso el tribunal competente es el del *domicilio del acreedor alimentista*, salvo que el reclamante del divorcio aduzca como causal el abandono, en cuyo caso el juez competente será el del domicilio del actor.[8] Se trata de un caso de competencia internacional por atracción (el divorcio atrae a los alimentos). Lo que aún no ha sido reconocido en el derecho interno mexicano es la competencia del juez del lugar donde el acreedor tuviese bienes o ingresos, el cual sería un foro de conexión favorable para el acreedor alimentista.

En las leyes de varias entidades federativas se prescribe que la cónyuge que se vea obligada a vivir separada de su marido podrá pedir al juez de Primera Instancia del *lugar de su residencia* que obligue a su marido a darle alimentos durante la separación y que le ministre todos los que haya dejado de darle desde que la abandonó. Solamente la ley de Oaxaca agrega que esa misma disposición se aplica en el caso de alimentos en favor de los hijos.[9]

Aquí es necesario reiterar que las normas de competencia interna sólo son aplicables en este ámbito. No es posible sostener que las leyes internas mexicanas que atribuyen competencia a sus órganos de gobierno también asignen capacidad a los órganos de gobierno de países extranjeros. Esto significa que las normas internas de competencia para conocer y resolver son unilaterales por naturaleza, ya que no pueden atribuirle competencia a Estados extranjeros y mucho menos a sus órganos de gobierno.[10]

La única fuente del orden jurídico mexicano o de cualquier país que le puede atribuir competencia a uno u otro Estado son los tratados internacionales.

8

9 *Semanario Judicial de la Federación*, competencia civil 93/91, 6 de abril de 1992.
Artículos 454, CC de Jalisco; 300, CC de Chihuahua; 378, CC de Guanajuato; 254, CC de Veracruz; 281, CC de Michoacán; 323, CC de Nuevo León; 396, CC de Hidalgo, y 335, CC de Oaxaca.

10 Véase Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial, op. cit.*

En el ámbito internacional, la Convención Interamericana sobre Obligacion Alimentarias establece foros de conexión alternativos susceptibles de ser elegidos p el acreedor alimentista:

a) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual d acreedor.
b) El juez o autoridad del Estado del domicilio o de la residencia habitual d deudor.
c) El juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos persona les, como posesión de bienes, percepción de ingresos u obtención de bene cios económicos.
d) Respecto de las acciones para incrementar el pago de alimentos, cualquier de las autoridades señaladas será la competente.
e) Para conocer de las acciones de cese o reducción de alimentos serán compe tentes las autoridades que hayan conocido de la fijación de los mismos.
f) Sin perjuicio de lo dispuesto, también se considerarán competentes l autoridades judiciales o administrativas de otros Estados a condición que el demandado en el juicio hubiera comparecido sin objetar la comp tencia (sometimiento tácito).

Como se advierte, el derecho convencional internacional establece *foros de protecci* que se inclinan al lado de la parte débil. Sin embargo, la Convención Interamerican es de escasa cobertura ya que pocos países son Estados parte, incluido EUA, q tampoco es parte en el tratado y que en el orden práctico es al que más le interesa México.

Un problema competencial, propio del conflicto móvil, se presenta con el dom cilio que sirve como foro de conexión: en el momento de presentarse la demanda domicilio o residencia era uno y después cambia. ¿A cuál domicilio o residenc habrá que atender?

Ejemplo

Acreedor y deudor alimentistas residían en el extranjero, lugar donde, incluso, actualizó la obligación alimentaria. Luego, el acreedor cambia su domicilio a Méxi ya que estima que este foro le ofrece beneficios mejores.

En este caso, el conflicto móvil (primer domicilio, segundo domicilio) se resuelve favor del acreedor, pues de otra manera se le obligaría a desplazarse a otro foro los inconvenientes que eso provocaría; sin embargo, el respeto al primer foro ti también inconvenientes: el juez del primer domicilio donde se demandó tendría enviar exhortos al juez del lugar del nuevo domicilio para declaraciones del deu

alimentista y finalmente para el reconocimiento y ejecución de la sentencia correspondiente.

11.4. Ley aplicable

Existen varias soluciones respecto de la ley aplicable a los supuestos alimentarios. En Alemania,[11] por ejemplo, se atiende a la ley de la *residencia habitual* del alimentista; en Rumania,[12] a la *nacionalidad de la madre* para fijar los gastos por embarazo exigidos al padre del hijo nacido fuera del matrimonio; en Corea,[13] la obligación alimentaria se regula conforme a la ley *nacional del deudor,* y lo mismo sucede en los Emiratos Árabes,[14] etcétera.

En general, la conexión nacional ha sido sustituida por la del domicilio y residencia habitual, incluso en los países europeos que hasta hace unos años defendían férreamente la aplicación de la ley nacional a todo lo que tuviera que ver con el estatuto personal.

Regla general aplicable

En el caso de las leyes internas mexicanas, salvo la de Jalisco, no existen reglas especiales del DIPr que regulen el derecho u orden jurídico aplicable a los supuestos fácticos alimentarios (quién es el acreedor, cuánto puede reclamar y a quién podrá reclamarle), de manera que para ello debe recurrirse a las *reglas generales del DIPr*. Por cierto, es lamentable que en la materia haya un atraso tan grande de la ley interna respecto a lo prescrito en el derecho convencional internacional.

En Jalisco la ley es territorial, pues prescribe que los derechos sobre alimentos se rigen por la *ley jalisciense,* pero al mismo tiempo pretende extraterritorialidad cuando ordena que fuera del estado también debe aplicarse esta ley cuando la relación se hubiese generado (la obligación se hubiese constituido) en Jalisco (art. 15, fracc. VI, CC). Se trata por otro lado de una norma de conflicto unilateral rígida en la medida que pretende la aplicación extraterritorial del derecho jalisciense y establece en su norma territorial que el derecho jalisciense también deberá ser aplicado en Jalisco, en caso de que la obligación se hubiese constituido en otro estado o en el extranjero.

Es reprobable este territorialismo exagerado (sólo la ley jalisciense se puede aplicar) pues cabría la posibilidad de que en otro foro los beneficios para el acreedor fueran más favorables, como en el caso de montos más elevados o supuestos más

11 Artículo 18, *Ley de Introducción al Código Civil.*
12 Artículo 29, *Ley sobre la Reglamentación de las Relaciones de Derecho Internacional Privado.*
13 Artículo 23, *Ley sobre el Derecho Internacional Privado.*
14 Artículo 15 del *Código de las Transacciones Civiles.*

extensos que comprendan el derecho a los alimentos, o que el periodo por el q
debe extenderse el pago sea más amplio, mejores garantías, etcétera.

La calificación del supuesto y su conexión

En la determinación del derecho aplicable a los alimentos suele presentarse un pro
blema que debe ser resuelto previamente. Se trata de saber si dentro del derech
interno mexicano los alimentos se califican como un aspecto o cuestión del estad
civil o como una categoría autónoma diferente. En principio, *no existe ninguna di
posición que indique expresamente que el derecho de los alimentos forma parte del est
do civil* de las personas y mucho menos que se adopte una calificación autónoma
independiente.

En otros países a los alimentos se les suele incluir en el estatuto personal, e inclu
so se prescribe como ley aplicable la ley personal o se les da un trato autónomo.

En el derecho interno mexicano los alimentos no se listan en el art. 24 del CPCF
(que en cierta forma comprende los asuntos del estado civil), aunque, como asunto
que deben ser resueltos mediante "acciones del estado civil" sí figuran la filiación,
tutela, la adopción, el divorcio, etc. Como puede advertirse, dentro de las relacion
que surgen de éstas (hijos con los padres, tutores-pupilos, adoptado-adoptante, ent
otras) se encuentra el derecho a los alimentos y así lo han entendido los tribunal
constitucionales.[15] No parece que a los legisladores mexicanos les hubiesen preocup
do los problemas de tráfico jurídico internacional relativos al derecho de alimento
siendo que varios millones de mexicanos habitan en Estados Unidos y sufren co
este problema cotidianamente.

La doctrina extranjera ha explicado que los alimentos se encuadran en el est
tuto personal, pero la mexicana y su jurisprudencia han sido deficientes sobre
particular.

En nuestra opinión, y de acuerdo con la ley interna, los alimentos form
parte de lo que en otros lugares es el estatuto personal, en especial las relacion
del estado civil, ya que las relaciones alimentarias derivan de las relaciones pers
nales que se generan entre acreedor y deudor alimentista y son consustanciales
ellas, como el caso de las relaciones entre ambos cónyuges o entre padres e hijo
y viceversa.

Para ser más concreto y específico al sistema mexicano, el derecho por ser ma
tenido y apoyado no es precisamente una *relación jurídica de naturaleza real*, si
personal. El hecho de darle vida a un niño genera la obligación del padre a mantene
lo y apoyarlo, con el correlativo derecho del menor a ser mantenido y alimentad
cuando menos durante su época de mayor debilidad que es la minoría de edad. E
relación personal deriva de la relación filial que es parte del estado civil. Luego, si

15 Queja 68/76, Delfina Méndez de Sánchez, 20 de enero de 1977. En otra tesis se sostuvo que el d
cho a los alimentos *surge del estado matrimonial*. Queja 75/65, Julia López Calte de Cruz, 1
agosto de 1965.

la relación filial se prescribe la obligación de mantener al hijo con el correlativo dere
cho de éste, la relación califica en el *estado civil de las personas*.

Algo similar ocurre en el caso de alimentos entre parientes (tío-sobrino, cónyu
ges-cónyuge, etc.), pues esas relaciones encajan en el estado civil de las personas y
uno de sus efectos es el pago de los alimentos. No obstante, debe hacerse una aclara
ción en cuanto a la ley aplicable.

Cuando se trata de la obligación de alimentos entre cónyuges o entre divorcia
dos, ésta se regula en otros lugares del mundo, como hemos dicho, por la *ley que rige los
efectos del matrimonio o del divorcio*, respectivamente.[16]

Salvo en la última hipótesis, por ahora no es posible afirmar que en el derecho
interno mexicano exista una autonomía de trato en lo relativo al derecho aplicable a
los alimentos, lo que sí ocurre en otros países que, incluso, cuentan con normas espe
ciales de DIPr. En México no se sigue una ley para la relación filial o la de parentesco
y otra para los alimentos. Se trata de la misma; por tanto, la relación alimentaria sigue
dependiendo de la ley designada para el estado civil de las personas. La conexión ali
mentaria en México es una conexión dependiente. Su rigidez impide que el principio
favor filii pueda ser reclamado invariablemente.

Por último, hay países que en los casos de divorcio suelen condenar al pago de
una indemnización pagadera periódicamente en favor de uno de los cónyuges. Se trata
de una sanción con la que se pretende resarcir a uno de los cónyuges por los daños
causados durante el matrimonio y no precisamente el pago de una pensión alimen
taria. Esta sanción, que con frecuencia se denomina *pensión*, se diferencia de la pensión
alimentaria pues en ésta, la finalidad es impedir el desamparo del acreedor alimentis
ta. Ambas pensiones a menudo se imponen de manera simultánea por el juez que
autoriza un divorcio o declara la nulidad de un matrimonio.[17]

En estos casos, el juez mexicano debe diferenciar ambas hipótesis, pues una (la
pensión por indemnización) se rige por las reglas de las obligaciones extracontrac
tuales, mientras que la otra (la pensión alimentaria) por las reglas sobre alimentos.
La ejecución de una y otra decisiones merece la previa calificación para luego seguir
las reglas correspondientes a su posible ejecución.

Así, resulta que si ante un juez mexicano se demanda el reconocimiento de una
indemnización de esta naturaleza, al calificarla conforme al estatuto de las obligacio
nes la va a reconocer, pero no por ese hecho va a dejar de reconocer el derecho del
acreedor alimentario a demandar alimentos conforme al derecho mexicano, donde
los alimentos como cuestión de orden público son inembargables y no pueden ser
renunciados. Hay muchas cuestiones en la práctica que pueden derivarse de un plan
teamiento de esta naturaleza. Veamos algunos.

Si el juez mexicano actúa conforme lo establece el art. 14, fracc. I, del CCFed, es
decir, si aplica el derecho extranjero como lo haría el juez extranjero, calificando

16 *Supra*, capítulo 7, Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato, op. cit.*, pp. 430 y 431.
17 Algunas sentencias españolas son ejemplo de estas resoluciones.

lege causae, indudablemente que estaría calificando a este concepto dentro de estatuto personal y, al considerarlo como tal, sin embargo, su reconocimiento se vería limitado por su orden público, que no permite sustituir la irrenunciabilidad de los alimentos, pues al considerársele como una indemnización, ésta no sería vitalicia (las penas trascendentes están prohibidas constitucionalmente), como podría ser el caso de los alimentos cuando se trate ya no sólo de un menor de edad, sino de un mayor incapaz.

Ley aplicable

De lo dicho hasta aquí, y debido a la inexistencia de normas internas especiales de DIPr, podemos afirmar que para las obligaciones alimentarias deben seguirse las mismas reglas conflictuales que se prescriben para el estado *civil de las personas*. En consecuencia, en las leyes de las entidades federativas que siguen la ley domiciliar, la ley aplicable es la del *domicilio de las personas*. Cuando la *lex fori* sea la designada, como en el D.F., ésta será la aplicable.

En el caso de que la conexión designase el domicilio o la residencia habitual cabe referirlo al del lugar que acreedor y deudor alimentista tenían, porque si uno de ellos cambia de domicilio con posterioridad, la conexión no será el nuevo domicilio. Se trata, si así fue, de un derecho que ya fue adquirido, y si se trata de demandar, el derecho mexicano indica que será el del domicilio del deudor, en este caso el alimentista. El Convenio sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias (no vigente en México) prescribe que sólo se recurrirá a la nueva conexión a partir del momento en que se produzca el cambio (art. 4o.).

Ley aplicable según el derecho convencional internacional

Respecto de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, cabe destacar que en ésta la ley aplicable (arts. 6o. y 7o.) es más avanzada que la establecida en las reglas prescritas en la ley interna (las de cada entidad federativa).

> **Artículo 6o.** Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regularán por aquel de los siguientes órdenes jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resultara más favorable al interés del acreedor:
>
> *a*) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del acreedor.
> *b*) El ordenamiento jurídico del Estado del domicilio o de la residencia habitual del deudor.

De esta manera, acorde con la citada Convención, la conexión con la ley aplicable es alternativa, y el juez es el que elige la más favorable. Esta ley será la que regule los montos, plazos, legitimados para accionar y otras condiciones. En efecto, la citada Convención prescribe:

> **Artículo 7o.** Serán regidas por el derecho aplicable de conformidad con el artículo 6o. las materias siguientes:
> *a*) El monto del crédito alimentario y los plazos y condiciones para hacerlo efectivo;
> *b*) La determinación de quienes pueden ejercer la acción alimentaria en favor del acreedor, y
> *c*) Las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de alimentos.[18]

Identificación de acreedores y deudores alimentistas

Un aspecto de interés en la elección de la ley aplicable es saber cuál será la que determine quiénes tienen la calidad de acreedor y de deudor alimentista. En Uruguay, por ejemplo, la ley interna amplía el derecho de los alimentos a los suegros, con la correlativa obligación de los yernos y nueras.[19]

En una situación como ésta, los jueces mexicanos se enfrentarían a la duda de resolver si aplican el derecho mexicano, que no es tan amplio respecto a la determinación de acreedores y deudores alimentistas como el uruguayo.

En este caso podría pensarse que un juez mexicano aplicaría el art. 6o. de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias (vigente entre México y Uruguay), que dispone la aplicación de la ley más favorable. Sin embargo, no es así, ya que la Convención, al referirse a los sujetos de la relación alimentaria, sólo alude a dos tipos de relaciones:

a) Las relaciones entre menores (como acreedores) y sus deudores.
b) Las relaciones entre cónyuges (art. 1o.).[20]

Es decir, la Convención Interamericana no comprende a los sujetos en la relación pareja matrimonial-parientes de algún miembro de la pareja, como ocurre en el ejemplo suegro-yerno a que nos referimos. Tampoco comprende a los mayores de edad como acreedores en la relación filial, aun cuando fueren incapaces.

A pesar de lo anterior, la Convención dejó abierta la posibilidad de que cada Estado pueda (en cualquier momento) incluir otro tipo de acreedores, otros grados

---

18 Esta disposición es una versión un tanto modificada del art. 10 del Convenio de La Haya, de 1973, sobre la *Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias*.

19 "**Artículo 119.** CC de Uruguay. Los yernos o nueras deben igualmente en las mismas circunstancias alimentar a sus suegros y éstos a aquéllos; pero esa obligación cesa:
1. Cuando el suegro o suegra, yerno o nuera, pasa a segundas nupcias.
2. Cuando ha fallecido aquel de los cónyuges que producía la afinidad y los hijos nacidos de su unión con el otro.
Subsistirá, sin embargo, la obligación en este caso cuando el cónyuge sobreviviente no tenga ascendientes, descendientes ni hermanos en condiciones de prestar alimentos y prueba que observa buena conducta."

20 La Convención Interamericana permite que los Estados suscriptores restrinjan estas relaciones, impidiendo que se concrete la relación entre cónyuges. Dicha declaración debe hacerse en el momento de suscribir, ratificar o adherirse a la citada Convención.

de parentesco y cualquier otro vínculo legal (art. 3o.). En uso de esta facultad, Méxic
amplió esas relaciones a las concubinarias, a los parientes colaterales dentro del cua
to grado, a los menores e incapaces, así como al adoptado y adoptante.

En el renglón de los deudores (en las relaciones con un menor) no se mencion
con exclusividad a los padres (biológicos o adoptivos), pues también cabría conside
rar a los abuelos, tíos, tutores y cualquiera otro que la norma sustantiva aplicab
pudiere designar.

Aquí es necesario hacer una precisión. Si bien la ley aplicable a los alimentos
la que rige el estado civil, en el caso de alimentos derivados de divorcio, nulida
de matrimonio o separación de cuerpos (según el Convenio de La Haya), la Le
Aplicable a las Obligaciones Alimentarias, no vigente en México, será la que rija est
relaciones jurídicas. Respuesta semejante podría ser acogida en nuestro país.

En México carecemos de regla alguna que le permita al que pagó alimento
(especialmente alguna institución pública) poder reclamar su reembolso. En est
caso, la citada Convención de La Haya prescribe que este derecho se rige por la l
que regula la institución.

La regla material

Ruben Santos Belandro sostiene que en el caso de las convenciones internacional
sobre alimentos éstas no se han dirigido a la clásica regulación de las normas de co
flicto, ni pretenden establecer sólo normas materiales. Cuando se trata de los alimento
dice, la regla de conflicto exige que se cumpla un efecto material concreto: de aquell
órdenes jurídicos designados por la norma formal *se elegirá el que resulte más favor
ble al interés del acreedor*.[21] Es decir, se trata de las denominadas *normas de conflic
materialmente orientadas*.

En estas normas coinciden dos tipos de métodos de elección:

> el método localizador y el método material son así puestos en funcionamiento en for
> coadyuvada en la misma norma, y cada uno excluye al otro en su propio campo de ap
> cación. El enfoque localizador determinará únicamente las leyes que entren en cuenta,
> el enfoque sustancial permitirá determinar, entre esas leyes, cuál es la aplicable al ca
> La realización del interés tutelado por la regla —el otorgamiento de alimentos al care
> ciado— prevalece sobre la localización.[22]

En el caso de los alimentos, se elige la ley más favorable al acreedor alimentario.

21 Ruben Santos Belandro, *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias; reglas de con
to materialmente orientadas hacia la protección de las personas*, s.e., Productora Gráfica, Montevi
1991, p. 28.

22 Ruben Santos Belandro, *idem*.

Ejemplos

a) Un padre que reside en México es demandado por el pago de alimentos en beneficio de su menor hijo que reside en Guatemala. Para fijar el monto de la pensión el juez podrá consultar el derecho guatemalteco, así como el mexicano, y debe elegir el más favorable. Es muy probable que elegirá el derecho mexicano para fijar el monto.

b) Si Colombia fuese país signatario de la Convención Interamericana y un juez mexicano conociera del asunto, podría aplicar la ley colombiana en lugar de la mexicana, en virtud de ser más favorable o amplia en la definición de acreedor, pues dispone que "los alimentos comprenden la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto" (art. 133 del *Código del Menor*).

El *CCDF* prescribe una solución interna fuera de nuestra época. Supone que dictada una resolución en la que se fija un monto por pagar por concepto de alimentos puede ocurrir, como normalmente ocurre, que de ahí en adelante, día a día, el precio de los alimentos se incremente y, por tanto, no se corresponda con lo sentenciado. El *CCDF* prescribe que en este caso deberá incrementarse la pensión, pero con un criterio territorialista indica que *será acorde con el salario oficial que se fije para el D.F.*[23] En este caso, el legislador olvidó la posibilidad de que el deudor alimentista resida y trabaje en otro país, donde el salario sea superior, los índices inflacionarios diversos o diferentes los modos de vida.

La sanción por incumplimiento en el pago de alimentos

Si un extranjero dejara de cumplir con su obligación de pagar los alimentos podrá ser sancionado por las autoridades mexicanas con la cancelación de su calidad migratoria (art. 39, *LGP*). En este caso, la solución no resuelve el problema alimentario: sólo reprime al deudor (tal vez con la salida del país), pero no se satisface el interés del acreedor y puede empeorarlo porque en su nuevo domicilio en el extranjero habría que iniciar un nuevo proceso de reconocimiento de la decisión de los tribunales mexicanos o directo de pago de alimentos.

23 Artículo 311, *CCDF*. "Los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien deba recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático mínimo equivalente al aumento porcentual anual correspondiente al Índice Nacional de Precios al Consumidor publicado por el Banco de México, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas prevenciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente."

Ley *erga omnes*

Una guía para México es la Convención de La Haya de 1973 sobre la Ley Aplicable
las Obligaciones Alimentarias. Aunque México no es Estado parte de este tratado,
aplica en los Estados signantes siguiendo el principio *erga omnes* (art. 3o.) y, en gra
medida, uniforma a esos Estados en torno a la idea de auxilio. Destaca en el Convenio
que los alimentos se entienden en una relación de parentesco amplio, ya que no sólo
cubre a los hijos, sino a otros parientes.

11.5. Procedimiento para la obtención de alimentos

No existe en el ordenamiento interno mexicano un procedimiento especial para soli
citar la obtención de alimentos en el extranjero o para otorgarlos a quien los reclam
desde el extranjero. Acorde con un criterio territorialista se suele pensar que e
México somos autosuficientes para solicitar y satisfacer la pensión alimentista, lo qu
es errado.

Afortunadamente, la Convención de Nueva York sobre la Obtención de Alimento
en el Extranjero prescribe un procedimiento basado en normas uniformes, que debe
entenderse como el *conjunto de medios adicionales* a los prescritos en el derecho inte
no o aquellos que pueden existir en otros tratados.

Este instrumento internacional se refiere principalmente a dos tipos de proced
mientos: el que se aplica mediante una *institución intermediaria* y el tradicional, q
se sigue por medio de un *exhorto* o *carta rogatoria*.

Procedimiento mediante una institución intermediaria

El primero de los procedimientos regulados es, además de especial, un mecanism
simplificado dentro de la cooperación internacional, el cual es necesario para reso
ver las graves dificultades legales y de orden práctico que se presentan en esta mate
entre los Estados que no son signatarios de la Convención de Nueva York sobre
Obtención de Alimentos.[24]

El ámbito de aplicación de la Convención comprende la hipótesis de que en
Estado de la comunidad internacional se encuentra el acreedor alimentista y en ot
el deudor. En el primer Estado se establece la que se denomina *autoridad remiten*
una autoridad judicial o administrativa que en principio conoce del asunto de a
mentos. En el Estado donde se encuentra el deudor alimentista se reconoce lo que
denomina *institución intermediaria*, representada en México por el Sistema para

24 Una explicación sobre la institución intermediaria puede verse en Jorge Alberto Silva, *Der*
internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial, *op. cit.*

Desarrollo Integral de la Familia (DIF). Entonces, mediante estas instituciones se llevarán a cabo los trámites para solicitar y proporcionar los alimentos, como a continuación explicamos.

Procedimiento ante el Estado demandante

El demandante, acreedor alimentista, presentará en el Estado de su domicilio y a la autoridad remitente la solicitud encaminada a obtener alimentos. Las pruebas que al efecto presente serán las prescritas en el Estado donde se encuentre el demandado. En especial, la ley del Estado del demandado será la aplicable para justificar la demanda, la forma en que deberá presentarse la prueba y cualquier otro requisito que esa ley exija. Se anexará también una fotografía del demandante y, de ser posible, otra del demandado, así como un poder en el que el demandante autorice a la institución intermediaria para actuar en nombre propio o para designar a otra persona para que lo represente.

La autoridad remitente transmitirá la solicitud y documentos anexos a la institución intermediaria del Estado donde se encuentra el demandado para que ésta lleve a cabo el trámite correspondiente.

Procedimiento ante la institución intermediaria

Al recibir la solicitud de cooperación para la obtención de alimentos, la institución intermediaria (que es la del lugar donde se halla el deudor) procederá a obtener el pago de los reclamados. Podrá hacerlo ya sea mediante una transacción o ejercitando las acciones judiciales necesarias.

Aunque México ha designado al DIF como institución intermediaria, lo que beneficia a los habitantes de cada entidad federativa, prácticamente nada se ha regulado en sus leyes internas. El CC de Querétaro es uno de los que faculta al organismo para representar a los menores en diversos asuntos, entre otros, para reclamar alimentos (art. 617, fracc. I), sin importar que el acreedor se encuentre dentro o fuera del país. Ello, como podrá observarse, restringe en demasía la legitimación que el DIF pueda tener para estas acciones en las legislaciones de las 31 entidades federativas restantes. Sin embargo, en aplicación de la Convención de Nueva York puede alegarse ante el juez que no es la legislación interna la que legitima a la institución intermediaria, sino la Convención internacional, con rango de ley superior en la nación de acuerdo con el art. 133 constitucional.

Sin embargo, hay quienes piensan que en materias reservadas a los estados el gobierno federal no puede legislar, pero no se trata aquí evidentemente de una facultad de legislador nacional que se esté tomando el Poder Ejecutivo Federal, sino de ejercer sus facultades conforme al dispositivo constitucional del art. 133, que no limita a éste, en razón de la materia, el tipo de tratados que puede celebrar, excepción hecha de lo dispuesto expresamente por el art. 15 constitucional, que prohíbe al

Estado mexicano celebrar tratados para la extradición de reos políticos "ni para de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos, ni de convenios o tratados en virtud de que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para hombre y el ciudadano". Se tratará entonces en este caso de una ley con ámbito aplicación nacional en tanto se derive del cumplimiento de un tratado suscrito México.[25]

Mediante la acción judicial que ejercite la institución intermediaria se podrá presentar las demandas que sean necesarias y continuar el proceso correspondiente también se podrá ejecutar la sentencia pronunciada en el extranjero o cualquier otra decisión judicial relativa a los alimentos, como en el caso de las medidas cautelares

Durante el tiempo que se prolongue el proceso judicial por alimentos, la institución intermediaria mantendrá informada a la autoridad remitente de los resultados alcanzados.

En cuanto al derecho aplicable ante el Estado requerido, será el del mismo Estado incluidos su derecho sustantivo y derecho internacional privado que eventualmente podría provocar el reenvío al derecho de otro Estado.

Procedimiento mediante exhorto o carta rogatoria

La Convención de Nueva York sobre alimentos no se enfoca, en principio, en exhortos. No obstante, dispone que en el caso de que el Estado requerido los acepte se tomarán en cuenta las reglas especiales siguientes:

a) El exhorto podrá encaminarse a la obtención de pruebas.
b) Las partes podrán asistir al procedimiento o estar representadas.
c) La tramitación del exhorto no dará lugar al reembolso de derechos o costas

En cuanto a las demás reglas para la tramitación del exhorto, por ser generales, nos remitimos a lo que explicamos en el capítulo 19.

11.6. Reconocimiento de las resoluciones extranjeras sobre alimentos

La posibilidad de que una decisión extranjera condene al pago de alimentos merece en México dos tratamientos: por un lado, el relacionado con algún convenio internacional sobre el reconocimiento y ejecución de estas decisiones; por el otro, que exista convenio sobre el particular.

25 *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Novena Época, Pleno, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, tesis P. LXXVII/99, marzo de 2000, p. 442.

Requisitos y condiciones en el derecho convencional internacional

Aunque en otro capítulo[26] nos referiremos al reconocimiento de efectos extraterritoriales de las sentencias extranjeras, por ahora cabe tomar en consideración algunas reglas específicas para reconocer efectos extraterritoriales a las decisiones extranjeras sobre obligaciones alimentarias. Indudablemente se trata de sentencias que por lo regular requieren ejecución coactiva. Pese a que sobre la ejecución de este tipo de sentencias existen reglas, tenemos normas especiales cuando se trata de sentencias extranjeras sobre alimentos. Este tipo de sentencias extranjeras tendrán efectos extraterritoriales, según la citada Convención Interamericana, si se reúnen las condiciones siguientes:

a) Que el juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia en la esfera internacional de conformidad con los arts. 8o. y 9o. de la Convención Interamericana para conocer y juzgar el asunto.

b) Que la sentencia y los documentos anexos necesarios que exige la Convención estén debidamente traducidos al idioma oficial del Estado donde se pretenda la ejecución.

c) Que la sentencia y los documentos anexos se presenten debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado donde ha de ejecutarse, cuando sea necesario. La legalización podría ser sustituida por una apostilla. En los casos en que la solicitud de cooperación sea transmitida por medio de autoridad central, por la vía consular o cualquier otra vía establecida en los tratados aplicables, será innecesaria la legalización o el apostillamiento.

d) Que la sentencia y los documentos anexos estén revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden.

e) Que el demandado haya sido notificado o emplazado en la forma legal debida, de modo sustancialmente equivalente a la aceptada por la ley del Estado donde la sentencia ha de ejecutarse.

f) Que durante el juicio se haya asegurado la defensa de las partes (demandante y demandado).

g) Que tenga el carácter de firme en el Estado en que fue dictada. En caso de que se apele la sentencia, la medida no tendrá efecto suspensivo. Adviértase aquí que, aun cuando la ley interna pudiera autorizar que se suspenda la ejecución de la sentencia, ésta no podrá ser suspendida con el pretexto de que existe apelación de por medio.

Según la Convención Interamericana, los documentos de comprobación indispensables para solicitar el cumplimiento de las sentencias son los siguientes:

26 Capítulo 20.

a) Copia auténtica de la sentencia.
b) Copia auténtica de las piezas necesarias para acreditar que se ha dado cum plimiento a los incs. *e* y *f* antes expuestos.
c) Copia auténtica del auto o resolución que declare que la sentencia tiene carácter de firme o que ha sido apelada.

Sentencia firme

Aunque en otro capítulo nos referiremos a la ejecución de sentencias extranjer (cap. 20), dejamos este apartado para algunas especificidades. Sea que la sentenc provenga de un país firmante de algún tratado o no, debe advertirse que en el ca sobre alimentos basta que la sentencia sea "firme", lo que no significa que sea inmo dificable (*res iudicata*) ya que contra esa sentencia puede estar pendiente una revi sión ante los tribunales de apelación. Además, podría suceder que lo resuelto e la sentencia en lo relativo a montos de pensión sea modificable, dependiendo de l necesidades y posibilidades económicas del deudor. Basta que el juez haya decidid en sentencia ordenar el pago para que éste deba hacerse (sentencia firme), aun cua do después se realizaran ajustes a los montos o plazos.

El control de los requisitos y condiciones de una decisión extranjera (sea que s aplique o no un tratado) corresponderá directamente al juez mexicano que deba con cer la ejecución, quien en el procedimiento de *exequátur,* actuará en forma sumaria.

Monto de la pensión

Uno de los problemas que no parecen resueltos en el derecho mexicano (interno convencional internacional) consiste en saber cómo se ejecutará una decisión extranje ra que fija un monto a la pensión por alimentos que el deudor alimentario reside te en México no está en posibilidad económica de pagar.

Ejemplo

Imaginemos que en Estados Unidos de América se condena a un padre a pag mensualmente como pensión alimentaria la cantidad de 2500 dólares, pero resul que el deudor no recibe como sueldo ni la mitad de esa cantidad. Como dicho pa

27 En el ámbito del derecho convencional internacional, incluido por supuesto el privado, un país firmar un tratado suele hacer ciertas reservas o presentar declaraciones interpretativas y, por tan lo aplicará con dichas salvedades. Por ejemplo, Guatemala tiene una declaración interpretativa la Convención Interamericana para reconocer sentencias extranjeras. Según ésta, en Guatem sólo podrán ejecutarse sentencias sobre alimentos siempre que no se hubieran dictado en *rebel* del demandado, lo que en el fondo no es una aclaración interpretativa, sino una reserva. Adem sería importante determinar previamente cuál es el significado que en el derecho guatemalteco le atribuye a la *rebeldía*, pues de otra manera no sabríamos cuál puede ser su reacción.

no es parte de la Convención Interamericana referida, el derecho que el juez mexicano aplicará para reconocer la sentencia extranjera será el interno propio.

En este ejemplo podría suceder que el juez mexicano, con base en el principio de equidad y tomando en cuenta las condiciones económicas del deudor alimentario, haga un ajuste al monto, ya que de otra forma dejaría al acreedor sin medios de subsistencia, sin perjuicio de que posteriormente incremente tal monto en la medida que el deudor incremente sus ingresos. Una decisión de este tipo, en nuestra opinión, no estaría violando una obligación internacional de reconocimiento, sino simplemente adecuándola, conforme al principio de justicia y equidad, a la realidad del deudor alimentario.

Por el contrario, no sería posible aceptar, en nuestra opinión, el argumento que concluyera en rechazar la ejecución de la decisión extranjera, afirmando que la ejecución de esa resolución es imposible (en ese momento). Ciertamente no se podría ejecutar en los términos en que fue pronunciada, pero sí podría ejecutarse para coadyuvar al fin propuesto en la sentencia: realizar la conducta y acciones necesarias para mantener al acreedor alimentista. No hay que olvidar que no se trata de satisfacer una nueva formalidad, sino la necesidad del acreedor alimentista, que es uno de los derechos humanos más apreciados.

Excepción de orden público

Hay un supuesto que el operador jurídico debe examinar y que parece relacionarse con el caso de oposición al orden público internacional. Se trata de la hipótesis en la que uno de los cónyuges ha obtenido sentencia favorable en contra del otro para que le pague los alimentos, pero resulta que se trata de un segundo matrimonio del cónyuge acreedor alimentista, quien no ha disuelto el primero; caso típico de bigamia. Podría pensarse que el reconocimiento del segundo matrimonio ofende el orden público, lo que es cierto, pero el efecto creado (la obligación de pagar alimentos) es un derecho que no ofende al orden público porque se le analiza con una conexión autónoma del matrimonio. La doctrina francesa ha denominado a este fenómeno *efecto atenuado de orden público*. En este caso, la decisión de condenar al pago de alimentos al cónyuge, a pesar de que el segundo matrimonio no es reconocido porque ofende el orden público, será acatada no sólo por el efecto atenuado, sino también por los *derechos adquiridos que resultan independientes del matrimonio no reconocido*.

En el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimentarias (no vigente en México) se responde a un problema como el anterior al prescribir que "las decisiones dictadas en aplicación del convenio no prejuzgan la existencia de las relaciones a que se refiere el art. 1o." (las de familia, parentesco, afinidad o matrimonio).

11.7. Medidas cautelares para la obtención de pensiones alimentarias

En materia de alimentos las medidas cautelares de mayor importancia son las que se refieren al pago o aseguramiento de la pensión. Pueden consistir en asegurar fondos bancarios, sueldos de deudores, exigir el otorgamiento de una garantía e, incluso, la entrega provisional de la pensión mientras se dicta la definitiva.

Estos aspectos, por lo general, están reservados a lo que indique la ley interna aplicable, que en México (cuando se trata de problemas de tráfico jurídico internacional) prácticamente son inexistentes.

En el renglón de los tratados contamos con unas cuantas disposiciones que examinaremos en seguida.

Respecto a las *medidas cautelares,* las autoridades jurisdiccionales de los Estados suscribientes de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias ordenarán y ejecutarán, por solicitud fundada de parte o por medio del agente diplomático o consular correspondiente, las medidas provisionales o de urgencia que tengan carácter territorial y cuya finalidad sea garantizar el resultado de una reclamación de alimentos pendiente o por instaurarse. Lo anterior (en el ámbito interamericano) se aplicará cualquiera que sea la jurisdicción internacionalmente competente, bastando para ello que el bien o los ingresos objeto de la medida se encuentren *dentro del territorio donde se promueve la misma.*

El otorgamiento de *medidas provisionales o cautelares* no implicará el reconocimiento de la competencia en el ámbito internacional del órgano jurisdiccional requirente, ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que se dictara. Se trata, en suma, de darle verdadera autonomía a la medida para que ésta sea expedita, ya que su naturaleza lo demanda.

Las resoluciones interlocutorias y las medidas provisionales pronunciadas en materia de alimentos (incluidas las dictadas por los jueces que conozcan de los procesos de nulidad, divorcio y separación de cuerpos, u otros de naturaleza similar a éstos) serán ejecutadas por la autoridad competente, aun cuando dichas resoluciones o medidas provisionales estuvieran sujetas a recursos de apelación en el Estado donde se dictaren.

11.8. Otras reglas especiales

Para terminar con el análisis sobre aspectos alimentarios explicaremos otros complementarios respecto de la cooperación internacional en la materia. Se trata de mecanismos especiales que impiden la aplicación de algunas reglas generales que examinamos.[28]

28 Capítulos 18 y 19.

Atendiendo a la Convención Interamericana, así como a la de Nueva York sobre Obligaciones Alimentarias, los Estados tienen prohibido exigir una caución o garantía al acreedor con el pretexto de que posee una nacionalidad extranjera o que reside en otro Estado. Esto es, se prohíbe la antigua *cautio iudicatum solvi,* o fianza de estar en derecho.

En cuanto al *beneficio de pobreza* declarado en favor del acreedor en el Estado parte donde ejerció su reclamación, será reconocido en el Estado miembro donde se haga efectivo el reconocimiento o la ejecución. Los Estados parte, según la Convención Interamericana, se comprometen a prestar asistencia judicial gratuita a las personas que gocen del beneficio de pobreza.

Por último, la Convención de Nueva York mantiene una regla especial sobre transferencia de fondos, consistente en que los fondos se transfieran al lugar de destino con la máxima prioridad, situación que debe ser atendida por todo tipo de autoridades, incluidos los jueces.

11.9. Convenios de coordinación interna

En México, los convenios de coordinación entre el gobierno federal y las entidades federativas celebrados en 1994 no sólo abarcan las adopciones de menores y la sustracción de éstos, sino que también atienden conflictos por pensiones alimentarias para hacer frente a problemas internacionales.

En este convenio se prescribe que el DIF de cada entidad federativa realizará la función de autoridad central. El convenio prevé asimismo un programa de cooperación para el cobro recíproco de pensiones alimentarias.

Para ello, la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) canalizará al DIF estatal todo tipo de peticiones o resoluciones provenientes del extranjero a fin de que esta institución logre ante los tribunales locales el pago de las pensiones necesarias. Igualmente, la SRE transmitirá al extranjero las peticiones enviadas por el DIF a las autoridades de otros países, solicitudes que se canalizarán por medio de las representaciones diplomáticas y consulares mexicanas en el extranjero, las cuales procurarán obtener las pensiones solicitadas. La legitimación de estas últimas autoridades para emprender una acción de este tipo debe ser derivada de un tratado o reconocida por el país en el que la acción se intente.

Pocas son las leyes de las entidades federativas que han respondido a esta iniciativa del gobierno federal.

Aunque sólo sea para legitimar procesalmente al DIF, esto es, para que sea el que demande el pago de alimentos ante los tribunales mexicanos, tenemos los códigos civiles de Querétaro (art. 617) y Baja California (art. 312). Otros códigos únicamente admiten la presencia del DIF en algunas audiencias sobre alimentos.

Rosa María Álvarez, aunque sin referirse especialmente a la Convención de Nueva York, ha ejemplificado un tipo de cooperación para obtener el pago de pensiones

alimentarias en el extranjero. Menciona el caso de niños mexicanos residentes
México y cuyo deudor alimentario se encuentra en Dallas, Texas, Estados Unidos
América (país que, como ya se dijo, no es signante de las convenciones de Nue
York o de la Interamericana). Se trata de una experiencia que la autora ha docume
tado. La cooperación —explica— se da mediante la intermediación del consula
mexicano en esa ciudad, el cual sólo elige a deudores que tengan residencia legal
Estados Unidos de América. Por medio de un abogado en el lugar (Dallas) se prese
tan las demandas que las madres envían desde México, y los jueces de ese estado y
otros estados diferentes cooperan para obtener el pago de alimentos. Para esto,
madres autorizan que el consulado recoja el dinero y comparezca ante las autorid
des extranjeras como tutor.[29]

Aunque es meritoria la actuación cooperacional, resulta desconcertante sab
que *de facto* no se tutelan aquellos casos en que el deudor carece de documentació
migratoria que lo autorice a residir en Estados Unidos de América. Se suele afirm
que el número de deudores indocumentados en Estados Unidos de América
mucho mayor que el de los residentes legales.

29 Rosa María Álvarez, "*Guardiam ad litem:* un caso de exigibilidad de pensiones alimentarias
Texas", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, abril de 1998.

Sucesión por causa de muerte 12

12.1. Introducción

La regulación mexicana de la sucesión por causa de muerte (sucesión *mortis causa*) con vínculos internacionales se encuentra apartada de las tendencias mundiales más avanzadas y, en gran medida, descoordinada de los ordenamientos jurídicos existentes en otros países. En principio, la ley aplicable a la sucesión por causa de muerte es la *lex fori*, regla que proviene de las *Partidas* y luego del derecho español antiguo.[1]

Hoy en día prácticamente todo el continente europeo y algunos países americanos han optado por vincular la ley personal, la ley nacional o la del domicilio con el estatuto sucesorio. Se trata de una forma diversa de la que todavía se sigue en México, donde se le vincula con la *lex fori*, esto es, con un régimen territorialista, salvo en los aspectos que expondremos más adelante.

La transmisión *mortis causa* del patrimonio de una persona fallecida, de por sí compleja, se agrava cuando a las relaciones jurídicas generadas se vinculan otras que son atraídas a los juicios sucesorios. En el procedimiento hereditario, además de concurrir elementos tendientes a determinar quién o quiénes son los sucesores y, por tanto, los nuevos propietarios del patrimonio sucesoral, suelen confluir problemas de familia tales como la legitimación de hijos, el parentesco; o bien, cuestiones sobre derechos reales por las diferentes situaciones en que se encuentren los bienes y las obligaciones y contratos que en vida contrajo el *de cujus*, etc. En estos temas suelen presentarse problemas de calificación, reenvío y autonomía del derecho aplicable, entre otros.

El DIPr mexicano regulatorio del derecho hereditario es uno de los *temas más arduos y complejos* no sólo para abordarlo, sino también por la carencia de respuestas

1 Aunque el derecho español ha sufrido variaciones, pues cambió durante el siglo XIX hacia la ley Personal en cuanto a los bienes muebles y, posteriormente (en el siglo XX), a vincular la ley nacional del causante con todo el tema sucesorio, ya sea que se trate de bienes muebles o inmuebles.

claras en nuestro DIPr. En otra época, y refiriéndose al derecho español, el profesor Adolfo Miaja de la Muela sostuvo una posición parecida a la que mencionamos: la sucesión *mortis causa* "constituye una de las partes más complicadas de su derecho privado".[2]

Al contrastar la regulación jurídica que existe en México con la que hay en otros países, descubrimos que la mexicana carece de un trato especial (propio de las normas conflictuales) regulador de la transmisión de la herencia. Entre las pocas disposiciones que sobre derecho convencional internacional existen en México encontramos las que regulan la participación de los cónsules en materia sucesoria que también mencionaremos más adelante.

Como se constatará en este capítulo, el DIPr mexicano enfocado en la sucesión por causa de muerte parte, principalmente, *del derecho de fuente interna* y muy pocas veces del derecho convencional internacional. Esta preeminencia del derecho interno sobre el convencional internacional le otorga una *importancia exagerada al derecho interno* de los conflictos por sobre el derecho internacional uniforme.

A pesar del tratamiento territorialista del DIPr en el orden jurídico mexicano hay algunos aspectos en los que debe recurrirse a normas de DIPr, especialmente conflictuales.

En su conocido curso impartido en la Academia de La Haya, Hans Lewald llamó *la famosísima quaestio* a los grandes problemas surgidos en relación con los asuntos sucesorios.[3] Cabe destacar que de su examen han surgido los mayores problemas del derecho conflictual, de los que Calvo Caravaca y Pilar Blanco Morales les recuerdan la calificación, el reenvío y la cuestión previa.[4] Se trata de los grandes problemas del DIPr que le han dado magnitud e importancia, pero que han tenido su origen en las relaciones sucesorias. El DIPr sucesorio resulta, así, un espacio de reflexión que por su complejidad ha dado lugar a la construcción de importantes instituciones que hoy componen una parte sustancial de la estructura del DIPr general.

En consecuencia, en este capítulo presentamos algunos aspectos del derecho sucesorio en sus relaciones internacionales, principalmente el que ha dado en llamarse *testamento hecho en un país extranjero*, así como otros aspectos relacionados con la sucesión legítima o intestada, y temas comunes a ambos apartados.

2 Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, vol. II, Yagües, Madrid, 1973, p. 315.

3 María Elena Zabalo Escudero, "El testamento conjunto en derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés", en *Revista General de Derecho*, t. XLV, núm. 5, septiembre de 1989, pág. 6351. H. Lewald publicó su trabajo en los *Recueil des Cours de l'Academie de Droit International Privé* como "Questions du Droit International des Successions", t. IV, 1925.

4 Alfonso Luis Calvo Caravaca y Pilar Blanco Morales Limones, "Capítulo XXII", en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 1998, pág. 240. De calificaciones (cónyuges malteses, 1885), reenvío (Collier y Rivaz, 1841; Forgo, 1875; Annesley, 1923; In re Duke of Wellington, 1947), cuestión previa (Ponnouncannamalle, 1931). En sentido similar Antonio Marín López, *Derecho internacional privado español, parte especial*, vol. II, Granada, p. 241.

12.2. Autoridades competentes

La competencia de las autoridades plantea diversos aspectos que hay que resolver por separado. Por un lado, interesa saber qué Estado es competente para admitir el otorgamiento de un testamento; por otro, cuál es el que conocerá del juicio sucesorio testamentario o intestamentario. A ambos aspectos nos referiremos a continuación.

Estado competente ante el cual puede otorgarse un testamento

En México no hay una regla especial que prescriba cuál es el Estado internacionalmente competente ante el que se otorgue un testamento. Eso significa que cualquier persona, sin importar su domicilio o nacionalidad, podrá otorgar ante las autoridades mexicanas su testamento o que se reconocerá el otorgado en el extranjero. Esta idea significa un reconocimiento al *favor testamentii*.

No obstante, como regla especial se prescribe que si se tratare de un testamento consular (ya nos referiremos a él) sólo podrá ser otorgado por los nacionales del país que representa el cónsul.

En las leyes de algunas entidades federativas se establece una aberración, pues exigen que cualquier acto jurídico en el que intervenga una persona extranjera, sólo podrá ser admitido si esa persona tiene "legal estancia en México",[5] disposición que resulta contraria a los derechos humanos y a los principios de igualdad y no discriminación acogidos en nuestra *Constitución*. Consideramos que a los extranjeros se les debería permitir expresar su última voluntad sin que se les exija una calidad y característica migratorias especiales; en estos casos opinamos que si su estado de salud obliga a otorgar testamento, las autoridades del país deberán acceder a ese acto, lo mismo en el caso de una persona que se encuentre en esa misma situación de salud, a pesar de que su estancia en México sea ilegal, es decir, sin haber obtenido una visa de entrada a México. De lo contrario, como mencionamos, se estaría actuando en contra de los derechos humanos de la persona.

Estado competente para conocer del juicio testamentario o intestamentario

Éste es un aspecto donde se producen los mayores problemas del derecho sucesorio en sus relaciones internacionales, debido a que el testamento suele estar vinculado con un patrimonio. Puede ser, como señala la doctrina, que existan testamentos en los que no haya bienes, algo que admite el derecho mexicano. El problema principal se presenta cuando en un testamento se involucran bienes inmuebles. La complicación proviene de la disposición mexicana, que establece que los jueces mexicanos

5 Aunque ya nos referimos a ese tema (capítulo 7), significa tener visa de ingreso especial a territorio mexicano.

poseen competencia exclusiva cuando se trata de bienes inmuebles situados en Méxic (art. 568, *CFPC*). Otro problema es la concepción tradicional que sostiene la universali dad de la sucesión, que indica que únicamente un juez es el competente para conoce no sólo de la sucesión por causa de muerte, sino de todos los procesos en que se vincu le la última voluntad del *de cujus*. Trataremos a continuación estos dos aspectos.

Por lo que hace a la competencia exclusiva o reservada del Estado mexicano cab advertir que, aunque efectivamente el art. 568 del *CFPC* le atribuye este tipo de com petencia al Estado mexicano cuando se trata de tierras y aguas ubicadas en el terri torio nacional, eso no significa que en cualquier operación o negocio jurídico en qu se involucre un bien situado en México sólo los tribunales mexicanos podrán conocer. Si así fuera, en cualquier contrato de compraventa o en cualquier asunto relaciona do con el patrimonio matrimonial, los tribunales mexicanos serían los competente A reserva de lo que explicamos en el capítulo 13 acerca de los bienes y derechos rea les, es necesario tener presente que la sucesión por causa de muerte no es un asunt que se califique en los derechos reales, aun cuando en la sucesión puedan listarse e el inventario algunos derechos reales. Por ejemplo, si en una resolución extranjera s hace la declaratoria de herederos sin efectuar adjudicación de bienes, no podría s objetado el reconocimiento por las autoridades mexicanas de la declaración de here deros... Algo similar ocurrirá cuando una autoridad extranjera admita el inventario d los bienes que integran la sucesión. Hasta este momento el juez no ha hecho todavi la adjudicación, ni ha resuelto el problema relacionado con derechos reales. En l mayoría de las entidades federativas no hay problema con estos aspectos, pues s códigos civiles se refieren expresamente a derechos reales; no obstante, el *CCFed* aluc a bienes en sentido general, por lo que el vocablo puede tener un significado m amplio que el referido exclusivamente a los derechos reales.

Una interpretación sistemática, conforme a los principios de coherencia y siguie do las reglas de la argumentación jurídica, nos lleva a pensar que a lo que el legisl dor federal quiso referirse fue a los derechos reales aunque, hay que admitirlo, pod haber autoridades que prefieran otro tipo de interpretaciones más extensivas (q incluyeran todo aquello que se relacione con los derechos reales).

La diferencia entre los ámbitos de aplicación de los derechos reales y de derech personales nos indica que en los primeros no quedan comprendidas una variedad d situaciones, como puede ser el caso, entre otros, de las acciones por incumplimien de contrato, el arrendamiento de un bien por un tercero con el *de cujus*, cuya rel ción deba pasar al contrato y deba ser regulada por la sucesión. Igualmente el caso la demanda, aunque el objeto fuese la transmisión del inmueble; de indemnizaci por utilización indebida, daños o pérdida del bien inmueble, etc. En estos cas como en el de la sucesión por causa de muerte, no hay una proximidad fáctica inmueble) ni jurídica (a las disposiciones imperativas del Estado de situación) que sat faga la *ratio* de la norma: la instrucción del litigio recae sobre cuestiones obligacion

6 Con relación a los bienes, véase el capítulo 13.

o personales (por ejemplo, los términos de la relación contractual o la derivada del derecho de sucesión), no sobre el bien físicamente considerado y, por tanto, no estrictamente sobre derechos reales. De esta forma, es importante deslindar con precisión las acciones reales de las personales,[7] a pesar de que, como mencionamos, en el derecho mexicano los criterios sobre el tema no son uniformes.

La universalidad de la sucesión aún se debate en la doctrina internacional. No sólo se involucra la competencia para conocer, sino también el ordenamiento aplicable. Al respecto, se han presentado (para problemas de tráfico jurídico interno) argumentos a favor y en contra, pero todo ha girado siempre en relación con el aspecto político de la territorialidad que rige el derecho de propiedad inmueble. Esto lleva al planteamiento de excepciones, lo que impide finalmente hablar de una verdadera universalidad.

12.3. Tipos de testamento

Algunos abogados postulantes e incluso iusinternacionalprivatistas mexicanos suelen referirse al *testamento extranjero* (con esta denominación) para diferenciarlo del testamento que en nuestros códigos se puede distinguir como *testamento mexicano, testamento nacional o testamento interno*.

Aunque se recurre equivocadamente a la expresión lingüística *nacionalidad* para hacer referencia a un acto jurídico, cuando en su sentido estricto el concepto de nacionalidad hace referencia a la pertenencia de una persona a un Estado, la etiqueta *nacionalidad del testamento* por lo general parece indicar la ley del lugar donde se otorgó el testamento y no la nacionalidad del otorgante.[8]

El *CCDF*, la mayoría de los códigos civiles de cada entidad federativa y el *CCFed* no se refieren al *testamento extranjero*, sino al *testamento hecho en país extranjero*, diferencia lingüística que produce una significación distinta. Como tendremos la oportunidad de aclarar, ambas denominaciones no se corresponden con un mismo o único significado sino con diferentes y, por tanto, es necesario precisar cada uno de ellos no sólo para entender lo que prescriben nuestros códigos, sino también para comprender otras ideas, que más adelante expondremos. Así, por ahora nos centraremos en algunas características definitorias de cada uno de los tipos del testamento a que nos hemos referido:

a) El testamento extranjero.
b) El testamento hecho en país extranjero.

7 Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial, op. cit.*, pp. 172 y 173.

8 El único trabajo que existe en la doctrina mexicana sobre el tema y que ha sido tomado como antecedente en esta obra es el de Jorge Alberto Silva, "Algunas notas sobre el reconocimiento del testamento extranjero en México", en *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LI, núm. 236, UNAM, México, 2002. Hay trabajos sobre temas generales que han hecho referencia a los testamentos, pero no ha habido un tratamiento sistemático sino a partir del ya mencionado.

La precisión del significado que atribuyamos a uno u otro nos permitirá adver
algunos de los problemas que aquejan a la regulación mexicana.

El testamento extranjero

La determinación de la nacionalidad del testamento, como veremos a continuació
tiene sus propias reglas, lo que implica que no necesariamente el criterio tradicion
de otorgado en país extranjero es válido en sí mismo y mucho menos cuando lo ot
ga un extranjero.

Prescindiendo de lo que la codificación mexicana establece plantearemos el p
blema en sus elementos generales, para luego llegar a una significación que en nu
tra opinión puede ser válida para nuestro país. Debido a la dificultad que represe
el concepto de las sucesiones en el ámbito internacional es conveniente buscar
definición del testamento extranjero con base en el casuismo, al cual más tarde ca
adscribirle una ley aplicable. En este sentido, nos encontramos ante las situacion
siguientes:

a) Un testamento puede ser considerado extranjero cuando se otorga ante u
autoridad extranjera.
b) Un testamento es denominado *extranjero* cuando se otorga en el *territorio*
un país extranjero.
c) Un testamento puede definirse como *extranjero* cuando se otorga conform
leyes extranjeras.

Basta la cita de las hipótesis anteriores para percatarnos de que no es fácil definir
testamento extranjero, pues cada hipótesis planteada atiende un punto de cont
o conexión diferente.

Si tratamos de definir al testamento extranjero sobre la base de un criterio
exclusión, concluiríamos que es extranjero aquel que no es mexicano. Pero entonc
¿cuándo estamos en presencia de un testamento mexicano? ¿Cuando se otorga
una autoridad mexicana, dentro de territorio mexicano, conforme a leyes mex
nas? El problema es que nuestra ley no define ni caracteriza al testamento mexic
Cada una de las conexiones a partir de las cuales puede calificarse la nacionalidad
un testamento puede complicarse en la medida que varios elementos presente
combinan (cuadro 12.1).

Del examen del cuadro 12.1, y siguiendo con la teoría del lenguaje, se pue
observar tres perspectivas, que es necesario considerar para definir la nacionali
del testamento:

1. Si tratamos de definir la nacionalidad del testamento considerando la *autor*
ante la que se otorga, cabría pensar en que ésta podría encontrarse dentro o f
de su propio territorio e, incluso, que aplique las leyes propias o ajenas.

Cuadro 12.1. Tabla comparativa del testamento extranjero conforme a leyes extranjeras o mexicanas.

	Extranjeras	*Mexicanas*
1. Por la autoridad ante la que se otorga	• Testamento otorgado ante una autoridad extranjera que se encuentra en México • Testamento otorgado ante una autoridad extranjera situada en territorio extranjero	• Testamento otorgado ante una autoridad mexicana que se encuentra en México • Testamento otorgado ante una autoridad consular mexicana situada en territorio extranjero • Testamento otorgado en alta mar ante el capitán de un buque con bandera mexicana
2. Por el lugar en que se otorga	• Testamento otorgado en un consulado extranjero acreditado en México • Testamento otorgado en territorio extranjero	• Testamento otorgado en un consulado mexicano acreditado en el extranjero • Testamento otorgado en territorio mexicano o ante autoridad mexicana
3. Por las leyes conforme a las cuales se otorga	• Testamento otorgado ante un cónsul extranjero acreditado en México conforme a leyes extranjeras • Testamento otorgado en el extranjero conforme a leyes extranjeras o mexicanas	• Testamento otorgado conforme a leyes mexicanas

2. Si tratamos de definir la nacionalidad del testamento considerando el *lugar* de su otorgamiento, también encontraríamos que a la celebración del mismo puedan coincidir la autoridad ante la que se otorga, así como la ley aplicada.
3. Si tratamos de definir la nacionalidad del testamento de acuerdo con la *ley* conforme a la cual se otorgó, también encontramos la posibilidad de que se combinen autoridad y lugar de otorgamiento.

Hay que considerar la posibilidad de que un testamento se otorgue en un territorio ante autoridades que no son de ese territorio.

Ejemplo

Se trata de un testamento otorgado ante un cónsul extranjero acreditado en México o del testamento otorgado (en algunos países extranjeros, principalmente europeos continentales) siguiendo la ley del lugar de la nacionalidad del testador.

Sólo hemos aludido en el cuadro 12.1 a tres conexiones: la autoridad (*auctor*), lugar (*locus*) y la ley (*lex*), aunque también cabría la posibilidad de atender a la nacionalidad del testador (*lex patriae*) o, incluso, a la ubicación de los bienes de los que s dispone. No obstante que únicamente nos referimos a algunas conexiones, las pr sentamos con el deseo de ilustrar la dificultad que se suscita por la diversidad en atribución de significados al testamento extranjero.

Si tratamos de definir la nacionalidad de un testamento desde una sola perspectiv o conexión, no será fácil determinar al testamento como extranjero ni como mexicano

En principio, se podría afirmar que un testamento es mexicano cuando ha sid otorgado ante autoridades mexicanas (salvo en algunos casos), conforme a las leye mexicanas (salvo en otros casos) y dentro del territorio mexicano (también co excepciones). A la vez, un testamento podrá ser extranjero si ha sido otorgado ant una autoridad extranjera (salvo en algunos casos), conforme a leyes extranjeras (co salvedades) y dentro de territorio extranjero (en algunos casos). Como se advierte este planteamiento simplemente trata de señalar las complicaciones que la expresió jurídica acarrea, por lo que en seguida examinaremos lo que prescribe la ley mexica na que, como dijimos, no se refiere al "testamento extranjero", sino al "testament hecho en país extranjero".

El testamento hecho en país extranjero

Dijimos que la ley mexicana no define o caracteriza al testamento extranjero y tan poco atiende a la nacionalidad del testamento; solamente prescribe que sea "hec en país extranjero" y, por tanto, será reconocido en México. Al respecto el art. 15 del *CCDF* establece:

> **Artículo 1593.** Los testamentos hechos en país extranjero, producirán efectos en Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en q se otorgaron.

De esta disposición general (vaga en términos lingüísticos) se desprenden, en otros, los elementos siguientes:

a) El *CCDF*, así como el *CCFed*, admiten y reconocen los efectos del testamen *hecho en un país extranjero*. Se atiende, de esta manera, a un criterio de recepci territorial de los efectos, con lo cual se constituye la conexión. Sin embargo, no define al testamento extranjero; simplemente se precisa que cuando este acto se ce bre fuera de territorio nacional, producirá sus efectos en México.

b) El reconocimiento se refiere a ese testamento en la medida en que pueda p ducir efectos.

c) La producción de efectos en el caso del *CCDF* se limita al Distrito Fede El *CCFed* (que prescribe lo mismo) pretende que los efectos se produzcan en tod territorio nacional por tratarse de una regulación federal, sin que en realidad pu

ser válida, pues se trata de una materia que es competencia de cada entidad, por ser una cuestión cuya legislación compete a cada entidad federativa.

d) Para determinar si el testamento produce efectos en cada entidad federativa es necesario examinar cada uno de sus ordenamientos, que en general aceptan (de manera similar) los efectos del testamento hecho en un país extranjero.[9]

e) El reconocimiento está condicionado a que el testamento se hubiese "hecho" (otorgado) conforme a la *ley del país de otorgamiento*, esto es, acorde con el principio *lex loci actum aplicado tanto a la forma como al fondo.*

De los elementos mencionados se derivan respuestas interesantes. Así, por ejemplo, ya que la ley civil sólo alude al testamento hecho en un país extranjero, sin tomar en cuenta la autoridad ante la cual se "hizo", resulta que no se diferencia si el testamento se "hizo" (otorgó) ante una autoridad extranjera o una mexicana, como en el caso en que se otorgue ante cónsul mexicano acreditado en el extranjero. En este último caso, sin embargo, se tratará de un testamento otorgado en país extranjero pero que, por ficción territorial, la ley mexicana considera como testamento mexicano.

Hay que hacer notar que la ley mexicana no emplea el verbo *otorgar* para referirse al testamento otorgado, sino *hecho*, que es participio pasado del verbo *hacer*. Los conceptos testamento "hecho" y testamento "otorgado" se aprecian como sinónimos en el *Código*. Adviértase que ambas palabras se emplean en el mismo párrafo y los significados equidistan.

Esta manera en que la ley del D.F. regula (así como las de las demás entidades federativas) al testamento ha provocado que varios tratadistas (que más adelante mencionamos) afirmen que el testamento otorgado ante un cónsul mexicano acreditado en el extranjero es un testamento "hecho en país extranjero". Hasta aquí puede no haber problema; sin embargo, la disposición citada exige, para reconocer el testamento, que debió haberse otorgado conforme a la ley del lugar de su celebración, que en este caso es la extranjera, lo que parece suponer que los cónsules mexicanos, en función de notarios, deberán seguir la ley extranjera. En este sentido parecen inclinarse varios autores.[10]

9 Por lo que hace al *CCFed* cabe preguntarse: ¿en qué casos este *Código* podrá regular un testamento? Aunque parece imposible que se pudiera aplicar el *CCFed* cuando se trata de testamentos, no lo es. Hay varios códigos de las entidades federativas que prescriben que en el caso de un testamento proveniente de fuera de México se regulará conforme al *Código* federal. El del Estado de México, por ejemplo, dispone que "se reconoce existencia válida a los testamentos militar, marítimo y al hecho en país extranjero si se ajustan al Código Civil de aplicación federal y disposiciones relativas" (art. 6141). Algo similar se presenta en el *CC* de Querétaro, el de Oaxaca o el de Zacatecas. Hay otros códigos que remiten al *CCDF*. En este caso, los legisladores confundieron el federal con el del D.F., que antes se hallaban en un mismo cuerpo legal.

10 Como Luis F. Uribe, Antonio de Ibarrola, Rafael Rojina Villegas, Luis Araujo Valdivia y muchos otros. Luis F. Uribe, *Sucesiones en el derecho mexicano*, Jus, México, 1962, p. 189, considera que es el testamento que se otorga ante los secretarios de legación, cónsules y vicecónsules mexicanos en el exterior y que incluso se aplica la ley del lugar de otorgamiento, que es la extranjera. Antonio de Ibarrola, *Cosas y sucesiones*, 2a. ed., Porrúa, México, 1962, p. 551; Rafael Rojina Villegas,

En nuestra opinión, estos criterios no son correctos a la luz de un argumen político y racional. No somos de la idea de que el testamento que se realice ante cónsul mexicano en el extranjero tenga que otorgarse conforme a la ley extranjera del país donde están acreditados) para que pueda producir efectos en México. N inclinamos a considerar que si un testamento se otorga en un consulado mexican aun cuando esté en un país extranjero, es un testamento que debe otorgarse confo me a las leyes mexicanas y no a las extranjeras, siguiendo para ello el principio *a tor regit actum* que la mayoría de las leyes extranjeras acogen.[11] Sin embargo, redacción de nuestro *Código* e incluso la *Ley del Servicio Exterior* no permiten ac rar fácilmente el significado.[12]

México ha celebrado tratados o convenciones internacionales (especialme te consulares) en los que se permite a los nacionales de los países contratan otorgar su testamento ante el cónsul de su nacionalidad, esto es, los mexican en el extranjero pueden otorgar su testamento ante el cónsul mexicano acredi do en el extranjero. A pesar de estos tratados, tampoco se prescribe en ellos u regla conflictual clara que permita la aplicación del derecho mexicano, como ha advertido la doctrina.[13]

En la práctica, cuando un testamento se otorga ante un cónsul mexicano se ap ca *de facto* el derecho mexicano siguiendo el principio *auctor regit actum*, princip que no acogen el *CCDF* para este tipo de testamentos, ni los tratados ratificados p México.

El razonamiento que nos lleva a pensar que el derecho aplicable es el *auctor re actum* es el siguiente: en los tratados internacionales en vigor se permite al cón autorizar el testamento de un connacional. Por lo general, esos testamentos deben reconocidos en el país de su origen, para lo cual habrá de aplicárseles la ley de su p

Respecto de la ley interna, el *CCDF* ordena que el cónsul mexicano, al hacer veces de notario, remitirá una copia a las autoridades mexicanas (arts. 1594 y 159 pero no indica que la ley aplicable, al otorgarse el testamento, sea la mexicana.

Salvo una disposición, relativa a la forma, las reglas mexicanas no regulan el o *gamiento* del testamento consular, sino su *remisión* a las autoridades mexicanas.[14]

Compendio de derecho civil: bienes, derechos reales y sucesiones, vol. II, Talleres de la editorial Libr de México, México, 1968, p. 408; Luis Araujo Valdivia, *Derecho de las cosas y derecho de las succ nes*, Cajica, Puebla, 1972, p. 604.

11 Un punto de vista puede verse en Isidro Montiel y Duarte, *Tratado de las leyes y su aplicaci* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1978.

12 Artículo 71 del *Reglamento de la Ley del Servicio Exterior Mexicano*: "En el ejercicio de funci notariales, las oficinas consulares podrán dar fe, autenticar y protocolizar [...] testamentos púb cos abiertos, actos de repudiación de herencias [...], siempre y cuando dichos actos jurídico celebren dentro de su circunscripción y estén destinados a surtir efectos en México."

13 Jorge Alberto Silva, "Algunas notas sobre el reconocimiento del testamento extranjero en Méxi en *Revista de la Facultad de Derecho*, *op. cit.*

14 En relación con el testamento consular, el *CCFed*, así como el *CCDF* (art. 1598), sólo se refieren aspecto de la forma: el testamento debe llevar el sello del consulado mexicano.

No parece correcto afirmar que un cónsul mexicano acreditado en el extranjero tenga que aplicar una ley extranjera o extraña a ese cónsul. Si el testamento va a producir efectos en México, lo más elemental es que se otorgue siguiendo la ley mexicana. Tampoco nos parece correcto calificar como mexicano al testamento que se otorgue ante un cónsul extranjero acreditado en México. Esto es, no parece correcto que nuestra ley sólo atienda al lugar del país de otorgamiento. Si la atención la pone nuestra ley en "país extranjero", ¿cómo podríamos considerar al testamento otorgado en alta mar (como en el caso del testamento marítimo)?

12.4. Consideraciones en torno a algunos supuestos normativos relativos al testamento

En un testamento (sea que se otorgue en México o en el extranjero) concurren diversos supuestos normativos que generalmente no están regulados por una misma ley.

El testamento requiere la *capacidad* para testar, que se cumpla la *forma* del testamento y que su contenido sea acorde con la ley. Se trata de supuestos tradicionales que provienen de los estatutarios italianos de la Edad Media.

El tratamiento normativo de estos supuestos no ha sido igual en todos los países y podríamos decir que oscila entre un sistema *monolítico* y uno *atomizado*. En otras palabras, en un caso se intenta tratar todo el negocio jurídico conforme a un mismo ordenamiento jurídico y en el otro, conforme a un ordenamiento específico dependiendo de cada supuesto normativo con el que tiene conexión, lo que daría la posibilidad de que en la sucesión concurran varios órdenes jurídicos.

Un enfoque o tratamiento monolítico es propio de sistemas territorialistas, e ignorantes de la realidad internacional. Incluso, en ocasiones se esconde un discurso nacionalista sin pies ni cabeza, al menos para la realidad internacional. Se pretende en ese planteamiento fusionar en un solo acto una serie de actos que por su naturaleza obedecen a una dinámica jurídica diferente. Es más, no existe ni ha existido en México un sistema territorialista puro o absoluto para tratar al testamento, pues como ya dijimos, la legislación nos indica claramente el *locus regit formam* para la forma y la *lex fori* para tratar el fondo y la capacidad, en la que además suele aceptarse la *lex domicilii*. Pero aun a este enfoque de avestruz escapan los bienes ubicados en el extranjero.

El enfoque que atomiza al testamento, ya lo dijimos, busca que cada supuesto que concurra en el negocio jurídico se vincule a una ley específica que lo regule. Este enfoque, por su realismo, es el que priva en la mayoría de los países. Conforme a este enfoque se procura, normalmente, atender a los supuestos relativos a la capacidad, forma y fondo del testamento por separado. Nos referiremos a cada uno de esos supuestos en las líneas siguientes. Cabe dejar constancia de que estos supuestos están referidos en este tema a las normas de conflicto y no a las normas materiales.

Capacidad para otorgar, modificar o revocar el testamento

Una persona posee capacidad para otorgar, modificar o revocar un testamento cua
do reúne los requisitos que la ley sustantiva le exige a fin de considerarlo apto o cap
para ello. Normalmente esa ley exige ciertas condiciones mentales, cierta edad y otr
condiciones específicas para disponer del patrimonio propio y otros derechos.

Las normas jurídicas sustantivas mexicanas relativas a esta capacidad suelen re
rirse a los dos tipos de capacidades: la capacidad general y la especial. En la *capacida
general* se define quién puede testar, modificar o revocar su testamento (regla gener
para todo tipo de testamentos). Por ejemplo, todos los que tengan 16 años de eda
pueden otorgar testamento. No es indispensable que sepan leer y escribir, disposici
que es de gran importancia en un país como México, donde el analfabetismo es
muy extendido, en especial entre la gente del campo. En la *capacidad* se hace alusió
a una capacidad especial requerida para un tipo de testamento específico, por ejem
plo, para otorgar un testamento ológrafo no basta la edad exigida en la regla gener
sino que se requiere ser mayor de edad y, además, que el testador sepa leer y escrib

A partir de lo dicho se pueden advertir diversas reglas en materia de capacida
Los problemas se agravan cuando nos percatamos de las diferencias que existen
regular esa capacidad en cada país, lo que pretende resolver el DIPr.

Partimos de la idea de que para testar se requiere la capacidad correspondien
Un primer problema consiste en determinar si se debe tratar a la capacidad con
misma ley como se trata el fondo del derecho sucesorio, o bien, si estamos frent
un supuesto distinto y, por tanto, susceptible de ser regulado por una ley diversa.
nuestra opinión, el fondo y la capacidad son supuestos normativos y deben reci
un tratamiento diferente. En este sentido, afirmamos que en México hay que ator
zar el tratamiento, por lo que la capacidad no se rige necesariamente por la mism
ley que rige el fondo o sustancia, sino por la ley del domicilio o por la *lex fori*.

El derecho comparado nos muestra diversas tendencias en esta materia, respec
de la ley aplicable. Algunos países vinculan la capacidad con la *ley de la nacionalida*
otros, con la *ley del domicilio*; algunos, con la de la *situación de los bienes* objeto de
sucesión; y, los menos, con la *lex fori*. En México la respuesta no es uniforme.
mayoría de las entidades federativas acoge la *lex fori*, pero otras, la ley del domicilio.

Una de las diferencias entre las disposiciones mexicanas y las de varios países
que en México la capacidad tiene su propia ley, a diferencia de otras naciones (esp
cialmente del sistema romano-germánico), donde la capacidad está vinculada con
fondo mismo de la sucesión. Esto tiene una explicación. En estos últimos países
establece la "porción legítima", esto es, el derecho de ciertos parientes-herederos

15 Aunque el *CCFed* atiende a la ley del domicilio, su ámbito de aplicación al testamento es, en el te
no fáctico, bastante restringido. Se aplica a los testamentos consulares, marítimos y los otorg
ante militares. En el caso de algunas entidades federativas se vincula con la ley domiciliar
todos los casos, mientras que en otras a los extranjeros no se les aplica la ley domiciliar debido
remisión al *CCFed*.

suceder al causante por mera disposición de la ley. En tales casos, el testador no puede disponer de su patrimonio libremente: debe dejar una parte del mismo a sus parientes (hijos y cónyuge). Como en México no existe esta institución, dado el sistema de libre testamentifacción, el problema de la capacidad no se conecta con el fondo de la sucesión.[16]

La ley aplicable a la capacidad es la que ha provocado los mayores problemas a los tribunales judiciales de todo el mundo.

Podrá estimarse que atacan el orden público aquellas disposiciones extranjeras en las que una persona renuncia al derecho de otorgar testamento o al de revocarlo. Por ello, aun cuando la norma de conflicto mexicana designara a la extranjera conforme a la cual una persona renunció a otorgar testamento o a revocarlo, se tendrá como contraria al orden público mexicano.

Por último, la ley aplicable a la capacidad rige para disponer por testamento, modificarlo o revocarlo; esto es, se trata de tres momentos diversos en que puede realizarse uno u otro acto. Lo que la ley mexicana no indica es el momento de la vigencia de esa ley para cada acto, aunque seguramente se optará por la capacidad en el momento de realizarlo (en el momento de testar o revocar el testamento, según el caso). En otros ordenamientos jurídicos se establece la vigencia en la fecha de celebración de cada acto.

Forma del testamento

La forma de un acto se corresponde con la manera en que se exterioriza para dar a conocer su contenido. Un acto puede asumir, entre otras, las formas oral o escrita, la de una escritura pública o privada. En el caso de un testamento, puede también elaborarse en taquigrafía, en escritura Braille, grabarse en videocinta, etc. Algunas de estas formas son aceptadas por el derecho de un lugar, mientras que otras no.

Desde la Edad Media la forma se ha sometido al principio *locus regit formam actum* e incluso así se ha establecido en nuestros códigos. Esta regla se asienta en una norma de conflicto general (art. 13, fracc. IV), así como en una especial (art. 1593, *CCDF*).

Ejemplos

a) Si en algunos lugares (como en EUA) se admite el testamento grabado en cinta magnética o digital, donde aparece la voz e imagen del testador, ese testamento cumple con el requisito de la forma y debe ser admitido en México, a pesar de que la ley sustantiva mexicana no tenga prevista esa forma para los testamentos otorgados en el interior del país.

16 Sobre el particular véase María Elena Zabalo Escudero, "El testamento conjunto en el derecho internacional privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés", *op. cit.*, p. 6363.

b) Un testamento ológrafo (una forma del testamento) otorgado en el extran será reconocido en México siempre que esa forma sea válida en el lugar del o gamiento, sin importar el idioma o el medio en que se haya otorgado, si es vá conforme a esa ley. Cuando en el estado de Chihuahua no se regulaba el testam to ológrafo,[17] la ley contenía una disposición que prescribía que la forma de actos se rige por el lugar en que se otorguen, de manera que si en otro lugar válida esa forma de testar, en Chihuahua debería ser reconocido ese testamento

Algunos supuestos fácticos, que han sido llevados a los tribunales, han produci dudas en la doctrina y la jurisprudencia respecto de si encuadran en la ley que rig forma o si se trata de un supuesto normativo diferente; esto es, lo que en DIPr co cemos como un problema de *calificación*. ¿La edad de los testigos que concur a un testamento encuadra dentro del supuesto "capacidad" o dentro del supue "forma"? La calificación, en uno u otro supuesto, podría llevarnos a aplicar la ley domicilio o la del lugar de su otorgamiento. En varios países europeos, especialm te los signantes de convenios internacionales, la edad de los testigos o el número éstos[19] encuadran en la forma y no en la capacidad. Así como esta cuestión, hay ot que suscitan problemas de calificación; por ejemplo, la edad del testador,[20] su nac nalidad[21] o el idioma en que se redacta el testamento han sido calificados, fuera México, como asunto de forma y no precisamente como de capacidad.

Para evitar estos problemas, algunos países han procurado definir en sus tex legales el supuesto jurídico *forma del testamento*.

Ejemplos

La ley alemana prescribe que la forma comprende las cuestiones relativas a ed nacionalidad y otras cualidades personales del causante, así como las cualidad que deben reunir los testigos necesarios.[22] En sentido similar se pronuncia la

17 Periodo 2002-2005.

18 Hay varios casos de testamento ológrafo llevado a los tribunales donde se le ha calificado co forma. Tito Ballarino, "Norme vaghe e diritto internazionale privato", en *Jus, Rivista di scienze didiche*, año XLVI, núm. 1, enero-abril, 1999, p. 74.

19 El número de testigos que concurre al testamento encuadra en la forma, y ha sido uno de supuestos más antiguos sobre los que se ha pronunciado la doctrina. Ya desde la Edad Medi asentó sobre el principio *locus regit actum*.

20 Por ejemplo, la edad para testar, aunque podría estimarse un asunto o *cuestión de capacidad*, calificarse como una cuestión de forma en la Convención de La Haya de 1961 (art. 5o.), no vi te para México.

21 La nacionalidad del testador, aunque se pudiera pensar que es un asunto o cuestión de capaci se ha estimado en el ámbito convencional internacional como una cuestión de forma del testam to (así aparece en la Convención de La Haya de 1961, art. 3o.).

22 Artículo 26.3 de la Ley de 25 de julio de 1986 para la Nueva Regulación del Derecho Internaci Privado.

de Burkina Faso,[23] así como la Convención de La Haya sobre Conflicto de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, de la que nuestro país no es Estado parte.[24]

Estos problemas de calificación no están resueltos totalmente en el ordenamiento jurídico mexicano ni en la jurisprudencia, que ha sido omisa sobre el particular.

Cabe indicar que en los últimos años la forma ha perdido su acento y ha tendido a una paulatina flexibilización. Se trata de una tendencia que el DIPr ha acogido dentro del principio *favor testamentii* y supone un cambio que rechaza la forma rígida en favor de una flexible.

El Convenio sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, de 5 de octubre de 1961, es uno de los convenios internacionales sobre el tema que ha tenido más países signatarios, pero al que México no pertenece. En gran medida han sido los países europeos sus más importantes suscriptores, a los que hay que agregar Australia, Hong Kong, Israel, Japón, Sudáfrica, Turquía, etc. Se trata de un convenio que ha adoptado ampliamente el principio *favor testamentii*.[25]

Aunque México no es Estado parte del citado Convenio sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias de La Haya, de cualquier modo se beneficia, ya que el principio *erga omnes* que acoge ese instrumento internacional incluye a países no signantes, como México (art. 6o.). De esta manera, un testamento otorgado en México, o por una persona domiciliada en México, podrá beneficiarse, acorde con el citado principio, dentro de los países signantes del Convenio. En realidad, no es que las autoridades mexicanas puedan aplicar este Convenio, pues sólo les corresponde a las signantes del tratado, pero éstas reconocerían, según dicho principio, la forma de un testamento mexicano.

Como en México no se ha desformalizado el testamento, este hecho coloca al sistema en una posición críticamente rígida. Somos de la opinión de que los tribunales deben evitar la rigidez exagerada de la ley mexicana, dándole mayor peso al contenido.

23 Artículo 1047 del *Código de las Personas y de la Familia*.

24 El Convenio sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, de La Haya, prescribe algunas calificaciones. Así, aspectos como la edad, nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, al igual que la de los testigos, se estiman como asunto o cuestión de forma y no de capacidad (art. 5o.).

25 El Convenio reconoce cualquier forma testamentaria (o su revocación) derivada de alguna de las leyes siguientes:

a) La ley del lugar donde se otorgó el testamento.
b) La ley del lugar de donde tenía nacionalidad el testador.
c) La ley del lugar del domicilio del testador.
d) La ley del lugar de la residencia habitual del testador.
e) La ley del lugar de la ubicación de los bienes inmuebles.
f) En el caso de países con diversos sistemas jurídicos (un Estado federal, por ejemplo) se podrá aplicar la ley con la que el testador guarde el vínculo más efectivo.

En materia de DIPr el juez mexicano debe adoptar una posición actualizada, mode
compatible con el mundo que hoy le toca vivir. Hay y han habido muchos caso
nuestra jurisprudencia en los que un simple elemento de forma se ha sobrepu
con mayor fuerza al contenido, ya no se diga las cuestiones de procedimiento, que
temáticamente han prevalecido sobre el fondo de los asuntos. Es la hora de México
el mundo y los jueces deben tomar conciencia de ello. La última voluntad del testa
que ya no puede ser enmendada, se ha impedido por meros "formulismos".

Fondo o contenido del testamento

El contenido del testamento es su esencia. Entre otras cuestiones, en un testame
se disponen legados, condiciones que el testador impone al heredero en caso de
acepte los bienes. Se designan tutores, se reconocen hijos, se establecen sustitució
fideicomisarias, etc. Como se advierte, en el testamento no solamente se dispone
patrimonio, sino que también se incluye otro tipo de disposiciones y declaraci
de tipo personal y se consignan órdenes o directivas. Así, el testamento no se red
a un asunto o cuestión meramente patrimonial. Surgen de él obligaciones perso
les, condiciones resolutorias y otros derechos que afectan el ámbito de los derec
de crédito, entre otros, de ahí que pueda afirmarse incluso que puede existir un
tamento sin designación de herederos.

Para analizar la ley aplicable al fondo o contenido de un testamento nos refer
mos a dos aspectos: primero, al *tipo de disposiciones que contiene* y, segundo, a la li
tad para disponer del patrimonio e, incluso, elegir la ley aplicable al testamento.

Por lo que toca al *tipo de disposiciones que contiene el testamento,* vale recor
que algunas de sus cláusulas pueden ser *estrictamente sucesorias* y otras no. Las cl
sulas propiamente sucesorias por lo común corresponden a actos de disposición
bienes. Por lo general, se trata de cláusulas patrimoniales, aunque hay testamen
que contienen cláusulas no patrimoniales.[26]

26 Lisandro Cruz Ponce hace un resumen de las cláusulas no patrimoniales a que se refiere el CC
menciona las siguientes:
a) Reconocimiento de un hijo nacido fuera de matrimonio (arts. 367 y 369).
b) Designación de tutor testamentario (arts. 470, 473, 475 y 481).
c) Encargos especiales al albacea (art. 1747).
d) Designación de un tercero para que haga la distribución de cantidades a específicos tipo
personas, como los pobres, los huérfanos, los ciegos, etcétera (art. 1298).
e) Designación de un tercero para que elija los actos de beneficencia y los establecimientos
que deben aplicárseles determinados bienes (art. 1299).
f) Nombramiento de herederos sustitutos (art. 1472).
g) Designación de albaceas (arts. 1686 y siguientes).
h) Partición de bienes hereditarios (art. 1771).
Lisandro Cruz Ponce, "Comentarios al artículo 1378 del CCDF", en *Código Civil para el D
Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, actualizado, concor
con jurisprudencia obligatoria,* Libro Tercero: De las sucesiones, t. III, Instituto de Investiga
Jurídicas-Miguel Ángel Porrúa, México, 1998.

No debemos esperar que en la ley extranjera el contenido de un testamento sea similar al prescrito en la ley sustantiva mexicana. En California, EUA, por ejemplo, si el testador omite a su cónyuge en el testamento, ella deberá recibir una porción del patrimonio, salvo que del mismo testamento se advierta que en la mente del testador estuvo la *intención de no heredarle algo*. Lo mismo ocurre en el caso de omisión de los hijos.[27] En la práctica estadounidense puede encontrarse que a los testadores se les recomienda que cuando desean desheredar a una persona y no dejar dudas de ese hecho, le leguen un dólar, con lo cual la voluntad habrá quedado expresada con toda claridad y con ello se evita que se intente la anulación del testamento. Esas prácticas legales no existen en México.

Incluso en un régimen territorialista como el mexicano, si se presenta ante el juez un testamento otorgado en el extranjero, cuyo contenido está regulado de manera diferente, deberá decidir con base en cuál ley revisará la validez del contenido, problema que se resuelve mediante las normas de conflicto.

En varios países la ley que se refiere al contenido de un testamento remite a normas de DIPr especiales que lo vinculan a la *ley de la nacionalidad del de cujus*, como en los Emiratos Árabes Unidos,[28] Hungría[29] y Marruecos.[30] O bien, otras leyes prefieren vincular el contenido del testamento a la *ley del domicilio del testador*, como en Argentina.[31] Son escasas las leyes que establecen una doble vinculación, dependiendo del tipo de bienes de que se dispone en el testador. De esta manera, si se trata de muebles se opta por la *ley nacional del de cujus*, pero si se trata de inmuebles la conexión se hace con la *ley del lugar de su ubicación*, como ocurre en la ley iraquí.[32]

En México se establece una norma de conflicto especial que remite a la ley del lugar donde se otorgó el testamento (art. 1593, CCDF). En esta disposición, a pesar de su redacción demasiado general, se puede advertir que tanto la *forma* como el *contenido* del testamento se rigen por la ley del lugar de su otorgamiento.

La definición de lo que cabe en "contenido del testamento" no ha sido fácil para la doctrina y para la jurisprudencia de otros países, que incluso han vacilado sobre el particular. Por ejemplo, hay autores que en materia de las normas relativas a la *porción legítima* o a las de la *libre testamentifacción* afirman que se debe calificar como un asunto o cuestión de capacidad del testador,[33] mientras que otros han considerado

27 Mauricio Jaime Ortega, "Sucesiones testamentarias e intestamentarias en el estado de California, Estados Unidos de América", en *Ars Iuris, Revista del Instituto de Documentación e Investigación Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana*, vol. 16, 1996, pp. 467 y 468.

28 Artículo 17 del *Código de las Transacciones Civiles*.

29 Párrafo 36 del *Decreto sobre Derecho Internacional Privado*.

30 Artículo XVI del *Dahir sobre la Condición de los Españoles y Extranjeros en el Protectorado Español de Marruecos*.

31 Artículo 3286 del *Código Civil*.

32 Artículo 23 del *Código Civil*.

33 Por ejemplo, así ocurrió en el siglo XIX con Ignacio L. Vallarta (¿Qué ley rige al testamento en que se dispone de bienes raíces situados en diversos estados de la República?) y con José Algara (¿Por qué ley debe regirse el testamento en que se dispone de bienes raíces situados en diversos estados

el asunto o cuestión de contenido.[34] Como sabemos, la calificación en uno u ot supuesto produce resultados diferentes.

Sobre este aspecto no existe en México regla de conflicto especial que determi la regla de la calificación, por lo que debe recurrirse a la general de DIPr que otorga posibilidad de remitir a la calificación existente en el lugar al que pertenece la aplicable (calificación *lex causae*).

En cuanto a la libertad del testador para disponer de su patrimonio se pued distinguir, en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, dos sistemas que se rel cionan con la libertad de testar: por un lado, un *sistema amplio, libre*, que permite testador disponer de su patrimonio sin que se le impida o restrinja esa libertad; p otro lado, un *sistema que le restringe al testador la libertad de decidir* quiénes serán sucesores y en qué proporción. En este último sistema la ley determina qué porci del patrimonio está destinado a ciertos herederos predeterminados.[35]

En el sistema de libertad amplia, el legislador pone énfasis en la autonomí libertad del testador. Sólo quien testa puede decidir qué hacer con su patrimonio[36] en algunos casos, elegir la ley aplicable al fondo o contenido de su testamento. E sistema restringido la atención del legislador se dirige a la familia del causante, ge ralmente los hijos y la cónyuge. Se trata de un sistema —que ya mencionamos donde la ley prescribe una porción mínima para cada pariente (sistema de legítim o reservas). En este último sistema, la autonomía de la voluntad del testador para e gir la ley aplicable al fondo del testamento es prácticamente nula.

En el sistema de libertad se considera que existe una nota característica del de cho de propiedad: si la libertad de disposición caracteriza a la propiedad, esa liber de disposición debe continuar vigente, aun después de muerto su propietario.

En el sistema que restringe la libertad del testador la cuestión se enfoca desde deber moral después de su muerte; por ello el testador no puede abandonar a hijos y cónyuge, sino que debe procurar por su vida y ayudarles. Este sistema es a gido más ampliamente en los sistemas jurídicos contemporáneos, especialmente el romano-germánico.

La libertad de testar se encuentra en el principio de la autonomía de la volun según el cual la libertad se puede manifestar en diversos aspectos: en la designac de herederos y en la elección de la ley aplicable. Theodor Kipp estima que existe g

de la República?). Estas obras, prácticamente desconocidas, se han publicado con un estudio liminar de Jorge Alberto Silva, *Estudios de derecho conflictual sucesorio interestatal durante el XIX*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Ciudad Juárez, 2006.

34 Así ha ocurrido, en general, con los juristas españoles y su doctrina.

35 Sobre estos sistemas véanse las notas de Jorge Alberto Silva, *idem*.

36 La voluntad del testador, conforme a la ley mexicana, va por delante de cualquier disposición que estableciera otra cosa, por ejemplo, la porción legítima. Esto revela evidentemente la fal coordinación de nuestro sistema frente al de otros Estados y da lugar a problemas y colis del testamento sancionado como válido en México, pues en varios casos será susceptible de ser conocido en el extranjero.

paralelismo entre la libertad de contratación y la disposición sucesoria,[37] ya que en buena medida es la autonomía de la voluntad la que prevalece, con ciertas limitaciones en ambos casos; en la contractual, el orden público y en la sucesoria, en los sistemas romano-germánicos, la porción que corresponde a cónyuge e hijos.

La elección de la ley aplicable al testamento no es aceptada por la mayoría de países. En México no se acepta esta elección.[38] En los casos en que se acepta, el derecho de elegir la ley aplicable puede dirigirse a la ley que se aplicará a la interpretación del propio testamento, a los medios para suplir sus deficiencias y lagunas, etcétera.

En principio, el testador puede elegir la ley aplicable a su testamento, salvo en los aspectos que le impiden disponer, por ejemplo, cuando se trata de normas imperativas, autolimitantes o de aplicación inmediata que le impidan elegir una disposición que la contraríe. En California, EUA, por ejemplo, el testador puede elegir la ley aplicable, salvo en casos específicos.[39]

En México se acoge la libre testamentifacción, pero si se trata de un caso en el que el testamento otorgado en el extranjero está regulado por una disposición que contempla la porción legítima, el juez mexicano tendrá que decidir cuál será la ley sucesoria aplicable. Para ello, ha de apoyarse en su norma de conflicto. Por lo que hace a la elección de la ley aplicable al fondo, hasta ahora la ley mexicana no parece permitirla, aunque tampoco establece una prohibición al testador.

Por otro lado, a pesar de la libertad de que pueda gozar el testador para establecer el contenido, cabe la posibilidad en casos muy específicos de que un testamento extranjero o hecho en país extranjero sea rechazado. Pensemos, por ejemplo, en la cláusula que prescriba un albaceazgo perpetuo,[40] cláusula que en México se calificaría como contraria al orden público.

Antes de concluir este apartado conviene señalar que las normas de DIPr, de fuente interna, establecidas en el ordenamiento jurídico mexicano, relativas al testamento extranjero, pretenden resolver el problema que se refiere a su reconocimiento. La idea primaria en que se sostiene es la de reconocer esos testamentos. Desafortunadamente, no existe claridad en las conexiones que remiten al derecho aplicable. En algunos casos las respuestas resultan superficiales, pueriles y confiadas en exceso. Otras, en gran medida, no alcanzan a comprender las dimensiones fácticas que un problema real podría engendrar. En este apartado el legislador y el juzgador mexicanos podrán encontrar elementos que les ayuden a normar este tipo de casos, elementos, por otro lado, que pueden servir para integrar a la legislación vigente. Además, se deberá

37 Theodor Kipp, *Tratado de derecho civil: derecho de las sucesiones*, Bosh, t. V, vol. I, Barcelona, 1960, p. 183.

38 Aunque cabe recordar que en los códigos de 1870 y 1884 se permitió.

39 Mauricio Jaime Ortega, "Sucesiones testamentarias e intestamentarias en el Estado de California, Estados Unidos de América", en *op. cit.*, p. 450.

40 Administración del patrimonio sucesorio que carece de momento final, lo que da lugar a que el albacea de hecho se convierta en un propietario fáctico administrando los bienes, sin posibilidad de que el heredero disfrute la propiedad que se le transmite.

resolver qué supuestos deben ser regulados por el *CCDF* (así como el de cada entidad federativa) o por el *CCFed* (donde, tal vez, podrían entrar los testamentos consulares, marítimos y aéreos).

Condiciones establecidas en el testamento

El art. 1593 del *CCDF* reconoce el testamento extranjero cuando se hubiese celebrado conforme a la *ley del país donde se otorgó*, lo que nos obliga a revisar las condiciones establecidas, las que también deberán ser reconocidas, salvo los casos de excepción.

Ejemplos

a) En un testamento otorgado en Honduras se establece que un heredero no debe casarse con determinada persona, testamento que se presenta en México para ser reconocido. El *CC* de Honduras admite esta condición (art. 1061). En este caso el juez mexicano no podrá reconocerla, pues con ello se vulneraría el orden público internacional. No anula al testamento, sólo que la condición se tendrá por no puesta.

b) Un caso similar se planteó a los tribunales argentinos. Se trató de un testamento otorgado en Italia donde el autor de la herencia dejó un legado a su cónyuge con la condición de que se conservase soltera por viudez. Los tribunales argentinos no reconocieron esta cláusula del testamento.[41]

En el primer ejemplo la ley designada por la norma de conflicto sería la ley hondureña, pero contra su aplicación opera la excepción consistente en la contrariedad del orden público, ya que si se reconociera la prohibición de contraer nupcias, ello afectaría el derecho a decidir la propia existencia, incluyendo el de constituir una familia. No obstante, en el segundo caso esta cláusula podría ser reconocida si la prohibición de casarse se restringe a un plazo razonable, por ejemplo, dentro de los seis meses siguientes en caso de embarazo.

Hay un tipo de convenios acogidos en otros países del mundo, por ejemplo, el llamado *testamento mancomunado*. Conforme a éste, dos o más personas pactan que en el momento de su muerte dejarán sus bienes a sus hijos, un cónyuge, otra persona, etc. Por lo general se suelen calificar o encuadrar dentro de los testamentos y no en el ámbito de los contratos. Aunque en este caso podría estimársele como un testamento, acorde con la *lex cause*, el hecho es que en varios países del mundo se rechaza su reconocimiento por vulnerar el orden público, ya que el testamento (desde la perspectiva mexicana) se apoya en la libertad de testar, la libre modificabilidad y ser un acto personalísimo. No existe resolución judicial mexicana sobre el particular,

41 Carlos Alberto Lazcano, *Derecho internacional privado*, Latense, La Plata, 1965, p. 362.

pero consideramos que también se le rechazaría, ya que el testamento no podría ser calificado como contrato, sino como acto de última voluntad.

En la ley mexicana se alude al "testamento hecho en país extranjero", mientras que en otros sistemas jurídicos sólo se establece la ley aplicable al mismo, que normalmente es la personal del otorgante, lo cual indica que la primera se encuentre en atraso y, por tanto, debe ser actualizada.

En el orden jurídico mexicano no se indica cuál es la ley aplicable al testamento otorgado en México, lo que lleva a la aplicación de la *lex fori* (como regla general); sólo se alude al caso del testamento otorgado en el extranjero que debe seguir lo prescrito en la ley extranjera, incluidas sus normas de conflicto.

En el caso de los testamentos otorgados en México, la posición territorialista impide a los extranjeros o a los residentes en el extranjero acudir a las leyes que les sean más connaturales o incluso favorables, como ocurre en casi todos los países.

Esta manera de encajonar el testamento no sólo lo encuadra en una concepción territorialista, sino también en desfase frente a otros órdenes jurídicos contemporáneos.

12.5. Participación de los cónsules en la sucesión por causa de muerte

Hay actividades que deben llevar a cabo los cónsules mexicanos en el extranjero y que conviene tener presentes; algunas se vinculan a la sucesión testamentaria y otras a la intestamentaria.[42]

El profesor José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, recogiendo los planteamientos de la doctrina hispana en torno a las funciones consulares vinculadas a la sucesión por causa de muerte, afirma que al cónsul le corresponde una triple función en materia consular:

1. **Función notarial.** Conforme a esta función recibe y sanciona los testamentos que otorgan sus connacionales.
2. **Función informativa.** Recibe, de parte de las autoridades del lugar en que se encuentra, la noticia del fallecimiento de un connacional.
3. **Función representativa.** Realiza diversos actos tendientes a asegurar que los bienes sean entregados a los posibles herederos, formando previamente el inventario y administrando el patrimonio, todo ello a manera de gestión de negocios.[43]

42 Un desarrollo amplio de este tema puede verse en Jorge Alberto Silva, "Participación de los cónsules en la sucesión *mortis causae*", en *Lex*, Tercera. Época, año v, núm. 51, septiembre de 1999, México. Las funciones de los cónsules que aquí se presentan se describen con mayor detalle en el trabajo citado.

43 Mariano Aguilar Navarro, *Lecciones de derecho civil internacional español, op. cit.*, p. 328; José Antonio Tomás Ortiz de la Torre, lección 7, Sucesiones, en *Lecciones de derecho civil internacional, op. cit.*, 1996, p. 230.

Esta clasificación de las funciones del servicio consular, descritas para el derecho l pano, es semejante a la que acoge la normatividad mexicana. Acaso sea neces agregar que en algunos tratados ratificados por México el cónsul es quien materi mente transmite el dinero y los bienes a su connacional, e incluso quien en algu casos hace la entrega y distribución de los bienes a manera de albacea y liquidad ejecutor. También los cónsules realizan una función propia del Registro Civil. Aco con esta función pueden levantar actas de defunción o registrar las ya levantadas el país de su adscripción, todo ello para facilitar el trámite sucesorio. De esta for la ley mexicana adscribe al cónsul funciones de fe pública, notariales.

Por lo general, la participación de los cónsules en una sucesión se define diversos tratados de los que México es Estado parte.[44]

Al lado de los tratados internacionales que hemos enumerado, las funciones con lares enfocadas en la transmisión del patrimonio por causa de muerte también se c signan en algunas leyes internas, entre otras el CCDF, el CCFed, el CFPC, los códigos civ y de procedimientos civiles de cada entidad federativa, la *Ley del Servicio Exte Mexicano*, así como otras leyes. Agrégase a estos textos secundarios la serie de manu expedidos por la SRE, en los que se instruye a los cónsules sobre formas y procedimi tos por seguir en el ejercicio de sus funciones.[45] En realidad, esta normatividad de d cho interno mexicano se refiere principalmente a la actividad de los cónsules mexica en el extranjero, no a la de los cónsules extranjeros acreditados en México.

Una nota característica es que los tratados mencionados establecen por lo ge ral *normas de derecho uniforme*, mientras que las leyes internas prescriben norma *derecho material*, dirigidas a los cónsules de diversos países. Mientras que nues

44 Entre otros cabe citar los siguientes:
- *a*) Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (firmada en Viena el 24 de abril de 1963, 11 de septiembre de 1968).
- *b*) Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos Mexicanos y Repú del Ecuador (firmado en Washington, 10 de julio de 1888, DO, 2 de enero de 1891).
- *c*) Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre los Estados Unidos Mexicanos y Repú Dominicana (firmado en México el 29 de marzo de 1890, DO, 7 de agosto de 1891).
- *d*) Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de Amé (DO, 17 de julio de 1943).
- *e*) Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Panamá (DO, 2 mayo de 1930).
- *f*) Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de la Gran Breta Irlanda del Norte (DO, 19 de julio de 1955).
- *g*) Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Popular de Pol (DO, 1 de julio de 1986).
- *h*) Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Popular de Bul (DO, 3 de julio de 1986).
- *i*) Convención Consular entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Pop China (DO, 8 de marzo de 1986).

45 En general, se trata de manuales que sólo circulan en las oficinas consulares.

leyes internas regulan la actividad de los cónsules mexicanos en el extranjero, pocas veces se refieren a la actividad de los cónsules extranjeros en México.

Por otro lado, como afirma Elisa Pérez Vera,[46] y salvo lo prescrito en los tratados internacionales, los cónsules sólo podrán realizar su función en la medida que la ley del lugar donde estén acreditados se los permita. Resulta poco común encontrar en los tratados normas de *derecho propiamente conflictual*.

Nos referiremos en seguida a la participación del cónsul en el testamento y otras actividades.

Testamento consular

En general, a los cónsules acreditados en el extranjero se les *faculta para que ante ellos se otorguen testamentos*. Sin duda, en México se trata de una de las funciones más conocidas concernientes al derecho sucesorio.

En el caso del testamento destaca una doble función: los cónsules *actúan como notarios dando fe de la última voluntad y también recibiendo como depositarios el testamento ya otorgado* ante las autoridades extranjeras, o incluso mexicanas pero no consulares. Un ejemplo de testamento que el cónsul recibe en depósito es el testamento marítimo (art. 1587, CCFed).

Otras funciones del cónsul mexicano en el extranjero

El cónsul acreditado (mexicano o extranjero) tiene derecho a recibir cierta información por parte del Estado ante el cual está acreditado. Los tratados vigentes prescriben *dos tipos de información* que el cónsul debe recibir: debe ser enterado del fallecimiento de un connacional y también de la apertura del procedimiento sucesorio.

En algunos tratados o convenciones consulares se permite al cónsul *representar a sus connacionales* y recibir en representación de ellos los muebles o el precio que pudiera corresponderles. Esto se admite aun cuando los connacionales no sean residentes del Estado receptor.[47]

A diferencia de la función anterior, que supone que ya se abrió el procedimiento sucesorio ante las autoridades extranjeras, en algunos tratados se otorga al cónsul en el extranjero la facultad de *hacerse cargo de los bienes de su connacional que fallece*

46 Elisa Pérez Vera, *Derecho internacional privado*, vol. II, 3a. ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, p. 252.

47 En México se presentó un caso relacionado con la entrega de bienes a un cónsul y que fue consultado por el Tribunal Superior de Justicia de San Luis Potosí a la Academia Mexicana de Jurisprudencia y Legislación. Se trató de un súbdito español que falleció con algunos bienes recogidos por la autoridad mexicana, los que luego de abrirse la sucesión fueron reclamados por el cónsul español. En ese entonces se resolvió que no procedía la entrega ya que el cónsul carecía de poder bastante del interesado. Véase el caso en Jorge Alberto Silva, "Presencia del derecho internacional privado y del derecho interestatal en la revista *El Derecho*", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, México, 2006.

dentro de su circunscripción territorial, sin necesidad de un procedimiento sucesori previo, salvo que la sucesión se encuentre en litigio, en cuyo caso serán las autorid des judiciales locales las que deben decidir acerca de los derechos en disputa.

En algunos tratados o convenciones bilaterales se otorga al cónsul acreditado derecho de *conservar y administrar los bienes de la herencia,* realizando las funciones albacea de la sucesión. A esta función se le conoce como *albaceazgo consular.*

Normalmente el cónsul realiza su función atendiendo a los connacionales qu *están domiciliados en la circunscripción en que ejerce sus labores de consulado.* No ob tante, hay casos en los que esos cónsules residen en otro lugar. Cuando esto sucede ellos tienen la *facultad de representar a esos connacionales para cobrar y recoger la par de la herencia que les corresponda,* aun cuando los bienes no se encuentren dentro d su circunscripción territorial. Se agrega a esto la facultad de obtener la parte que po derecho le corresponde a los trabajadores fallecidos, a manera de indemnización.

Como ya explicamos, en aquellos casos en que el extranjero al que se le han adj dicado los bienes de la sucesión no acude o no puede acudir ante la autoridad q deberá entregárselos, entonces el cónsul de su nacionalidad podrá recibir, en su nom bre, esos bienes. Otro tema será el problema de la *exportación de los bienes al país que se localiza* el heredero de los bienes. En este supuesto, al cónsul le es permiti coadyuvar en esas gestiones.

Hay abogados mexicanos a los que les resulta sorprendente la facultad otorgad a un cónsul para *adjudicar los bienes de la sucesión.* Normalmente es el juez y en alg nos casos el notario público quienes adjudican o sancionan la adjudicación de l bienes de la sucesión a los herederos. En algunos convenios internacionales se a cionan estas funciones a los cónsules.

En la recepción del testamento consular nos hemos referido a las funciones m desconocidas. Al lado de éstas existen otras de no menor importancia, entre las q se pueden citar las legalizaciones de certificados de defunción, el otorgamiento poderes para abrir los procedimientos sucesorios, levantar actas notariales repudia do derechos hereditarios, traslado de restos, cuerpo o cenizas humanos, registros defunciones, cumplimiento de comisiones consulares enviadas por los jueces de país, etcétera.[48]

12.6. Otras disposiciones referidas al testamento extranjero

Hasta aquí nos hemos referido a algunas observaciones que derivan del art. 1593 CCDF, que se encuentra en el capítulo del "testamento hecho en país extranjero".

48 Algunas notas sobre cada uno de estos convenios internacionales pueden verse en Jorge Alb Silva, "Participación de los cónsules en la sucesión *mortis causae*", en Lex, *op. cit.*

lado de este capítulo del *Código* hay otras disposiciones que de alguna manera implican a un testamento otorgado o recibido en el extranjero.

Aquí hacemos un paréntesis para precisar qué es un testamento otorgado ante un cónsul y un testamento recibido o depositado ante un cónsul. Ambos supuestos hacen referencia a funciones diferentes que el cónsul asume respecto de un testamento. Un testamento es *otorgado* cuando se expide ante el cónsul, mientras que un testamento es *recibido o depositado* cuando ya fue otorgado ante una autoridad extranjera o un capitán de buque con bandera mexicana, pero luego es llevado al cónsul para su depósito. En el primer caso, el cónsul realiza una función propiamente notarial, mientras que en el segundo actúa como receptor del bien depositado. A ambas funciones se refiere el derecho interno (art. 1594, CCDF), así como algunos convenios consulares.

Volviendo al tema que nos interesa por el momento, respecto de diversas disposiciones del *Código* que hacen alusión al testamento otorgado y el recibido o depositado, nos referiremos a los testamentos *marítimo* y el *otorgado en campaña militar.* Se trata de figuras que no encuadran necesariamente en la regla general de DIPr, relativa al otorgamiento, establecida en el art. 1593 citado, pues como dijimos existen otros preceptos en el CCDF que regulan un testamento otorgado en el extranjero, como si se tratara de reglas especiales. Abordaremos de esta manera supuestos y normas de DIPr de fuente interna que están referidos a un testamento otorgado fuera de territorio mexicano.

Testamento marítimo

Según el derecho sustantivo mexicano el testamento marítimo, que es un testamento extraordinario, se otorga a bordo de embarcaciones mexicanas (sean de guerra o mercantes) que se encuentren en alta mar (art. 1583, CCDF). Este testamento está sujeto a una condición resolutoria, ya que el testador debe fallecer en alta mar o dentro del mes siguiente a su desembarco en territorio mexicano o extranjero. En condiciones bastante similares, algunas leyes extranjeras suelen acoger el testamento marítimo.[49] Nos referiremos al testamento otorgado a bordo de buques mexicanos y extranjeros.

Sólo un código como el CC de Querétaro indica que "el testamento otorgado *a bordo de una nave aérea en tránsito* tendrá eficacia igualmente si se ajusta a las disposiciones especiales que lo reglamenten y, de no estarlo, si se han observado las reglas que rigen el testamento marítimo en lo que fueren aplicables" (art. 1459); o también el caso que alude al *testamento aéreo,* del CC de Zacatecas.

49 Por ejemplo, para la ley argentina "todos los que naveguen en un buque de bandera nacional, sea de guerra o mercante pueden usar esta forma. No se distingue entre los individuos de la tripulación o los pasajeros. Basta la circunstancia de encontrarse embarcado para poder hacerlo. Tampoco hay que distinguir entre la navegación por alta mar o fluvial." Guillermo A. Borda, *Manual de sucesiones,* Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 357.

Testamento a bordo de buque mexicano

Aunque el testamento marítimo no parece ofrecer grandes problemas al DIPr me cano, destaca que se otorga en *alta mar*, lugar en el que, por ser el buque con ban ra mexicana, se aplica la ley mexicana que lo regula. No obstante, el hecho de qu ley aplicable sea la mexicana, no se trata de una norma conflictual la que desig la *ley del pabellón*. Simplemente se utiliza el mecanismo de la norma conflictual indica un hecho: el lugar, fuera del país, donde el acto se celebra. En realidad, el c no alude a la ley del pabellón ni a la ley aplicable, sino que simplemente regula el te mento otorgado a bordo de un buque surto en alta mar. De manera que nuestro Cód no regula el testamento marítimo mediante una norma de conflicto, sino mediante norma material interna. Su regulación es directa, no indirecta.

Tanto el *CCDF* como el *CCFed* se refieren solamente al caso en que la embarcaci se encuentre en alta mar. La hipótesis produce algunos problemas, entre ellos los siguientes:

a) Si el testamento marítimo se otorga a bordo de una *embarcación mexic surta en aguas extranjeras*, esto es, en país extranjero, no se regula por el art. 1583 *CCDF*. No se encuadra dentro de un testamento marítimo según este *Código*, pue embarcación debe estar en alta mar. En consecuencia, ¿cuál será la nacionalidad testamento otorgado a bordo de un buque mexicano surto en aguas extranjer ¿mexicano? No parece que así sea. La ley mexicana no lo indica así; ¿extranje Tampoco la ley mexicana remite calificando a la ley extranjera. Será en todo cas ley extranjera la que establezca los requisitos.

b) Acorde con el *CCDF* y el *CCFed*, si el testamento marítimo se otorgó en buque mexicano, su capitán debe depositarlo ante la autoridad marítima mexic si el barco llega a territorio mexicano, o depositarlo ante el cónsul mexicano, barco arriba al extranjero. La figura del depósito en este caso del cónsul se encuen definida en el art. 1590 del *CCFed*. Si el testamento es depositado ante el cónsul m cano, ello no significa que se trata de un testamento otorgado en el extranjero, sólo depositado ante un representante mexicano en el extranjero; tampoco es un tamento consular, sino marítimo.

c) La ley mexicana es omisa en cuanto al destino final del testamento otorg en alta mar si se trata del caso de que el testador sea extranjero o residente e extranjero. ¿Qué utilidad le reporta a un extranjero o a un residente en el extran que su testamento sea depositado ante una autoridad mexicana? A nuestro pare el problema podría resolverse remitiendo el testamento al país de la nacionalid del domicilio del testador, o al lugar elegido por el testador, y no que se quede mente ante las autoridades mexicanas como lo prescriben los códigos civiles m canos.[50] La solución que dan los legisladores del D.F. y el federal parece suponer

50 No es común que las autoridades extranjeras informen a las mexicanas la existencia de ese mento. Esto es, ni lo prescribe la ley interna mexicana (cuando menos en el caso de que el

el testador siempre es mexicano y que su sucesión siempre se abrirá en México, lo que no necesariamente será así.[51]

Algunos códigos civiles como el de Tamaulipas (art. 2661), Tlaxcala (art. 2867) o el de Chihuahua manifiestan una visión unilateral de sus legisladores en el tema, pues sólo se refieren a sus residentes o nacidos en el estado, ignorando el testamente otorgado por personas de otro lugar (de otra entidad federativa). Al efecto, el último de los códigos dispone que "Los *chihuahuenses* que se encuentren en alta mar, a bordo de navíos de la Marina Nacional, sean de guerra o mercantes pueden también hacer testamento privado, que surtirá efecto en el Estado, si se hizo con sujeción a las disposiciones establecidas en el *Código Civil del Distrito Federal* (o el *CCFed*) respecto de testamentos marítimos" (art. 1489). El de Colima incurre en la misma omisión, pues se olvida de los testamentos expedidos por los extranjeros (art. 1489).

Si examinamos con detenimiento la normatividad que regula el testamento marítimo advertiremos que no establece normas conflictuales, a pesar de que alude a datos o supuestos fácticos ocurridos fuera del territorio mexicano. Como habíamos dicho, la codificación mexicana establece una *norma material interna*. Se trata de una norma con vocación internacional, pero que sólo se refiere a algunas hipótesis, dejando sin cubrir otras, que quedan reguladas por normas de conflicto.

Testamento a bordo de buque extranjero

¿Qué hacer cuando un testamento se otorga a bordo de un buque extranjero, especialmente cuando los bienes objeto de la sucesión se encuentran en México, o el testador estuvo domiciliado en México? La ley mexicana sólo alude al testamento otorgado a bordo de buques mexicanos. Lo que no es natural, pero si se trata del testamento otorgado a bordo de un buque extranjero, el reconocimiento no está regulado ni por norma material ni conflictual, lo que nos podría conducir a la posibilidad de bilateralizar la única norma que existe. Nos referiremos a algunas hipótesis.

a) Si el testamento *se otorgó en alta mar* y a bordo de embarcación extranjera, no será testamento "hecho en país extranjero" pues no se otorgó en el territorio de

extranjero se encuentre en aguas nacionales) y tampoco México es suscriptor de tratados que indiquen algo sobre el particular.

51 La ley de Venezuela presta mayor atención al testamento marítimo. Indica que se otorgará ante el comandante (si el buque es de guerra) o el capitán (si es mercante). El testamento debe conservarse entre "los papeles más importantes del buque" y se deberá mencionar en el Diario y a continuación del Rol de la tripulación. Luego se le entregará al agente diplomático, así como una copia de la nota puesta en el Diario y en el Rol de la tripulación. Al margen de la nota del Diario y en el Rol se asentará la nota de entrega. El agente diplomático o consular que reciba debe formar un acta de entrega y luego enviarla al Ministerio de Guerra y Marina, la que ordenará el depósito, uno en el archivo y otro en la oficina del Registro del último domicilio o última residencia del testador (si el domicilio estuviera en Venezuela).

un país extranjero, sino en alta mar. A menos que la ley extranjera considere buque como territorio extranjero como lo hace la ley mexicana, respecto de embcaciones mexicanas. Ante este supuesto tenemos dos alternativas. La primera consiste en considerar que la norma mexicana es una norma unilateral susceptible ser bilateralizada por interpretación judicial que remite indirectamente a la nor extranjera para consultarla y saber conforme a ésta (art. 14, fracc. I, *CCFed*) qué e que considera territorio nacional y, en consecuencia, el barco podrá ser conside do como parte de ese territorio y el testamento ser reconocido. La segunda alter tiva, con efectos contrarios a la anterior, parte del supuesto de que el testamento podrá ser reconocido en México, por no coincidir el lugar en donde se expidió ningún supuesto de la norma, incluido "en ese país extranjero". A menos que extranjero se signifique lo que no es mexicano, el cual es un razonamiento fácilm te deducible.

b) También cabe cuestionarnos respecto del testamento otorgado a bordo de buque extranjero *surto en aguas nacionales mexicanas*. ¿Se calificará como mexica o extranjero?, ¿cuál será la ley que lo regirá?, ¿la del pabellón?

En este caso, la respuesta no es fácil. Por un lado, no es un testamento que se pue considerar "hecho en país extranjero", pues no se otorgó en territorio extranjero menos que la ley del buque lo considere territorio extranjero; y tampoco se le pue calificar como testamento marítimo, pues no se otorgó en alta mar (según la descr ción lingüística de la ley mexicana). Por otro lado, aunque se realizó en territor mexicano, el caso es que no se otorgó ante autoridad mexicana.

Como se advierte de los dos casos mencionados, se trata de supuestos no prev tos por la ley mexicana, es decir, de casos cuya respuesta jurídica queda sin conoc se, por lo que es recomendable que nuestro legislador atienda tales supuestos.

En otros países las leyes pretenden resolver problemas como éstos mediante n mas de conflicto y no conforme a normas materiales. Por ejemplo, la ley de Pue Rico, aunque con algunos errores, establece: "podrá testar en alta mar, durante navegación en un buque de los Estados Unidos o extranjero, con sujeción a la ley Estado o de la nación a que el buque pertenezca" (art. 666, *CC*).

Como se advierte, esta norma es completa en la medida que prevé los supuestos: "buque de los Estados Unidos o extranjero", ley aplicable nacional o de nación a que pertenezca el buque.

Ratificación y nuevo otorgamiento

Cabe reiterar que, en general, la regulación del testamento marítimo, tal como encuentra en los códigos mexicanos, está regulado por normas materiales. Hay, obstante, otros supuestos que pueden presentarse. Al respecto, el *CCDF* dispone:

> **Artículo 1591.** El testamento marítimo solamente producirá efectos legales fallecie el testador en el mar, o dentro de un mes contado desde su desembarque en algún l

> donde conforme a la ley mexicana o extranjera, haya podido ratificar u otorgar de nuevo su última disposición.

El texto citado se refiere tanto a testamentos otorgados en barcos mexicanos como extranjeros. En el caso de que se otorgue en este último, existe la posibilidad de que algunos supuestos puedan reconocerse si se realizaron conforme a la ley extranjera (la del país de su otorgamiento) (arts. 1591, *CCDF*, y 1591, *CCFed*).

El supuesto que nos interesa no es precisamente el del otorgamiento del testamento, sino el de la *ratificación del otorgado* a bordo de un buque mexicano. Igualmente, según el texto legal, se comprende un supuesto regulado por una ley extranjera, que sería el *otorgamiento de un nuevo testamento*, pero no el del testamento marítimo, pues el texto mexicano se refiere a "otorgar de nuevo su última voluntad".

De esta forma, los supuestos que podrán estar regulados por la ley extranjera, de acuerdo con las disposiciones de las normas de conflicto mexicanas, serían:

a) La *ratificación* del testamento otorgado a bordo de un buque mexicano, en cuyo caso el testamento será mexicano, pero la ratificación será extranjera, caso en el cual la ley que norma la ratificación será la extranjera.

b) El *otorgamiento* de un nuevo testamento, en cuyo caso ya no nos estamos refiriendo al otorgamiento de un testamento marítimo mexicano ni a la ratificación de éste, sino al caso de un nuevo testamento.

Adviértase (en la segunda hipótesis) que nuestro *Código* alude a "otorgar de nuevo su última disposición" (art. 1591, *CCDF*), lo que significa, como dijimos, que se ha otorgado un nuevo testamento. Desafortunadamente, el texto comentado no dice ante quién se otorga el nuevo testamento, aunque sí que puede regularse por la ley extranjera o la mexicana. ¿Pero cuándo una u otra? Nos parece que en este apartado la redacción de nuestra ley es ambigua: podría interpretarse que el testamento se otorgó ante una autoridad extranjera o ante un cónsul mexicano en el extranjero.

Testamento otorgado en campaña militar

El *testamento militar*, como le denomina la ley mexicana (arts. 1579 y 1580, *CCDF*), es otro testamento extraordinario o especial que, por lo que hace al testador, puede ser otorgado por un militar durante una acción de guerra o si está herido sobre el campo de batalla.[52] No obstante, el principio general no es exclusivo para los militares del Ejército mexicano, pues también comprende a los *prisioneros de guerra*, de manera que su otorgamiento no se limita a los militares, pues comprende también a los prisioneros de guerra extranjeros. De igual manera, el lugar donde se otorga este testamento

52 Históricamente apareció con los romanos, pero en aquella época era un testamento honorífico.

puede ser *dentro o fuera del territorio mexicano*. Los códigos mexicanos no distinguen respecto de la nacionalidad del otorgante, ni el lugar de otorgamiento.

Si se otorga ante las autoridades militares mexicanas no parece haber duda de que se trata de un testamento mexicano, especialmente si se realiza dentro de territorio mexicano, pero ¿cómo catalogar un testamento otorgado en territorio extranjero?

La regulación mexicana es omisa en cuanto a las normas de conflicto que prescriben la ley aplicable al testamento militar. En nuestra opinión, cuando un testamento de este tipo se otorgue fuera de territorio mexicano estaremos en presencia de una *norma material* y no conflictual, esto es, seguirá siendo regulada por la ley sustantiva mexicana y no por una conflictual.

Interpretamos que el legislador al expedir una normatividad de este tipo no delimitó su ámbito espacial de validez (con validez sólo en el interior del país), sino que debe entenderse que lo establecido en el *Código Civil* es una norma material con "vocación internacional".[53]

Las leyes de otros países, en condiciones similares a la mexicana, establecen la posibilidad de otorgar este tipo de testamentos, como en Honduras,[54] Uruguay,[55] Venezuela,[56] España,[57] etc. En la ley argentina, por ejemplo, se prescribe que "pueden testar en esta forma los militares, los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas" (art. 3672).[58]

La enunciación es, como se ve, amplia. Deben considerarse comprendidos todos los que, militares o civiles, se encuentren empeñados en una acción guerrera.[59]

Si bien los testamentos militares aparentemente no ofrecen problema al DIPr mexicano, la verdad es que lo producen cuando se trata de los testamentos militares otorgados ante autoridades militares extranjeras, ya sea que hayan invadido el territorio mexicano o que se encuentren en campaña en el extranjero (en su país o en un tercer país). La ley mexicana es omisa respecto de estas particularidades. No obstante, si ese testamento se califica como extranjero, entonces cabría la posibilidad de aplicar las reglas sustantivas extranjeras reguladoras del testamento. Es decir, el testamento militar extranjero podría reconocerse en México conforme a las reglas de testamento hecho en país extranjero, no conforme a las reglas sustantivas del testamento militar mexicano. Lo anterior vale por la aplicación de la norma de conflicto prescrita en el art. 1593 del *CCDF*.

53 Véase Leonel Pereznieto, *Derecho Internacional Privado. Parte general*, p. 137.
54 Artículo 1027 del *Código Civil*.
55 Artículo 813 del *Código Civil*.
56 Artículo 877 del *Código Civil*.
57 Artículo 716 del *Código Civil*.
58 Sobre las normas materiales con vocación internacional, véase Leonel Pereznieto, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.*, p. 227.
59 Guillermo A. Borda, *Manual de sucesiones, op. cit.*, p. 354.

El testamento objeto de examen presenta al jurista, entre otros, dos problemas: el primero se refiere al reconocimiento del testamento otorgado ante *militares mexicanos*, y el segundo consiste en saber si en México se podrá reconocer el testamento *otorgado ante un ejército extranjero*, sea amigo o enemigo.[60] Este último supuesto ha cobrado vigencia con el elevado número de mexicanos que luchan en diversas guerras en las filas del ejército estadounidense, como en el caso de Irak, donde el segundo lugar en cuanto al número de muertos en combate corresponde a los de nacionalidad mexicana, por lo que el legislador mexicano o en su caso los tribunales deben definir esta situación importante.[61]

Testamento otorgado ante autoridades mexicanas

En este tema también se plantean dudas. La primera es si el testamento se otorgó ante militares mexicanos, dentro de territorio mexicano. En este caso no parece haber duda en cuanto a la validez del testamento, pues está regulado por las normas sustantivas mexicanas establecidas en nuestro *Código Civil*. En la segunda, si el testamento se otorga en territorio extranjero ante autoridades militares mexicanas, las dudas son de mayor gravedad.

Este testamento se regula por una norma de conflicto (art. 1593, *CCDF*), lo que nos remitiría a la ley del lugar de su otorgamiento; o se rige por la ley mexicana, considerando para ello que la ley aplicable no se elige por una norma de conflicto, sino que lo establecido en el *CCDF* es una norma material interna, esto es, una norma con efectos extraterritoriales pues implica una vocación internacional.

En el caso del testamento militar otorgado ante autoridades militares en el extranjero, no se rige por una norma de conflicto, que nos podría llevar a aplicar una ley extranjera. La normatividad material mexicana aplicable en este caso posee vocación internacional.

Ciertamente no estamos frente a disposiciones claras. No obstante, la normatividad se refiere a los testamentos otorgados en acción de guerra, sea dentro del país o fuera de él. En consecuencia, si el testamento se otorga ante las autoridades militares en acción de guerra en el extranjero, se regirá por las disposiciones sustantivas prescritas en el *CCFed*.

Es posible que el legislador mexicano no haya regulado esta hipótesis mediante una norma de conflicto especial debido a que, por tradición, México no es ni ha sido un país bélico y sólo una vez ha llevado a sus tropas a territorio extranjero, como

60 No necesariamente el testamento tiene que otorgarse ante militares. La ley venezolana permite que un testamento militar se otorgue ante el capellán o ante el médico. De igual manera, tampoco tiene que haberse otorgado por un mexicano, sino por cualquier persona cuando los bienes que integran la masa hereditaria se encuentran en México.

61 Para enero de 2005, de 41 mil residentes extranjeros en EUA, 3 mil 639 eran de México, de los cuales 63 fueron muertos en acción en la guerra de Irak, según informes del Pentágono. James C. McKinley Jr., "In Mexico, Burying Soldiers Killed in a U.S. war", en *New York Times*, miércoles 23 de marzo de 2005, http://www.iht.com/articles/2005/03/22/news/soldier.html, mayo 30, 2005.

fue el caso del famoso Escuadrón 201, que combatió en el sudeste del Pacífico pa
cercar a Japón durante la Segunda Guerra Mundial. ¿Qué ley debería haber regido
testamento otorgado por un mexicano ante el comandante del Escuadrón 201 mie
tras estaba en ese lugar? ¿la ley extranjera o la mexicana? Si el derecho tiende a p
venir conflictos, el legislador debería hacerlo mediante una norma idónea.

Testamento otorgado ante autoridades militares extranjeras

En el segundo caso, el que se refiere a la hipótesis en la que el testamento sea otor
do ante autoridades militares extranjeras (sean amigas o enemigas), la ley mexic
deja sin indicar claramente la ley aplicable a problemas específicos y provoca nue
mente dudas.

a) En la primera, si el testamento se otorgó en el extranjero ante las autorid
militares extranjeras de ese lugar, podrá ser reconocido en México acorde co
norma de conflicto prescrita en el art. 1593 del *CCDF*, ya que fue otorgado en un
extranjero.

Ejemplo

Es el caso que ya mencionamos del testamento otorgado por un mexicano qu
encuentra sirviendo en las fuerzas armadas libanesas (o de cualquier otro pa
fallece en el Líbano. También podría ser el caso de un corresponsal mexicano
es apresado por las tropas judías en territorio libanés. En estos casos, si el test
otorgó su testamento en el Líbano conforme a las leyes de ese país, el testame
podrá ser reconocido en México por haber sido otorgado conforme a la ley del
extranjero, esto es, la ley del lugar de otorgamiento.

b) Una segunda hipótesis surge en el caso de que se otorgue un testamento
las fuerzas armadas extranjeras que accionan en un tercer país, pero donde la ley
cada fue la ley del ejército ante la que se otorgó.

Ejemplo

Se trata de un mexicano (o cualquier persona con bienes en México) que sirve
fuerzas militares estadounidenses o de otro Estado y se encuentra en un terce
(por ejemplo, Irak), lugar donde otorga el testamento, conforme a la ley del país ex
jero al que sirve (EUA). En este caso no es fácil resolver la duda. La norm
conflicto mexicana prescribe que se reconocerá el testamento hecho en país ex
jero si se otorgó conforme a la ley de este país, de manera que si se otorg
acuerdo con la ley del país invadido, dicho testamento será reconocido en M

Sin embargo, si se otorga conforme a la ley estadounidense (la del invasor), el dispositivo de la ley mexicana establece únicamente que sea otorgado en país extranjero, pero no dice de acuerdo con qué ley y, por tanto, podría interpretarse que existe validez a pesar de que no sea la ley de Irak en nuestro ejemplo, sino la ley estadounidense. No obstante, esta interpretación debe quedar definida por una ley o por los tribunales mexicanos recurriendo a las recomendaciones para resolver *casos difíciles*, según la terminología de Dworkin.

c) Una tercera duda surge cuando tenemos un testamento otorgado en México, ante un ejército enemigo que ha invadido el territorio nacional. Nuestra ley es omisa en la respuesta. ¿Se reconocerá ese testamento? Éste sería el caso de un testamento que un militar mexicano, que ha sido apresado, otorga ante el ejército enemigo invasor (por ejemplo, el ejército de EUA durante la Expedición Punitiva, el asalto a Veracruz o las otras invasiones de ese país que hemos sufrido y donde ha habido rehenes mexicanos).

En este caso, la regla general nos diría que todo testamento otorgado dentro de territorio mexicano debe regirse por la ley mexicana, salvo que algún tratado internacional indique otra cosa. Como es obvio, el ejército extranjero invasor no aplicará la ley mexicana sino sus propias leyes; por tanto, ese testamento no podría ser reconocido por las autoridades mexicanas. El legislador mexicano olvidó esta hipótesis o simplemente no la contempló por considerarla improbable hoy en día.

En fin, la ley mexicana no es clara y no produce respuestas correctas o actualizadas respecto de las normas aplicables al testamento militar. De ahí que sea importante prestar atención en nuestras leyes a todas estas cuestiones y atender, en la medida de lo posible, al principio *favor testamentii*,[62] es decir, a través de normas materiales o conflictuales especiales. En nuestra opinión, el análisis debe ser hecho en las dos hipótesis planteadas y procurar justicia a fin de no rechazar el reconocimiento del testamento.

12.7. Registro del testamento

Nos referimos a dos tipos de registro del testamento:

a) El registro para que produzca efectos (efecto registral). Según éste, es necesario que el testamento otorgado en el extranjero sea registrado en el lugar donde va a producir efectos. Se trata de un trámite adicional al normal y estamos en su contra.

b) El registro facilitador de su descubrimiento supone que no es suficiente con que se expida un testamento o que se guarde o deposite en un lugar, pues ello no garantiza su publicidad y consecuentemente su descubrimiento cuando sea necesario,

[62] Incluso, que de negociarse algún tratado, el testamento sea enviado a la autoridad civil fácilmente localizable en el país donde ese testamento se abra.

sobre todo si se encuentra en el extranjero. En varios países el testamento se depo
ta y registra, pero se aspira a un registro internacional, o mejor dicho, con efect
internacionales, para que se tenga acceso al mismo desde cualquier lugar, lo cu
supone un registro con base en archivos electrónicos. El efecto internacional e
previsto en el Convenio de Basilea de 1972. Según éste (del que México no es Esta
parte), *i*) cada Estado debe tener un sistema de inscripción de testamentos; *ii*) ca
Estado debe tener un organismo en el que se registre, reciba y transmita inform
ción; *iii*) la inscripción se hace a petición del notario o autoridad competente;
datos mínimos, *v*) secreto del testamento hasta la muerte.

Ninguno de los dos tipos de registro es regulado ni exigido en México.

12.8. Sucesión legítima o intestamentaria

Al lado de la autonomía de la voluntad del *de cujus*, reconocida en el caso del tes
mento, la sucesión por causa de muerte también puede sobrevenir cuando esa volu
tad no se manifestó o cuando fue anulada. En este caso, el Estado es el que establ
o regula la sucesión, especialmente la de los derechos patrimoniales.

Aquí es necesario diferenciar el *aspecto procesal* requerido para hacer factib
la sucesión de su *aspecto sustantivo*, ya que el primero se regula, normalmente, por la
procesualis fori, mientras que en el segundo puede ser la ley extranjera. En este úl
mo caso (cuando se trata de la ley sustantiva y a falta de testamento), el derec
mexicano, a diferencia de lo prescrito en otros ordenamientos extranjeros, no su
recurrir a una ley personal, aunque más adelante analizaremos algunas excepcion
Veamos tres supuestos. Por un lado, la regla general de la sucesión legítima o in
tamentaria; por otro, la regla que rige la capacidad para suceder y sus incapacidad
y en tercer lugar la apertura de la sucesión.

Regulación de la sucesión legítima

En materia de sucesión por causa de muerte el orden jurídico mexicano mantiene
doble y contradictorio sistema de DIPr: por un lado, cuando se trata de testament
dispone mediante una norma especial la ley aplicable al mismo (si se hubiera otor
gado en el extranjero), mientras que en el caso de la sucesión legítima o intestam
taria se carece de esa norma especial. Esta forma de regular la sucesión *ab intest*
demuestra la antigüedad e incongruencia del orden jurídico mexicano y de su sis
ma de soluciones, sobre todo cuando lo comparamos con lo que prescriben las le
de la mayoría de los países.[63]

63 Para un desarrollo de este tema véase Jorge Alberto Silva, "Algunas dudas y sugerencias iuspriv
tas para modificar la ley mexicana con relación a la transmisión del patrimonio *mortis causa*
el *XXIV Seminario Nacional de* DIPr, México, 1999.

En general, en otros países existe alguna regla especial de DIPr que dispone que la sucesión (testada o intestada) se rige por la *ley nacional del de cujus* (la mayoría de los países europeos, árabes, asiáticos y africanos). En segundo lugar, aunque son pocos países, sus leyes prescriben que la sucesión se rige por la *ley del último domicilio del de cujus*, salvo que en la sucesión se incluyan inmuebles, en cuyo caso se aplica la *ley de la ubicación de los bienes* (en este supuesto se encuentran algunos países sudamericanos, China, Rumania). Otros países apuntan a la *ley del domicilio* (Argentina, Chile, Suiza, Venezuela) o a la ley del *lugar de apertura* (Líbano). Es decir, varios países establecen un *sistema de armonización jurídica para regular la sucesión testada e intestada*. Al comparar este sistema de armonización que se sigue en otros países con el sistema jurídico mexicano, observamos que éste carece de una disposición especial como la de los países enumerados, lo que significa la falta en el sistema mexicano *de un sistema de armonización jurídica en materia de sucesión intestamentaria* y, en parte, es contradictorio con la sucesión testada.

La ausencia en la ley mexicana de disposiciones especiales de DIPr que regulen la sucesión legítima o intestamentaria, como las que existen en la mayoría de los países, nos lleva a afirmar que en México se le presenta al aplicador del derecho un sistema *confuso*. Aquí el juzgador descubrirá que la *ley aplicable a las relaciones sucesorias intestamentarias es la lex fori* prescrita en el art. 12 del *CCDF* (similar en este aspecto a los de las demás entidades federativas). Esta disposición es una norma general de DIPr que impone la aplicabilidad de la ley mexicana "a todas las personas que se encuentren en la República, así como a los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes". Aunque esta disposición prescribe la posibilidad de aplicar un derecho extranjero en aquellos casos en que la misma ley o los tratados lo prevén, carecemos de una ley o de un tratado internacional específico (salvo a los que ya nos hemos referido); por tanto, *la ley aplicable es la lex fori*. En consecuencia, el juez encontrará que la *lex fori* es la que se impondrá para determinar el orden de suceder, la partición del activo y liquidación del pasivo, fijar porciones hereditarias, elegir personas llamadas a suceder, resolver problemas de conmoriencia o premoriencia, especificar reglas sobre administración del patrimonio, etcétera.

Por otro lado, el juez también encontrará otras leyes aplicables a la sucesión intestamentaria. Si en la masa hereditaria encuentra que existen bienes muebles o inmuebles, la ley que aplicará a los derechos reales será la del *lugar de su ubicación*, de manera que si los bienes se hallan en el extranjero, el juez mexicano podrá aplicar la *lex rei situs* (art. 13, fracc. IV, *CCDF*).

De lo anterior cabe excluir la capacidad para suceder sea por testamento o intestamentariamente (que se rige por la ley reguladora de la capacidad), el testamento (pero sólo cuando se hizo en país extranjero), así como las reglas procesales o judiciales por seguir (que normalmente son de la *lex fori*).

En la aplicabilidad de estas leyes el juez también se encontrará con otros problemas complejos, como el de las *calificaciones* para determinar el orden jurídico que va a regir *y el de los efectos de una sentencia extranjera sobre bienes en territorio mexicano.*

¿Cómo entenderá los créditos en favor de la sucesión? ¿Los entenderá como una cu
tión intestamentaria o crediticia? Y en el caso de los efectos sobre bienes inmueb
ubicados en México, el art. 568 del *CFPC* parece indicar que no sería admitida esa s
tencia, aunque la competencia exclusiva de los jueces mexicanos sobre bie
inmuebles ubicados en México podría interpretarse como una prohibición para q
tribunales extranjeros dispongan de bienes en México; pero aquí el caso es diferen
Se trata de una situación de cooperación internacional hacia el proceso, que consi
en darle continuidad a la voluntad del testador en México sobre los bienes ubicados
nuestro territorio. Decidir lo contrario equivaldría a ir en contra del *favor testamen*

Como se advierte, todo juez debe recurrir a las herramientas que le brinda el D
para encontrar solución a tales casos.

A fin de resolver problemas como éstos, la doctrina extranjera contemporánea
preferido inclinarse en favor de la *ley personal* como reguladora de la sucesión, sin ol
dar que durante la primera mitad del siglo XX Juan Paulino Niboyet prefirió ubicar
supuesto en el *estatuto real*. Sostenía que las leyes sucesorias no son leyes de capacid
ni de estado civil,[64] y le parecía que podía ser más favorable la *ley de la situación*
los bienes por su manifestación física que no deja lugar a dudas y además, considera
aspecto político del Estado, ya que, como afirmaba, según el enfoque jurídico la
puesta sería diferente.[65] No obstante, la tendencia más importante en nuestra épo
como mencionamos, se inclina por la ley personal del *domicilio o a la nacionalidad*
testador. Para Savigni, la ley aplicable a la sucesión es la del *domicilio del difunto*,
tanto que para Mancini es la *ley nacional*. En la actualidad hay pocos sistemas que v
culan la sucesión intestamentaria a la *lex fori* como lo hace la ley mexicana.

Mientras que en otros sistemas jurídicos ha habido preocupación por estable
la *ley aplicable a la sucesión intestamentaria* y evitar confusiones, esto no ha ocurr
en México. Nuestras leyes, salvo en el caso del testamento hecho en país extranj
carecen de una disposición que fije la ley aplicable a las sucesiones o relaciones jurí
cas sucesorias intestamentarias. Esto coloca a México en gran desventaja frente a
mayoría de los países, a pesar de que las relaciones fácticas sucesorias en el pla
internacional han proliferado, especialmente en el caso de millones de mexicanos q
tienen su domicilio en Estados Unidos de América. Las soluciones en este sentido
sólo parecen egoístas y confusas, sino *carentes del sentido de armonización internac*
nal en la determinación de la ley aplicable a la sucesión. Dicho de otra manera, la
mexicana nos parece en extremo territorialista, con los efectos negativos apuntado

Capacidad para suceder y vocación sucesoria

Como explicamos, en Europa para la regulación del estatuto sucesorio se suele re
rrir a la ley de la nacionalidad del *de cujus* y en varios países sudamericanos a la

64 J. P. Niboyet, *Principios de derecho internacional privado*, s/e, 1928, p. 718.
65 *Idem*, p. 717.

del domicilio, mientras que en el orden jurídico mexicano se recurre a la *lex fori*. No obstante, hay algunos matices, especialmente en lo que corresponde a la capacidad del heredero, que se regulan por la ley que rige su capacidad.

En este caso es necesario diferenciar la *capacidad* del individuo de lo que es su *vocación sucesoria*. Mientras la primera supone su aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, en la segunda se atiende al *derecho específico para ser heredero*. Por ejemplo, un hijo del *de cujus* tiene vocación sucesoria, pero no toda persona la tiene, a pesar de ser capaz. Como se advierte, la *capacidad para adquirir* no debe confundirse con la *vocación sucesoria*. Podrá faltarle la vocación sucesoria, pero nunca su capacidad para heredar ya que se trata de un derecho humano que es necesario respetar.

En el *Código* del D.F. destacan dos aspectos vinculados con el tema: por un lado, el caso del *nasciturus*, y por el otro, el de las personas que expresamente carecen del derecho a heredar.

En el primer supuesto no debería plantearse problema alguno. Bastaría que un niño nazca para saber que es persona y titular del derecho a suceder. Esto no parece ofrecer problemas en varios países, pues como señala Tito Ballarino la personalidad surge con el nacimiento. No obstante, el problema se presenta en la legislación española, así como en la mexicana, que exigen que el niño sea viable, esto es, que hubiese vivido 24 horas o hubiese sido registrado (art. 337, *CCDF*), circunstancias que no se exigen en otros países. En este caso surgen los problemas conflictuales, como lo asienta el propio Ballarino.[66] Tal vez debido a la falta de vocación internacionalista de nuestro país, al continuar apegado a un criterio territorialista antiguo carecemos de estudios y precedentes sobre el tema. No obstante, en nuestra opinión, prevalece la Convención de los Derechos del Niño y las corrientes sobre derechos humanos y el juez mexicano debe reconocer esa personalidad a partir del nacimiento, independientemente de su viabilidad dentro de un lapso determinado, ya que de esa manera el niño que no viva el tiempo requerido podrá transmitir válidamente. Dicho de otro modo, cuando se trata de casos con elementos extranjeros, el juez debe ampliar su concepto y admitir la viabilidad del recién nacido aun cuando no cumpla con los requisitos de su derecho y sí de la ley que le es aplicable.

En el otro aspecto el *CCDF*, en el que se mezclan, en cierta forma, capacidad con vocación sucesoria, prescribe:

> **Artículo 1313.** Todos los habitantes del Distrito Federal de cualquier edad que sean, tienen capacidad para heredar, y no pueden ser privados de ella de un modo absoluto; pero con relación a ciertas personas y a determinados bienes, pueden perderla por alguna de las causas siguientes: *i*) falta de personalidad; *ii*) delito; *iii*) presunción de influencia contraria a la libertad del testador, o a la verdad o integridad del testamento; *iv*) falta de reciprocidad internacional; *v*) utilidad pública; *vi*) renuncia o remoción de algún cargo conferido en el testamento.

66 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato*, *op. cit.*, p. 306.

En la citada disposición (repetida en la mayoría de las entidades federativas) advierte que sólo está referida a los "habitantes del Distrito Federal" (o de la enti federativa correspondiente), dejando sin cubrir el derecho de los habitantes de o entidades federativas y de los que residen en el extranjero. ¿Acaso los que no habitantes del D.F. carecen de "capacidad y vocación sucesoria" para heredar"? evidente que se trata de una norma unilateral que requiere ser bilateralizada.

El problema es cómo bilateralizarla. Podría argumentarse que si los habita del D.F. rigen su capacidad y vocación sucesoria por la ley del D.F., los extranjero mexicanos residentes en el extranjero se regirán por la ley extranjera. No obstante disposición citada no prescribe una conexión normativa.

En el caso de la vocación sucesoria del adoptante y del adoptado, se rige po ley que regula la sucesión, no por la que rige los efectos de la adopción, aunque vez pudieran coincidir. De cualquier manera, cuando se trata de una adopción ple el adoptado tendrá los mismos derechos de un hijo biológico.

Ya que planteamos los problemas de capacidad, cabe referirnos a uno poco cuente, establecido en la normatividad mexicana. Se trata del derecho uniforme d vado del derecho convencional internacional que prescribe el *principio de igualda* que se encuentra en el Tratado de Amistad, Comercio y Navegación celebrado en México y la República Dominicana (art. 5o.). Este instrumento prescribe que ta mexicanos como dominicanos *tendrán el derecho de suceder a otra persona de na nalidad diferente*, y que ni dominicanos ni mexicanos podrán ser obligados a reali actos con mayores obligaciones que los de otra nacionalidad (principio de igualda Así, por lo que hace a los pagos fiscales por transmisión de dominio, ni los mexi nos en la República Dominicana ni los dominicanos en México podrán ser obli dos a hacer pagos más altos que los que tienen que hacer otros.[67] Como se advir esta regla de derecho uniforme será la aplicable, lo que hace imposible que se a que la ley interna de uno u otro país. Desafortunadamente, este principio sólo encuentra establecido respecto de las sucesiones vinculadas a México y Repúbli Dominicana.

Hay algunos aspectos que plantean problemas acerca de si se trata de una ver dera cuestión de capacidad. Así, cuando se trata de los sordomudos, los que no sa leer y escribir o los ciegos, se presenta el problema de saber si esa sordomudez, an fabetismo o ceguera es una cuestión de forma o de capacidad. A primera vista el p blema podría ser calificado como de falta de capacidad. No obstante, no es así. trata de un problema de forma, ya que estas personas sí pueden testar, pero no pu den hacerlo como la mayoría de las personas, sino que tienen que cumplir cier formalidades.

Si la ley extranjera aplicable a las incapacidades (nos referimos a los que carec de vocación sucesoria) declara que una persona, un condenado, una persona de r

67 **Artículo 5o.** "Se establece el derecho a transmitir por sucesión entre mexicanos y dominicano transmitirán los bienes muebles, sin que puedan ser obligados al pago de derechos sucesori de traslación de dominio por cantidad más alta que la establecida a los nacionales."

negra, un desertor, una persona con votos religiosos, etc., carecen de capacidad, esa ley no podrá ser aplicable, pues vulneraría el orden público internacional, ya que afecta el principio de igualdad y no discriminación. No obstante, si se trata de las incapacidades relativas prescritas en la ley extranjera, éstas podrán ser aceptadas, como en los casos en los que la ley extranjera declara incapaz al que se comportó mal con su padre, lo maltrató, o si se trata del funcionario que sancionó la validez del testamento, que son casos afines a la ley mexicana. En estas circunstancias la calificación que lleve a cabo el juez mexicano, de acuerdo con el *CCDF* y el *CCFed*, la hará como una cuestión previa, ley personal del testador o del presunto heredero, y definida entonces aplicará la ley a la cuestión principal, en este caso la ley de la sucesión (art. 14, fracc. IV).

No operará la excepción de orden público cuando el acto generador de la vocación sucesoria pudiera no ser reconocido, como ocurre en el caso de cónyuges de matrimonios no reconocidos.

Ejemplos

a) En 1948 ante un tribunal de California, EUA, se presentó el caso de dos viudas de un polígamo de la India que reclamaban la mitad de los bienes de su marido fallecido y para ello apelaban a la regla de sociedad conyugal prescrita por la ley hindú. El tribunal tomó en consideración el orden público del foro y por no encontrar inconveniente resolvió a favor de ellas.[68]

b) En el caso sucesorio Dalip Singh Bir, otro juez de California, EUA, permitió a las viudas de un residente indio adquirir bienes a pesar del matrimonio polígamo contraído en la India y sin necesidad de oponer la excepción de orden público.[69] Esta solución es parecida a la adoptada por tribunales franceses y llamada *del efecto atenuado del orden público*, donde no se reconoce el matrimonio poligámico, pero se le dan efectos respecto de ciertos derechos, alimentos en este caso, derecho a los bienes, en nuestro ejemplo.

Apertura de la sucesión

La muerte es el hecho que da lugar a abrir el procedimiento sucesorio, pero también puede serlo la declaración judicial de muerte (un acto jurídico). La muerte no necesariamente se califica como un asunto o cuestión sucesoria, por lo que la ley aplicable puede ser otra. De cualquier manera, las causas para abrir el procedimiento

68 Peter Hay, "International Versus Interstate Conflicts Law in the United States. A Summary of the Case Law", en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, vol. 35, enero de 1971, Hamburgo, p. 462.

69 Peter Hay, *idem*, p. 473.

sucesorio se restringen a la muerte real del *de cujus* o a la declaración judicial de
muerte, por lo que en México no cabría abrir una sucesión por causa de la mal
mada *muerte civil*, pues ello ofendería el orden público internacional por ser viola
ria de los derechos humanos.[70]

12.9. Falta de reciprocidad en el extranjero para que los mexicanos adquieran por herencia

Algunos países, cada día menos, han condicionado el reconocimiento de derec
sucesorios (testamentarios o intestamentarios) a los extranjeros al hecho de que
el extranjero se les reconozcan los mismos derechos a sus nacionales, especialme
en lo que corresponde al derecho de adquirir bienes por herencia. Se trata de u
regla de reciprocidad: "doy para que me des" (*do ut des*).

La ley mexicana no es una excepción, pues aun cuando establece que no se pue
privar a nadie del derecho a heredar, esta privación puede ocurrir cuando "*falta re
procidad internacional*" (art. 1313, fracc. IV, *CCDF*).[71] Un tanto más específica es o
disposición que prescribe

> **Artículo 1328.** Por falta de reciprocidad internacional, son incapaces de heredar por t
> tamento o por intestado, los habitantes del Distrito Federal, los extranjeros que, se
> las leyes de su país, no puedan testar o dejar por intestado sus bienes a favor de los me
> canos.

Como puede observarse, esta disposición niega a los extranjeros el derecho a suce
cuando en el extranjero también se le niega ese derecho a los mexicanos, específi
mente a los del D.F.

Nótese que la reciprocidad prescrita en esta disposición es la reciprocidad leg
lativa y no la judicial. En consecuencia, como se trata de una regla de reciproci
legislativa, el juez mexicano debe conocer el derecho extranjero. Pero lo interesa
es que lo va a conocer no precisamente para aplicar ese derecho extranjero, sino p
negarle derechos a los extranjeros.

En nuestra opinión esa regla debería desaparecer. ¿Por qué castigar a la perso
que puede tener un derecho, cuando es el problema del Estado? Es decir, se trat
en última instancia de una política legislativa antigua y vengativa no acorde co
realidad y no es un problema con la persona. En nuestra opinión, una ley de este t
podría resultar violatoria de los derechos humanos.

70 Por fortuna la muerte civil, como la que acogió el derecho francés, es prácticamente descon
en el mundo.

71 Aunque el *Código* le llama *reciprocidad internacional*, creemos que lo que el legislador quiso
blecer fue la exigencia de *reciprocidad en el país extranjero*.

Ejemplo

En Gabón existe una regla de reciprocidad similar a la mexicana.[72] En el caso de que un mexicano pudiera tener derecho a obtener por herencia bienes en ese país, las autoridades de éste podrán aducir que ese derecho se le debe negar, debido a que en México se les niega a los gaboneses el derecho a adquirir bienes en la zona mexicana restringida. Éste es precisamente el caso que trató de regular el *Reglamento* del art. 27 constitucional, ahora derogado, por el cual se permitía heredar a los extranjeros con bienes en esta zona, pero condicionado a que en un periodo de cinco años pudieran transmitir dichos bienes a persona capacitada para adquirirlos, es decir, a un mexicano. Esta regla es justa y no vemos la razón por la que los tribunales mexicanos no sigan adoptándola como criterio judicial para evitar la violación de los derechos humanos del interesado.

72 Artículo 54 del *Código Civil*.

13 Bienes y derechos reales

13.1. Introducción

En el DIPr los bienes y derechos reales pueden estudiarse desde perspectivas diferentes, aunque complementarias: la tradicional, aceptada universalmente, que sostiene que los bienes inmuebles se rigen por la ley del lugar de su ubicación, y la perspectiva contemporánea, que propone conexiones más flexibles para los derechos sobre éstos.

El enfoque tradicional proviene del derecho romano y vincula la ley de la ubicación con el ordenamiento que la rige. Se trata de una conexión rígida y, en consecuencia, no siempre resulta apropiada, como en el caso de los bienes que se desplazan en grandes volúmenes diariamente entre los países, las mercancías y los valores con sus enormes cifras y que constituyen la mayor riqueza del mundo. Ambas perspectivas serán objeto de estudio en este capítulo.

El derecho mexicano siempre se ha guiado por la *lex rei sitae* para determinar la ley aplicable, así como por el *forum rei sitae* para elegir al tribunal competente. Esta respuesta tradicional es explicable por la influencia del derecho medieval español que surge de las categorías del *ius in re* y *ius in personam,* perfectamente definidas a partir del siglo XII con los posglosadores.[1] En esa época, el análisis se centró en los bienes más importantes, los inmuebles que constituían la riqueza de las naciones, los terrenos de sembradío y pastizaje que representaban la comida de los pueblos, pero además los bienes inmuebles estaban vinculados con el territorio y bajo la soberanía del príncipe. Aunque los muebles seguían a la persona (*mobilia sequuntur personam*), Savigny creyó que era mejor que siguieran la misma suerte de los inmuebles en cuanto a la ley aplicable, porque a aquéllos no se les asignaba un valor propio y que se les consideraba una parte adyacente, parte menor, pero sobre todo por su falta de valor económico. Situación que hoy es la inversa. De ahí que una conexión rígida

1 Sobre este tema, véase José María Pena López, *Concepto de derecho real*, Tórculo Edicións, Universidad de La Coruña, 1998, pp. 18 y siguientes.

elaborada para otra época no sea la solución adecuada para fenómenos jurídicos que requieren rapidez, certeza y seguridad en su desplazamiento.

En el pensamiento tradicional, proveniente del derecho romano, se parte de dos categorías perfectamente definidas: *ius in rem* e *ius in personam,* con una regulación separada e inconexa. Esta concepción parte, como hemos mencionado, de la importancia que se les asignó a los bienes inmuebles. Conviene destacar que esa importancia fue de tal naturaleza que, incluso, las relaciones de la persona con éstos fueron absorbidas por las leyes aplicables a los bienes. De ahí que se hablara de *ley reguladora de los bienes* o *del derecho de las cosas,* expresiones que aún siguen vigentes en la legislación y en la doctrina mexicanas. La razón consiste en que las múltiples relaciones que se derivan de los bienes no han sido estudiadas a profundidad. Sin embargo, el DIPr no puede soslayar esas relaciones porque requiere determinar la ley aplicable a tales y cuales efectos y derechos.

Sabemos ahora que los bienes no son titulares de derechos y que las conductas relacionadas con ellos sólo pueden ser adscritas a las personas; sin embargo, a las transacciones correspondientes se les sigue vinculando con la ley de la ubicación de los bienes.[2] Esta vinculación en materia de bienes inmuebles es práctica por la colindancia del bien con el registro, que normalmente se encuentra bajo la competencia del juez del lugar, quien tiene poder sobre el registro y puede ordenar que se inscriba o se elimine un gravamen que afecta el bien e, incluso, disponer sobre su ejecución.

En el caso de los bienes muebles la relación con el registro también es fundamental. Aunque no suele regularse necesariamente por la *lex rei sitae*, dada su movilidad, su vínculo es más contractual. La persona tiene libertad de someter su contrato a una ley u ordenamiento diverso del que legalmente pudiera ser el aplicable, como en el caso de los valores, las garantías sin desposesión, los derechos de propiedad industrial, los derechos de autor y otros que más adelante serán objeto de atención.

En fin, la variedad del tema es amplia, por lo que vamos a comenzar por una breve definición y calificación de los bienes y derechos reales. Continuaremos con la regulación constitucional. Después abordaremos el tema de la competencia judicial y de la ley aplicable, y terminaremos con el estudio de otros actos relacionados con los bienes.

13.2. Definición y calificación de los bienes y derechos reales

Aunque las diferencias entre derechos reales y personales poseen, por lo general, una aceptación universal, no ocurre lo mismo cuando se trata de saber si una relación específica encuadra o no en los derechos reales. Sobre el particular, el derecho sustantivo de cada país difiere. Por ejemplo, la venta con reserva de dominio para algunos

2 Miguel Ángel Hernández Romo, "El régimen jurídico de los inmuebles en el derecho internacional privado mexicano", en *Revista de derecho notarial*, año XV, núm. 41, México, enero de 1971.

sistemas jurídicos puede constituir un derecho real, lo que no ocurre en otros. En primer caso, la calificación suele hacerse conforme a la ley del lugar de la situación del bien y en el segundo, como en los sistemas anglosajones, conforme a la ley del contrato.

Otro de los aspectos en que importa la calificación es en la clasificación tradicional entre muebles e inmuebles que ya mencionamos. El problema calificatorio consiste en la determinación de la ley que calificará si un bien es mueble o inmueble. Para este caso, al igual que en el anterior, suele recurrirse a la ley del lugar de ubicación del bien.[3] Pero existe un problema más y muy importante: conforme a esta ley también deberá resolverse si los derechos diferentes de los regidos por la ley de la ubicación pueden ser regulados por una ley distinta y en qué medida habría que determinar, de acuerdo con esta ley, qué derechos se consideran reales y cuáles personales.

13.3. Tutela internacional

Los derechos de propiedad y posesión son tan antiguos como la humanidad, a pesar del surgimiento de algunos sistemas comunistas donde la propiedad de los medios de producción corresponde a todos. México es suscriptor de algunos convenios tutelares del derecho a la propiedad, incluso para considerarlos como parte de los derechos humanos.

[3] En México (art. 750, *CCDF*) se estima como bienes muebles los siguientes:
I. El suelo y las construcciones adheridas a él;
II. Las plantas y árboles, mientras estuvieren unidos a la tierra, y los frutos pendientes de los mismos árboles y plantas mientras no sean separados de ellos por cosechas o cortes regulares;
III. Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de modo que no pueda separarse sin deterioro del mismo inmueble o del objeto a él adherido;
IV. Las estatuas, relieves, pinturas u otros objetos de ornamentación, colocados en edificios heredados por el dueño del inmueble, en tal forma que revele el propósito de unirlos de modo permanente al fundo;
V. Los palomares, colmenas, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario conserve con el propósito de mantenerlos unidos a la finca y formando parte de ella de modo permanente;
VI. Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca directa y exclusivamente, a la industria o explotación de la misma;
VII. Los abonos destinados al cultivo de una heredad, que estén en las tierras donde hayan de utilizarse, y las semillas necesarias para el cultivo de la finca;
VIII. Los aparatos eléctricos y accesorios adheridos al suelo o a los edificios por el dueño del inmueble, salvo convenio en contrario;
IX. Los manantiales, estanques, aljibes y corrientes de agua, así como los acueductos y las tuberías de cualquiera especie que sirvan para conducir los líquidos o gases a una finca o extraerlos de ella;
X. Los animales que formen el pie de cría en los predios rústicos destinados total o parcialmente al ramo de ganadería; así como las bestias de trabajo indispensables en el cultivo de la finca, mientras están destinadas a ese objeto;

En efecto, la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* de la ONU establece sobre el particular que "toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente. Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad" (art. 17).

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969, establece:

> **Artículo 21.** Derecho a la propiedad privada.
> 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.
> 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley.
> 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

Además de estas declaraciones generales también hemos suscrito diversos convenios tutelares de los derechos de autor o relacionados con la expropiación de bienes, que examinaremos más adelante.

13.4. Regulación constitucional de los derechos reales sobre bienes inmuebles

La *Constitución* mexicana se refiere a los bienes principalmente en el art. 27, disposición que incorpora la *Cláusula Calvo* e incluye la falta de capacidad jurídica para que los extranjeros adquieran propiedad inmueble en la *zona restringida*.[4] Con relación a los extranjeros establece:

> **Artículo 27.** [...]
> I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones, o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación los bienes que hubieren adquirido

XI. Los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa;
XII. Los derechos reales sobre inmuebles;
XIII. Las líneas telefónicas y telegráficas y las estaciones radiotelegráficas fijas.

[4] Cincuenta kilómetros a partir de las playas y 100 kilómetros a partir de las fronteras.

> en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de ci
> cuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el domin
> directo sobre las tierras y aguas.

Como puede observarse, se les desconoce a los extranjeros la capacidad jurídi
("por ningún motivo") para adquirir el dominio sobre bienes inmuebles en Méxi
(Cláusula Calvo) y se les prohíbe adquirirlos dentro de *zona restringida*.

Los antecedentes de estas disposiciones son decimonónicos y han sido desbo
dados por las necesidades económicas y sociales de un país como México en plen
siglo XXI, tanto en lo que corresponde al desarrollo turístico como al industrial. H
que tomar en cuenta que el rápido desarrollo de las costas y las fronteras, estas últim
con la industria maquiladora, ha sido motor importante de la economía nacional.

En una investigación sobre la aplicabilidad de la Cláusula Calvo sólo se encontr
un antecedente en el siglo XX en el que se había puesto en práctica el dispositivo d
art. 27 constitucional, aunque el extranjero no fue desposeído de sus bienes porqu
al parecer, se llegó a un arreglo.[5] Esto significa que se trata de una disposición q
prácticamente no ha tenido aplicación y que, en realidad, presupone hechos histó
cos ya superados, entre los que sobresale el de los asentamientos extranjeros en
norte de México, que más tarde fueron utilizados como pretexto para iniciar u
guerra con EUA, y que al país le costó más de la mitad de su territorio. Otro hecho hi
tórico tiene que ver más con las posibilidades de invasión del territorio nacional
través de las costas, en las que los asentamientos extranjeros facilitarían esas accio
nes, casos que esperamos que no se repitan debido al actual desarrollo del derech
internacional.

La obsolescencia de la Cláusula Calvo quedó de manifiesto cuando México ra
ficó el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, al otorgar instancias inte
nacionales de resolución de conflictos sobre sus inversiones y bienes en Méxi
a nacionales de los otros Estados parte en el Tratado. Lo mismo ha sucedido con l
múltiples tratados bilaterales de inversión celebrados por México, conocidos com
BITS y que contienen un mecanismo internacional de solución de controversias.[6]
obsolescencia del dispositivo constitucional también puede verse con claridad en
desarrollo contemporáneo de la comunidad internacional, para la que sería inace
table que los tribunales de cualquier Estado dispusieran en contra de bienes
extranjeros, sin otorgarles a éstos plenas garantías. Sin embargo, lo que se pensó
introducir el dispositivo constitucional en el siglo XIX, fue que los extranjeros
pudieran apelar a la protección de sus gobiernos, porque éstos respondían con bl
queos o guerras, un escenario que tampoco deseamos que se repita.

5 Leonel Pereznieto, "Dos mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: la 'Cláusula Ca
y 'la Zona Prohibida' o 'Zona Restringida'", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Priv*
abril de 1997, pp. 111 y siguientes.

6 Un compendio sobre los mismos puede verse en http://www.sice.oas.org/cp_bits/spanish/B
INTS.asp.

En el caso de la llamada *zona restringida* sucede lo mismo, como lo mencionamos, con los desarrollos turísticos en las costas o el industrial en las fronteras, especialmente en la frontera norte. Este nuevo desbordamiento de la actualidad sobre los dispositivos constitucionales igualmente muestra su obsolescencia. Un ejemplo lo encontramos en la *Ley de Inversiones Extranjeras (LIE)*, conforme a la cual (art. 10) los extranjeros pueden adquirir a través de sociedades la *propiedad* en *zona restringida*, cuando la destinen a fines turísticos e industriales. Se trata de una disposición cuya inconstitucionalidad sólo puede hacerla valer la Federación a través de la Procuraduría General de la República o las procuradurías de los estados, acción que sería poco probable que se plantease ya que han sido los propios poderes ejecutivos los promotores de esa ley y de las políticas turísticas e industriales. En la medida que siga vigente dicha ley, un mayor número de extranjeros adquirirán bienes inmuebles dentro de zona restringida y la solución al problema se tornará más compleja. Un problema de este tipo, por otra parte, deja en claro que el texto constitucional ya no atiende a una realidad y, por tanto, hay que modificarlo, ya que de otra manera las adquisiciones conforme al art. 10 de la *LIE* son constitucionalmente nulas. Cualquier solución que se pretenda deberá lanzar una señal en el sentido de que en México se respeta la propiedad adquirida conforme a una ley enviada por el Poder Ejecutivo, aprobada por el Congreso y sancionada por el mismo Presidente de la República.

La regulación actual sólo permite que los extranjeros, personas físicas, adquieran la posesión de dichos bienes mediante la figura del fideicomiso. Se trata de una posesión precaria, pues sus derechos conforme a este contrato están limitados a los derechos de uso y de goce del bien y derechos frente a terceros, por periodos de 30 años, renovables. En otras palabras: es un derecho de dominio atípico no previsto en la legislación civil y que sólo se refiere a la capacidad de que gozan los extranjeros respecto de esos bienes. Este mecanismo, por otro lado, se creó para evadir al dispositivo constitucional a fin de que los extranjeros pudieran disfrutar de nuestras playas o para promover la industria, una razón más que muestra la obsolescencia del texto constitucional.

Otra cuestión que conviene analizar respecto del art. 27 constitucional es la de la *posesión* por extranjeros de bienes dentro de *zona restringida*. Como se recordará, el dispositivo constitucional establece que "por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas" ubicadas dentro de la *zona restringida*.

La posesión es un derecho subjetivo absoluto que faculta la conducta de su titular y se deriva del hecho de la ocupación del bien inmueble o de un contrato, pero que tiene como nota distintiva el poder que la persona ejerce sobre la cosa, un poder directo; sin embargo, el dispositivo constitucional es expreso en el sentido de prohibir que los extranjeros adquieran el dominio directo sobre dichos bienes. Es decir, desde la perspectiva legal en México la posesión de este tipo de bienes está prohibida, pero como lo sabemos, la posesión es un hecho jurídico y en la realidad un gran número de extranjeros tienen la posesión de bienes inmuebles, especialmente en la Península de Baja California. Dicho en otras palabras, un extranjero puede ocupar

un bien inmueble dentro de *zona restringida* a pesar del dispositivo constitucion
Lo relevante, por tanto, es saber qué efectos se derivan de un hecho de esta natura
za, sobre todo cuando se parte de la hipótesis de que el extranjero no tiene derec
de dominio sobre la cosa. Una consecuencia de esto resulta especialmente grave, p
que se le estaría privando al extranjero de defender sus derechos en contra de
tercero reivindicatorio de sus bienes. Ya no se trata entonces de la compatibilida
no con el dispositivo constitucional, sino que se estaría violando un derecho huma
o incumpliendo con principios sostenidos por el mismo texto constitucional y q
la SCJN ha reconocido.[7]

Decíamos que la posesión de bienes por extranjeros en zona restringida se pue
plantear a partir de la existencia de un derecho de posesión precario en la medi
que el poseedor no tiene capacidad jurídica para convertir su posesión en propied
Cabría discutir qué derechos se derivan de ese hecho jurídico: ¿tiene el extranje
poseedor derecho a transmitir su posesión?, ¿tiene capacidad para ejercer el domi
sobre el bien?, ¿puede poseer durante su vida? Éstas son, entre otras, las pregun
que deben resolverse y su solución se encuentra en una modificación constitu
nal que regule esta situación de la forma más conveniente, a fin de no perjudicar
derechos humanos de los extranjeros en México y otorgarle un marco regulato
adecuado a las industrias turística y maquiladora y, en general, a la actividad ind
trial en su conjunto.

13.5. Competencia judicial

En la competencia internacional del Estado mexicano importa diferenciar dos asp
tos estrechamente unidos, aunque regulados por separado: la competencia exclusi
sobre bienes muebles e inmuebles (art. 568, *CFPC*), así como la regla *forum rei sit*
(art. 24, fracc. III, *CFPC*). La primera resulta relevante cuando se trata de resolucion
extranjeras, pues la normatividad mexicana evita su reconocimiento, mientras que
segunda se refiere a la competencia directa de las autoridades mexicanas.

En principio, el ordenamiento mexicano suele acoger la regla *forum rei sit*
aunque matizada con algunas excepciones; se trata, como ya hemos señalado, de u
regla aceptada universalmente al menos en cuanto a los inmuebles. Sin embargo,
México siempre se le ha dado una interpretación inconexa con los derechos pers
nales, como si éstos no existieran frente a los derechos reales o mejor aún: los der
chos reales "absorben" a los derechos personales por el énfasis que se pone en
bienes, derivado, como suele suceder, de una política legislativa territorialista.

7 El desarrollo reciente del constitucionalismo alemán y de varios países europeos ha tendido a
tar interpretaciones meramente gramaticales y a construir principios a partir de inferencias.
igual forma, el desarrollo de la teoría de la argumentación jurídica ha permitido dar may
opciones a los jueces y localizar la más apta al caso concreto por resolver.

En este contexto, un tema de gran importancia es la competencia exclusiva que, como lo veremos más adelante (cap. 18), consiste en reservar en forma incondicional para los tribunales mexicanos todo aquel asunto relacionado con situaciones jurídicas que involucren muebles o inmuebles ubicados en México. Este tipo de competencia se explica respecto de los bienes inmuebles, que son materialmente parte del territorio nacional con el tema de la soberanía.

Por su parte, la discusión en torno a los bienes muebles se centra en la distinción del *forum* y el *ius*, y que no necesariamente deben coincidir. En el foro competente para conocer y resolver (incluso reconocer o ejecutar) sólo nos referimos al caso en que las autoridades mexicanas sean competentes, independientemente del derecho sustantivo aplicable.

No existe ningún tratado que aluda a la competencia directa del Estado mexicano para conocer sobre bienes. No obstante, México es Estado parte de otros convenios, en los que se prescribe una regla de competencia directa como mecanismo para reconocer decisiones extranjeras. Esto es, no se prescribe directamente quién es el competente, pero indirectamente cabe la posibilidad de revisar la competencia directa que se asumió en el extranjero.

La Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (art. 1o.) establece que cuando se trata de las denominadas *acciones reales sobre bienes muebles o inmuebles*, el tribunal competente será el del lugar de la situación del mueble o del inmueble, y se acogerá a la regla del foro de la situación.

Aunque es un tratado que se enfoca en el reconocimiento de resoluciones extranjeras, deja en claro que indirectamente se sostiene en el *forum rei sitae*, lo que obliga a tomarlo en cuenta, pues de lo contrario nos expondríamos a que fueran desconocidas las sentencias mexicanas sobre bienes situados en otro lugar en las que se resuelvan cuestiones sobre derechos reales. Sin embargo, este convenio es de escasa cobertura, pues sólo 18 países son signantes, sin que en ellos se encuentre EUA.

Lo anterior nos indica que, en general, en lo que atañe a derechos reales los países acogen el foro exclusivo en sus leyes internas cuando se trata de bienes ubicados en su territorio, por lo que su estudio resulta conveniente.

La simple mención de territorio no significa que necesariamente deba ser competente la autoridad del mismo para conocer de todo tipo de asuntos y de actos en que se involucren bienes (pensemos, por ejemplo, en un contrato de promesa de compraventa). De ahí que sea indispensable precisar cuándo estamos frente a derechos personales y cuándo frente a derechos reales. El real, en principio es un foro exclusivo, esto es, sólo las autoridades del lugar de la ubicación podrán conocer y resolver respecto de un asunto vinculado con derechos reales sobre bienes ubicados en México. Pero aquí cabe distinguir entre los derechos personales y los derechos reales.

No es correcto decir que el ordenenamiento jurídico mexicano establece la obligación de que sólo las autoridades mexicanas sean las únicas competentes para conocer y resolver de un asunto relacionado con bienes, sin ninguna otra explicación.

De ahí, ya mencionamos, que sea necesario separar los derechos reales de los per
nales, como más adelante explicamos.

Como se ha referido en la doctrina,[8] la fuente de una norma de competen
internacional exclusiva puede provenir del *derecho convencional internacional* (cu
do el tratado declara como exclusivos para cada Estado ciertos asuntos) o del *de
cho interno*. En la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de
Sentencias y Laudos Arbitrales se dejó a los Estados ciertos litigios en forma exclu
va. No obstante, las declaratorias de competencias exclusivas han sido más explo
das en las leyes internas de cada Estado, esto es, en su forma unilateral

La cláusula de competencia exclusiva (cuando se establece en una ley inter
funciona de manera similar a las normas imperativas, autolimitantes o *lois de pol*
pues sin conceder importancia a lo que prescriba la ley de otro Estado, de man
directa monopoliza en favor de sus tribunales el conocimiento y la decisión de
litigio específico.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de resolver
caso relativo a la reivindicación de un predio petrolero, cuyos demandados resid
en el extranjero. Al revisar el asunto (reivindicación de un predio petrolero ubicado
México), el alto tribunal le reconoció competencia directa exclusiva a los tribun
mexicanos, en lugar del domicilio de los demandados,[9] como hubiera sido necesa
conforme a la regla de competencia que señala a los tribunales del domicilio
demandado (art. 24, IV, fracc. CFPC). Es decir, interpretó en un sentido territorial
la regla de conflicto competencial. Si la ley mexicana reivindica la competencia exc
siva de sus tribunales, la forma adecuada de bilateralizar la regla hubiese sido que
bienes ubicados en el extranjero se rijeran por su propia ley en toda la amplitud q
establece el derecho mexicano para los bienes que se encuentran dentro de su te
torio. En cambio, la SCJN le dio competencia a los tribunales mexicanos sobre
conexión que debería haber apuntado hacia la ley extranjera y dejar que ésta rig
lo relativo a su propia competencia como lo hace la ley mexicana. Dicho en ot
palabras, debió por lo menos consultar la ley extranjera por el hecho de que
demandados estaban domiciliados en el extranjero y conocer el tratamiento que
estos casos la ley procesal extranjera establecía en virtud del domicilio de los dem
dados, y que a éstos no se le violaran sus derechos con motivo de la centralizac
del conflicto ante tribunales mexicanos absorbiendo este punto de conexión.
proceder de esta naturaleza, además de que es ajeno a la técnica conflictual (dom
lio, competencia, etc.), corre el riesgo de que la sentencia emitida por los tribun
mexicanos no sea reconocida en el extranjero.

En el art. 568 del CFPC se establecen los supuestos en los que para México ex
competencia exclusiva:

8 Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial, op. cit.*, pp. 159 y siguientes.

9 Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado: su recepción judicial*, Porrúa, México, pp. 236 y 549.

a) Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o arrendamiento de dichos bienes.

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*.

Respecto de la disposición citada, es necesario precisar su extensión semántica y jurídica para conocer los límites de la competencia exclusiva. Sólo se prescribe este tipo de competencia respecto de los supuestos descritos en la disposición mencionada, por lo que no serían de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos las cuestiones atinentes a derechos personales, aun cuando éstos involucren bienes muebles, derechos sucesorios, contractuales, indemnización por utilización indebida, impugnación de transmisión fraudulenta de un inmueble (como la pauliana), concurso civil, etcétera.

Veamos, por ejemplo, el art. 650 del CPC del estado de Puebla, que prescribe que en los concursos civiles el juez poblano será competente no sólo cuando los bienes se encuentren dentro del país, sino también en el extranjero.[10] En este caso el juez poblano puede conocer del concurso civil, sin que importe que los bienes estén fuera de México, y obviamente no podría conocer o resolver aspectos relacionados con los derechos reales que esos bienes puedan involucrar, pero sí los que estén relacionados con los personales.

Los tribunales mexicanos se pronunciaron en el siglo XIX en un sentido diferente del explicado,[11] algo que muestra, por otra parte, la necesidad de que éstos delimiten el ámbito de ambos derechos (reales y personales) y no rechacen *ex profeso* la existencia de derechos personales cuando se encuentran vinculados a los derechos reales y, menos aún, cuando sean calificados como tales por la ley extranjera aplicable y, por supuesto, habrá que delimitar también el ámbito de aplicación de la norma que establece la competencia exclusiva. Es importante recordar que si bien la competencia exclusiva significa la centralización de las normas procesales, no por ese hecho el juez debe dejar de calificar, como le sucedió a la SCJN. Es decir, el juez habrá de determinar qué relaciones son reales y cuáles no, y evitar la aplicación de los derechos reales de forma indiscriminada a todas las relaciones involucradas.

10 **Artículo 650**: "Los efectos de la declaración de concurso civil dictado por las autoridades del Estado se extienden también a bienes del deudor común ubicados en cualquier lugar del país o del extranjero."

11 Sobre el particular puede consultarse Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso, op. cit.*, pp. 172 y 173. En este caso, el Juzgado Tercero de lo Civil de México resolvió (26 de marzo de 1874) que no cabía la posibilidad de ejecutar un exhorto proveniente de Sevilla, España, en el que se le pidió al juez del D.F. que procediese a la venta de unas fincas. Aunque el exhorto derivaba de actos de jurisdicción voluntaria, el juez mexicano sostuvo la territorialidad.

13.6. Ordenamiento jurídico aplicable a los bienes y derechos reales

El ordenamiento jurídico mexicano se puede examinar desde diversas perspecti
En su fuente interna, el sistema es plurilegislativo y en él se hallan diversas fórm
reguladoras del derecho aplicable, algunas de las cuales se inclinan por la *lex fo*
otras por la *lex rei sitae*.

En la primera fórmula, el *CCDF* prescribe:

> La determinación del derecho aplicable en el Distrito Federal se hará conforme
> siguientes reglas:
> III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así co
> los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes mue
> que se encuentren en el Distrito Federal, se regirán por las disposiciones de este cód
> aunque sus titulares sean extranjeros (art. 13, fracc. III).

En ese enunciado podemos señalar los datos siguientes:

a) La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmueb
b) Los contratos de arrendamiento y los de uso temporal sobre inmuebles.
c) Los bienes muebles.
d) Los bienes que comprende la fórmula (*a*, *b* y *c*) son los ubicados en el terri
rio del D. F.
e) Las relaciones jurídicas que comprenden los supuestos anteriores se rigen po
CCDF igual que en el caso de Querétaro, que también se rigen por su propio cód

La segunda fórmula es seguida por la mayoría de las entidades federativas y es la
antigua: pertenece a la fórmula original del *CCDF* de 1928. Como ejemplo cabe c
la que prescribe el *CC* de Aguascalientes (art. 12): "Los bienes inmuebles, sitos e
territorio del estado, y los bienes muebles que en él se encuentren se regirán por
disposiciones de este código y demás leyes, aun cuando sus dueños sean extranjer

De esta norma podemos señalar los datos siguientes:

a) Los bienes muebles o inmuebles. Mientras la primera fórmula hace referen
a los *derechos reales*, ésta alude sólo a los *bienes*.
b) Los bienes que comprende la hipótesis son los ubicados en el territorio
estado. Se trata de un enunciado que unilateraliza la norma, pues nada d
respecto de los derechos sobre bienes ubicados en otra entidad federativa.
c) Las relaciones jurídicas sobre estos bienes se regulan por la ley del lugar d
ubicación.
d) La ley de la ubicación no se reduce al *CC*, como en el *CCDF*, pues se ampl
otras leyes de la entidad federativa. A diferencia de la primera fórmula, en
segunda la *lex rei sitae* es más amplia, pues no sólo comprende al *CC*.

e) En esta norma no se comprenden los contratos de arrendamiento y de uso temporal de inmuebles.

Es necesario aclarar la extensión del supuesto fáctico-normativo en el caso de los bienes muebles, así como de la publicidad de los bienes por medio del registro, y otras categorías o supuestos que concurren con la celebración de actos relacionados con los bienes. Hemos dicho que en otros países se prescribe la *lex rei sitae* para los derechos reales sobre bienes inmuebles, pero se hacen excepciones en el caso de los bienes muebles, de los bienes *in transitu* y de los bienes inmateriales o intelectuales, así como en el caso de los medios de transporte.

a) Extensión significativa del supuesto

El supuesto fáctico-normativo de una de las disposiciones comprende los bienes muebles e inmuebles, mientras que la otra, más moderna, se reduce a la *constitución, régimen y extinción de los derechos reales*. El *CCDF* agrega, a la vez, los contratos de arrendamiento, así como los de uso temporal de los mismos, enfatizando en cierta forma con esto que la relación contractual es absorbida por el derecho real. Dicho de otra manera, en la primera formulación se hace referencia a los bienes; en la moderna, a los derechos reales, que además enumera. La primera fórmula en estas condiciones resulta ambigua: ¿a qué tipo de derechos se refiere?, ¿y su extensión?, mientras que al referirse a los derechos reales y delimitándolos cabe que las relaciones personales se expandan al régimen contractual. Cuando la disposición enuncia que la ley aplicable será únicamente para la "constitución, régimen y extinción", abre la posibilidad de que todos los actos previos a la "constitución" (contrato de promesa de venta) puedan involucrar derechos personales. Esto es por demás evidente cuando se parte de la premisa de que la gran mayoría de obligaciones se contraen mediante contratos. Lo que importa en todo caso determinar es qué actos pueden ser calificados dentro del concepto de la *constitución* y eso es relativamente fácil, ya que la constitución involucra al acto solemne únicamente.

Los autores de la reforma de 1988 no acogieron la idea sobre los derechos reales que se apoyaba en una supuesta relación jurídica o poder jurídico entre el detentador y la cosa. Prácticamente los sujetos pasivos de la relación no se contemplaban. En la década de 1980 la doctrina ya había rescatado de la concepción medieval la caracterización de los derechos reales, adoptando la idea de que en éstos existen sujetos pasivos, que son todo el mundo, pues deben respetar el poder que el titular ejerce sobre el bien.[12]

Al adoptarse la idea de relación jurídica (detentador-todo el mundo) se quiso precisar que en el caso de los bienes la relación se caracteriza por la facultad que tiene una persona de ejercer un poder sobre la cosa, cuya obligación correlativa corre a cargo de todo sujeto pasivo que deba respetar ese derecho.

[12] Leopoldo Aguilar Carvajal, *Segundo curso de derecho civil*, Porrúa, México, 1960; Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil*, t. II. Porrúa, México, 1968.

En este sentido, las antiguas fórmulas y las nuevas están referidas a los bienes y los derechos reales.[13] Lo que queda en duda es si esas fórmulas comprenden la regulación de los bienes que surgen de las obligaciones *propter rem*.

b) Errónea atracción de los derechos personales hacia los reales

Por lo que hemos explicado, en el derecho patrimonial mexicano y la teoría que explica no todas las relaciones jurídicas en que se involucran bienes encuadran en los derechos reales. No se debe afirmar que en principio un contrato de promesa de compraventa o una sucesión por causa de muerte califican en los derechos reales por pesar de que involucren bienes.

En el fondo, aunque todas las fórmulas parecen referirse a un mismo aspecto unas se enfocan en los bienes, mientras que otras, en los derechos reales. Veamos como ejemplo un contrato de promesa de compraventa que tenga como objeto bienes inmuebles: seguirá siendo un contrato que se caracteriza por la obligación del prometente vendedor de entregar la cosa y la obligación del promitente comprador de pagar un precio. Se trata de obligaciones, es decir, de relaciones personales. Por otro lado, la "constitución, régimen y extinción" del derecho real se seguirá conforme a la *lex rei sitae*, dispositivo que de por sí tiene un ámbito amplio, que hay que acotar, que existen otras relaciones que, como dijimos, no tienen ese carácter en el contrato, como las que se refieren al lugar de pago, épocas de pago, condiciones, etc., que podrán seguir otro orden jurídico, pero no necesariamente el ordenamiento del lugar de la ubicación del bien. Se trata del simple cumplimiento de obligaciones personales relacionadas con el contrato, que deben ser reconocidas como tales por los tribunales mexicanos, sin que influya el "foro exclusivo".

La doctrina ha sostenido que en el estatuto real se comprende el poder del titular sobre la cosa (la disposición o la exclusión), los medios para adquirir los bienes (usucapión, accesión, expropiación, confiscación), así como su publicidad (registro), transmisión, extinción), la oponibilidad frente a terceros, etcétera.

Es la ley del lugar de la ubicación de los bienes la que determina el contenido sentido de los derechos reales, los medios de protección, así como los derechos del titular. Esta postura está relacionada con el hecho de que el bien inmueble depende de su registro y la única competente para ordenar al Registro la inscripción, modificación y extinción de los derechos sobre el inmueble es la autoridad del lugar donde se encuentra ubicado el bien. Hay, por tanto, una coincidencia legislativa y competencial que por ser práctica —procesalmente hablando— es la que se sigue.

Este tipo de confusiones (entre derechos reales y personales) se percibe en México, ya que varios abogados y jueces suelen recurrir a la ley de la situación del bien, aunque en el supuesto de derechos reales se impliquen derechos personales. Esto deriva de la larga tradición de corte territorialista que ha llevado a pe

13 La idea de introducir en la reforma los derechos reales se debe a Leonel Pereznieto Castro, aunque su propuesta original, presentada para la reforma de 1988, difería en la redacción.

(erróneamente) que la naturaleza y la ley que regula los bienes atrae a los derechos personales. En realidad, es falso que exista una competencia legislativa atractiva.

El punto central consiste en que se confunde lo que una antigua teoría diferenciaba (título y modo de adquirir). Mediante el *título* se adquiere un bien (*titulus adquirendi*), mientras que a través del *modo* se enfatiza en la modalidad en que se adquiere (*modus adquirendi*). La doctrina ha aclarado que mientras los títulos tienen su propia ley reguladora, el modo suele vincularse con la ley de la ubicación.

Tratemos de aclarar la confusión. La *lex rei sitae* regula los modos de adquirir y extinguir los derechos reales. No obstante, en esta ley no se comprende otro tipo de supuestos, como el título sucesorio mediante el cual se adquiere el bien, o los títulos contractuales o el de los bienes propios del patrimonio matrimonial, conforme a los cuales también se adquiere un bien.

Hay que tomar en cuenta que mientras los derechos reales tienen una ley que los rige, los títulos para adquirir la propiedad (por contrato, por sucesión, por el patrimonio matrimonial, etc.) tienen su propia ley que los rige. No cabe la posibilidad de extender la aplicabilidad de la *lex rei sitae* a todo título por el cual se adquiere un bien; tampoco cabe que los títulos sean absorbidos por la ley que regula los modos de adquirir o extinguir los derechos reales. Sólo cabría la posibilidad de que los títulos por los que se adquiere un bien sean regulados por la ley de su situación, si así lo estableciera el legislador; pero el caso es que el mismo legislador ha establecido una ley reguladora para cada título, como ocurre en la sucesión por causa de muerte, los contratos y el patrimonio matrimonial.

Ejemplo

Una persona, en el extranjero, decide gravar (hipotecar) un bien inmueble que se encuentra en México. Tal posibilidad no está prohibida en nuestra ley, ni se establece una competencia exclusiva para celebrar una operación como ésta (un notario en el extranjero podría autorizarla). Los aspectos meramente personales (el acuerdo sobre los intereses pactados, lugar y moneda de pago, etc.) pueden estar regidos por la ley de donde se pacta o la elegida por los compromitentes, pero lo que corresponde a los derechos reales (los relativos a la división o subdivisión del bien, registro, efectos frente a terceros, etc.) se regulan conforme a la ley del lugar de su ubicación.

El argumento de que la *lex rei sitae* es la que garantiza los derechos de una persona no riñe con lo ya dicho, pues el mismo legislador admite la aplicabilidad de otra ley para los títulos; por ejemplo, la ley designada para regular los contratos o el patrimonio matrimonial, aun cuando no descansan sobre la *lex rei sitae*, también garantizan y tutelan el derecho de contratar o suceder.

Por último, es cierto que la ley que regula a los títulos suele concurrir con la que regula los modos de adquirir, pero esto no significa que se deban confundir y que se aplique una sola ley para títulos y modos de adquirir o extinguir derechos.

c) Los bienes muebles

En el caso de los bienes muebles la explicación doctrinaria no se ha conducido de igual forma que para los inmuebles. Si en la Edad Media se prefirió regular a los muebles con la ley domiciliar,[14] con Federico de Savigny se les encuadró en la ley de la situación, con exclusión de los bienes *in transitu*. Luego, con Pascual Estanislao Mancini se prefirió asignarlos a la ley personal. Hoy en día el mundo se divide en estas vertientes, que se reflejan en las relaciones de tráfico jurídico internacional.

En el caso mexicano, las leyes de las entidades federativas están divididas; algunas vinculan las relaciones que involucran muebles con la *lex rei situs*, mientras que otras, con el domicilio de su detentador. En este último supuesto se acoge la regla medieval restablecida en el siglo XIX: "los bienes siguen a las personas" (*mobilia sequuntur personam)*. Acorde con este principio, se sostiene que los bienes muebles siempre se encuentran al lado de su propietario. Si éste se cambia de lugar, los muebles le siguen. De ahí que la ley del lugar del domicilio de donde se encuentra su propietario sea la aplicable a las relaciones en que intervengan muebles. Como se observa, hay un cambio en la vinculación de este tipo de bienes hacia el domicilio de su propietario y ya no al lugar donde los bienes se encuentren. Hasta aquí la ficción no parece tener problema, el cual surge cuando el propietario no tiene los bienes a su lado. En este caso, la aplicación indiscriminada de la ley del domicilio es importante. La razón es obvia: el bien mueble por su movilidad requiere un punto de conexión fijo, que es el domicilio de su propietario. Sin embargo, en la actualidad, dada la movilidad de bienes (mercancías, valores, etc.) ésta resulta una regla demasiado rígida.

Esta vinculación domiciliar es seguida en varios países, aunque en otros los muebles e inmuebles se han analogado para vincularse con la *lex rei situs*, especialmente debido a su importancia económica.

d) Publicidad del registro

Por lo que hace a la publicidad de la titularidad de un derecho real, se regula por la ley del lugar de su ubicación, que se corresponde con la ley del lugar del registro, el cual es estimado como un medio idóneo. El vínculo juez-registro se fundamenta en el hecho ya mencionado de que aquél puede ordenar que se cree, modifique, transfiera o extinga cualquier derecho real ahí registrado.

La ley del lugar de la situación es la que prescribe a qué tipo de negocio jurídico que involucra bienes ha de dársele publicidad. Con la publicidad se pretende que un

14 Con los antiguos estatutarios italianos operó una regla domiciliar, apoyada en una ficción. Para éstos, los muebles correspondían al estatuto personal, no al real. Al ser parte del estatuto personal razonaron de la forma siguiente: los bienes muebles siempre están del lado de su propietario; si éste se cambia de lugar, los muebles lo siguen. De ahí que la ley del lugar donde esté su propietario fuera la aplicable a las relaciones en que intervenían muebles.

parte de la comunidad (los interesados) se enteren de ese acto. El medio más idóneo para darle publicidad es el registro en un archivo público. Por lo general, la publicidad está referida a los actos de constitución de un derecho real, su traslado, transformación y extinción. También, con frecuencia en dichos registros se anotan gravámenes sobre el bien. La centralización de esta conexión se justifica en el principio de la unificación de registros, que en materia de bienes muebles resulta esencial hoy en día.

La ley que regula la publicidad no se corresponde necesariamente con la que regula la forma del acto negocial, que puede tener su propia ley. Mientras que la forma está relacionada con la validez del acto, la publicidad se relaciona con la oponibilidad de derechos frente a terceros.

En el caso de bienes muebles o inmuebles, los diferentes sistemas jurídicos por lo general ordenan que en todo acto jurídico que deba inscribirse en el registro público o inmobiliario del lugar donde se encuentren, conste el nombre de su titular, así como las modalidades del acto y los gravámenes. El registro, por lo general, no constituye la propiedad ni la posesión ni el título sobre el bien, sino que sólo pretende dar a conocer el acto: es un registro publicitario. Una vez hecho el registro se producirá el efecto registral, que normalmente es dar a conocer determinados hechos relacionados con el bien.

En México la publicidad se rige por la *ley del lugar del registro* de los bienes que, generalmente, coincide con la del *lugar de su ubicación*. Si en este lugar se exige publicidad, la ley de ese lugar será la aplicable.

Si se trata de bienes muebles, cuando deban ser inscritos, por lo general el derecho aplicable será el del tiempo o época en que se realiza el acto jurídico que los crea, como en el caso de las garantías mobiliarias,[15] o bien, el del registro en su nuevo lugar de ubicación y el reconocimiento del sistema de prioridades establecido en su registro anterior, que deberá ser incluido en el nuevo.

e) Otros supuestos normativos

Miguel Ángel Hernández Romo afirma que podemos diferenciar diversas conductas que se relacionan con los actos que importan bienes, entre otras, la *capacidad* de quien celebra un negocio, la *forma* del mismo, el *fondo* del negocio, la *competencia* para conocer de ese negocio y el *régimen fiscal* de las personas involucradas en él.

Aunque Hernández Romo hace su estudio a partir del art. 121 constitucional (el que regula los problemas de tráfico jurídico entre entidades federativas), sostiene que todas estas conductas se rigen por la *lex rei situs* por varias razones: el principio constitucional es absoluto, ya que no hace distingos, ni salvedades. Si la ley no distingue, no debemos distinguir. Su tesis es más amplia, interesante y sugerente y, además, no es el único que plantea esta idea. Nos referiremos a sus argumentos respecto de la capacidad y a la forma.

15 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato*, *op. cit.*, pp. 557 y siguientes.

Para reforzar su argumento *extensivo a la capacidad,* el autor plantea tres hipó-
sis a partir de ejemplos que lo llevan a afirmar la *lex rei situs.* En el primero, se refi-
re al caso de un extranjero que fuera de México celebra un negocio sobre un inmueb
ubicado en la zona restringida. Aunque en el extranjero se le pudiera reconocer cap
cidad, conforme al dispositivo constitucional (art. 27) en México carece de ella. En
segundo ejemplo alude al matrimonio entre un mexicano y una extranjera celeb
do bajo el régimen de sociedad conyugal. En este caso —afirma—, el pacto sobre
sociedad conyugal carece de efectos por lo que hace a los inmuebles ubicados
zona restringida, pues la extranjera no puede adquirirlos. En el tercer ejemplo
refiere al extranjero que ha poseído un inmueble en la zona restringida, que no pod
adquirir por prescripción adquisitiva.

Con estos ejemplos Hernández Romo explica que en la zona restringida
extranjero carece de capacidad, por lo que la regla de capacidad local, esto es,
del lugar de ubicación del bien, es la aplicable y no la regla de capacidad estableci
en otro lugar.

En el caso de la *forma del negocio,* el autor citado recurre a un ejemplo con el q
explica que cuando se celebra en foro extraño un negocio que involucra bienes situ
dos en México, la forma establecida en el extranjero, aunque pueda ser legal (dig
mos que pudiera ser consensual), debe ser la del lugar de la ubicación del bien, no
del lugar de celebración del acto.[16]

La doctrina tradicional no llega a la conclusión a que arriba Hernández Rom
ya que suele diferenciar varios tipos de supuestos (forma, fondo, capacidad). El aut
sustenta en su primer ejemplo la *tesis de la unificación del derecho aplicable,* mientr
que, en el segundo, la *tesis es la de la autonomía legal para cada supuesto.*

Es frecuente que un convenio o transacción involucre derechos reales. S
embargo, no significa que toda la transacción tenga que regularse por la *lex rei sit*
Basta recordar que una cosa es el contrato (de promesa de compraventa, que es un
obligación de dar, por ejemplo) y otra que esa obligación se deba perfeccionar pa
transformarse en derechos reales. En el primer supuesto, la relación jurídica
concreta sólo entre comprador y vendedor, es una relación obligacional person
mientras que en el segundo el efecto es *erga omnes,* conforme al cual todo
mundo está obligado a respetar el poder del titular sobre la cosa. De igual maner
una cuestión es la constitución, mantenimiento y terminación de las relacion
personales, y otra la constitución, mantenimiento o terminación de los derecho
reales. Así como en el caso de los contratos, un punto de vista similar ha de ado
tarse cuando se trata de los bienes objeto de una sucesión *mortis causa*[17] o de u
sociedad conyugal.

16 Miguel Ángel Hernández Romo, "El régimen jurídico de los inmuebles en el derecho interna
nal privado mexicano", en *op. cit.*, pp. 15 y siguientes.

17 En este sentido, el CC de Nuevo León (art. 21 *bis* fracc. IX) excluye la sucesión *mortis causa* del d
cho regulador de los bienes.

Es necesario diferenciar la capacidad y la forma de un acto jurídico que crea derechos reales, del fondo mismo de la transacción que involucra derechos reales.

Como lo plantea la tesis tradicional, la teoría mayoritaria y la jurisprudencia, cada supuesto fáctico-normativo debe ser autónomo en cuanto a la ley sustantiva aplicable, lo cual no está de acuerdo con la tesis que reduce a una única ley la aplicable al fondo, la capacidad y la forma. Tampoco estamos de acuerdo en que la operación (un contrato de promesa de compraventa o una sucesión) se unifique en torno a la ley que rige al inmueble (*lex rei situs*). Nuestro argumento consiste en que una cosa es la constitución de los derechos reales, y otra la forma que ha de dársele a la constitución y la capacidad de quien los constituye (incluso desde la Edad Media se hablaba de *estatutos mixtos*). Dicho en otras palabras, la obligación personal de comprometerse a la venta de un bien inmueble en fecha cierta nace válidamente desde el momento en que las partes firman el contrato, y si en este contrato se estipulan pagos parciales previos a la transmisión del bien, serán obligaciones que no necesariamente deberán ser regidas por la ley de ubicación del bien o que sean los tribunales de esta ubicación los únicos competentes para conocer del cumplimiento de obligaciones de carácter personal. Lo que sucede es que los derechos personales creados por el contrato de promesa de compraventa deben ser materializados de acuerdo con las formalidades que dispongan las leyes del lugar de ubicación del bien para perfeccionarse, pero en nada afectarán el derecho creado, la obligación de transferir en fecha cierta los derechos que el dueño tiene sobre el inmueble frente al futuro comprador incumplido, el que deberá pagar daños y perjuicios por el incumplimiento de una obligación contractual. Es decir, la relación jurídica sobre un bien inmueble ubicado en México puede crearse y extinguirse conforme al derecho extranjero.

Los ejemplos de que se vale Hernández Romo no indican que la capacidad y la forma se regulan por la ley del lugar de ubicación del bien. En los ejemplos que plantea el método por seguir no es el de la elección de la ley (un sistema conflictual), sino la aplicación de otro método que conoce el DIPr y que consiste en que, si está prescrito por la *Constitución*, la norma aplicable es una norma imperativa, que desplaza cualquier solución conflictual, lo que se conoce, como hemos visto, con el nombre de *normas de aplicación inmediata* o *normas de orden público.*

Cuando se trata de la capacidad no se recurre al método de elegir una ley aplicable, sino que debido a lo prescrito por el art. 27 constitucional se aplicará una norma imperativa, que desplaza cualquier método conflictual. Es cierto que en el lugar donde se encuentra el inmueble se exigirá cierta forma: la de ese lugar. Pero esa forma tiene dos orígenes: las formalidades propias que se exijan para la transmisión de los derechos, y la ley del lugar del registro que exige su propia forma. Esto es, si la transacción debe registrarse en el lugar de la situación del bien, la forma de la publicidad será la del lugar del registro, pero no necesariamente el contrato deberá tener la misma forma que la exigida para la publicidad, o incluso que el contrato de promesa de compraventa sobre bienes, hecho conforme a otra ley, deba estar regido por la ley mexicana. Ésta sólo requerirá que la forma y que las disposiciones extranjeras no contravengan a las mexicanas de orden público y, por supuesto, que se contengan

los elementos mínimos de información respecto del propietario del bien, tales como nombre, nacionalidad, domicilio, etcétera.

Esta manera de razonar es más clara y moderna, pero sobre todo atiende a la delimitación del ámbito de las normas de competencia legislativa y jurisdiccional. Por tanto, no es correcto, en nuestra opinión, continuar aplicando ciegamente el principio *lex rei sitae* de manera indiscriminada.

13.7. Reconocimiento de resoluciones extranjeras relacionadas con bienes y derechos reales

Diversos textos jurídicos (internos y de derecho convencional) condicionan el reconocimiento de una sentencia extranjera a que *no haya sido dictada como consecuencia del ejercicio de "una acción real"*. La antigua y tradicional clasificación de las acciones en reales y personales, que más bien sería una clasificación de *pretensiones*,[18] cobra importancia especial en el derecho interno mexicano (arts. 571, fracc. II, *CFPC*, y 606, fracc. II, *CPCDF*) así como en la *Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras* (art. 1, fraccs. *A* y *C*), para impedir el reconocimiento de este tipo de resoluciones.

La *Convención México-España* y el *CCom*, al igual que el *CFPC*, son muy específicos sobre el particular: aluden a las acciones reales sobre bienes muebles corporales y sobre bienes inmuebles. En ambos casos se atribuye competencia exclusiva para conocer y decidir de estas pretensiones a favor del tribunal de la ubicación de la cosa en el momento de presentarse la demanda *(forum rei sitae)*, por lo que tratándose de inmuebles la ejecución queda a cargo de la autoridad de la ubicación de la cosa.

El derecho internacional de los conflictos no sólo exige que el derecho aplicable a los inmuebles sea el de la ley de la ubicación, sino también, en cierta medida, que el tribunal competente sea el de ésta. Por tanto, *forum* e *ius* coinciden. De este modo cualquier sentencia extranjera que involucre derechos reales sobre bienes ubicados en México no será reconocida. De ahí que sea importante delimitar el ámbito de los derechos reales en nuestro país.

Caso diferente del anterior es el de las sentencias o resoluciones que, aunque se refieran a bienes, no están relacionadas con derechos reales, como ocurre con una sentencia que se apoya en la compraventa de bienes o acciones de una sociedad ubicada en México. En este caso ya no estamos frente a derechos reales, sino a derechos del crédito. Lo normal, en estos casos, es que la resolución extranjera sea reconocida y ejecutada.

Este caso nos brinda, por otro lado, un ejemplo que nos permitirá aclarar lo que hemos dicho. En efecto, las relaciones reguladas por la *Ley General de Sociedades*

[18] En los estudios de teoría del proceso ha quedado claro desde el siglo XIX que no existen las "acciones reales" y que, en todo caso, cuando la ley o los juristas emplean esta expresión se refieren a pretensiones derivadas de los *derechos reales*. En este sentido, la llamada *acción real* es *aquella por medio de la cual se pretende la tutela de un derecho real alegado en juicio.*

Mercantiles se refieren a relaciones contractuales; sin embargo, de estas relaciones se deriva la propiedad de acciones como títulos de crédito y bienes de producción. Existe una desvinculación entre derechos personales (los contractuales) y los derechos reales que la sociedad ejerce sobre sus bienes. En nuestra opinión, una visión segmentada de estos derechos no es sostenible, hoy en día, cuando es evidente que las relaciones jurídicas en la práctica no se atienen a segmentaciones tan rígidas, si no ¿cómo se explica el contrato de sociedad y muchos otros contratos que la realidad económica requiere?

13.8. Otros actos jurídicos que involucran bienes y derechos reales

Hemos explicado hasta aquí diversas disposiciones generales que regulan el derecho aplicable a los bienes y derechos reales. Hay otras especiales que se refieren a los mismos, dándoles un tratamiento especial. También es necesario precisar algunos casos o supuestos en los que, por lo general, no califican los derechos reales, por lo que se requiere su aclaración.

a) Actos constitutivos de un derecho real

En principio, los actos constitutivos de un derecho real se regulan únicamente conforme a la ley del lugar de la ubicación de los bienes; sin embargo, no siempre sucede así. Hemos mencionado el ejemplo del contrato (contrato de promesa de venta) que genera derechos personales en el que, a la vez, se pacta la constitución de un derecho real. En este caso, insistimos, es necesario diferenciar lo que es el acto propiamente constitutivo del derecho real de otros supuestos normativos que confluyen en el contrato, como es el caso de la forma, la capacidad de los contratantes, su perfeccionamiento o los efectos, que pueden dar lugar a que se vinculen con un orden jurídico autónomo del que rige al derecho real.

La ley de la ubicación de la cosa se preocupa por regular la ocupación, accesión, división, posesión, destino y uso, publicidad, registro, etc., del bien. Esto es, sólo aquellos supuestos que están estrechamente conectados con el bien y su ubicación. En la promesa de compraventa de un inmueble, por ejemplo, el precio, el lugar o la forma de pago no se regulan necesariamente por la ley de su ubicación. La pena convencional, el monto del interés que se ha de pagar por mora o la moneda de pago son una obligación personal que no necesariamente debe estar regida por la *lex rei situs*. Es caso frecuente la venta de inmuebles ubicados en México que se realizan en el extranjero y en dólares. En el caso de sucesiones *mortis causa*, el testamento tampoco está regulado por la *lex situs*, ni el patrimonio matrimonial está regulado por la ubicación de los bienes. En consecuencia, sólo se aplicará al derecho real la ley del lugar de su ubicación, no a los supuestos que coinciden en el contrato en que se constituye ese derecho real.

Todavía en materia de sucesiones, aunque involucren bienes, las oposicion
pueden estar fundadas en leyes extranjeras (la condición de hijo adoptivo); el ré
men matrimonial y otros derechos no se rigen necesariamente por la ley de la ubic
ción de los bienes. Estamos así frente a nuevas excepciones a la regla general de la l
de la ubicación de la cosa.

Es necesario diferenciar los casos o supuestos que confluyen en un contrato
están referidos a los derechos reales, de aquellos que son meramente contractuales
obligacionales (derechos personales). Por ejemplo, es sabido que la transmisión de
riesgo se rige por la ley que regula a los contratos; es decir, en el caso de un contrato
traslativo de dominio, la pérdida o destrucción de la cosa se rige por la ley reguladora
ra de los contratos, no por la ley de la situación de bien.[19]

En general, la doctrina y la jurisprudencia en otros países también ha estableci
do una regla: los bienes *uti singuli* pueden estar regulados (únicamente por lo qu
hace a esos bienes en los términos descritos) por la ley del lugar de su ubicación, pe
en el caso de los *uti universii* sería difícil afirmar la aplicación de una única ley.

Algunos actos jurídicos suelen suscitar dudas en cuanto a la regulación de lo
bienes que involucran, como en el caso de los contratos de arrendamiento, bien
en tránsito, expropiación, etc., a los que nos referiremos en seguida incluyendo s
implicaciones.

Contrato de arrendamiento de inmuebles

En el ordenamiento civil federal (*CCFed*) y el de las entidades federativas que
siguen, en lugar de vincular a estos contratos con la ley que rige a los contratos,
vincula con la *lex rei sitae*, la *lex fori*. Otros códigos prefieren vincular el contrato
arrendamiento con las reglas reguladoras de los contratos.

En efecto, el *CCFed* prescribe (art. 13, fracc. III) que "la determinación del dere
aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: [...] III. [...] los contratos de arre
damiento y de uso temporal de tales bienes [...], se regirán por el derecho del lug
de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros".

A la vez, el *CCDF* establece (art. 13, fracc. III) que "la determinación del dere
aplicable en el Distrito Federal se hará conforme a las siguientes reglas: [...] los co
tratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes [...], que se encuentren
el Distrito Federal, se regirán por las disposiciones de este *Código*, aunque sus titu
res sean extranjeros".

Es decir, mientras el primero recurre a la *lex situs*, el segundo recurre a la *lex fo*
A diferencia de éstos, la mayoría de los códigos en el país no establecen una re
especial para los contratos de arrendamiento, por lo que es necesario recurrir a
reglas generales reguladoras de los contratos.

19 Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, op
2004, vol II, p. 659.

La razón en que se sustenta el *CCFed* es someter los contratos de arrendamiento a la misma regla que se sigue para los derechos reales, explicada en las razones que tuvo en cuenta la Comisión redactora, y se afirma que "en el caso del arrendamiento, existen antecedentes en este sentido [al vincular los bienes con el lugar de su ubicación] desde la *Ley de Extranjería y Naturalización* de 1886, artículo 31, ya que se refieren al carácter mixto (personal y real) de este derecho, el cual ha sido reproducido a su vez, en el caso del uso temporal".[20]

Desde entonces estaba claro para el legislador mexicano el que la ley de ubicación del bien dominaba la relación por la fuerza de atracción de los bienes inmuebles, incluso en contratos derivados como en el caso del arrendamiento.

El derecho de arrendamiento de inmuebles en la legislación mexicana se somete a las leyes del lugar donde se encuentra el bien y, por tanto, este principio impide que los derechos personales relacionados con el contrato de arrendamiento puedan ser sometidos a una ley distinta de aquella de la ubicación del bien inmueble. En materia turística, el arrendatario disfruta del bien inmueble sólo en ciertos momentos de su vida y en condiciones específicas; sin embargo, esos derechos no pueden ser acoplados a los derechos personales del arrendatario y ventilados en una jurisdicción distinta de aquella donde se encuentra el bien; es decir, donde reside el extranjero. Dicho principio se expresa en los términos siguientes.

Cuando se trata de derechos reales sobre bienes inmuebles, como hemos mencionado, hay competencia exclusiva de los tribunales mexicanos (art. 368, *CFPC*) si se refieren a derechos que se busque ejercitar desde el extranjero. En contraste con este principio territorialista, veamos brevemente lo que hay en la Unión Europea.[21]

Diego Fernández afirma que desde la Convención de Roma en 1957 (arts. 3o. y 4o.) se estableció el principio de la plena autonomía de la voluntad en materia contractual, pero esa libertad se discutió ampliamente en el caso de bienes inmuebles y se llegó a una solución funcional.

En la propia Convención de Roma se dan las reglas para la expresión de la voluntad, en particular, la elección, que puede abarcar la totalidad o una parte del contrato (art. 3.1, *in fine*) y que puede variarse sin afectar derechos de terceros (art. 3.2). Esta voluntad debe ser expresa o resultar de manera cierta de los términos del contrato o de las circunstancias del caso.

¿Hasta qué límite un juez europeo puede considerar que está en presencia de derechos reales y de derechos personales, y admitir en éstos la total autonomía de la voluntad sin que se afecte la regulación de los derechos reales? Los jueces europeos

20 Leonel Pereznieto Castro, "Notas sobre las reformas al *Código Civil para el Distrito Federal* en materia de derecho internacional privado", *XII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, CD ROM, en *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Cenedic, Universidad de Colima, 2001. El mismo autor reitera su idea en *Derecho internacional privado., Parte general*, México, Oxford University Press, 2003, p. 290.

21 Sobre este tema, véase Diego Fernández Arroyo, *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Fundación Universidad-Civitas, Madrid, 1998.

han tomado en cuenta diversos criterios y en una resolución judicial expres
"La decisión de las partes de someter la solución de su controversia a los tribun
de un país que no fuera el del lugar de situación del inmueble, implicaría un ín
nada desdeñable para conocer su verdadera voluntad, habida cuenta del particul
tradicional poder de atracción al *situs*."[22]

Dicho en otras palabras, no obstante que el bien inmueble sea regido por
leyes del lugar de su ubicación, se abre la posibilidad para que las partes, conform
su autonomía de la voluntad, puedan someter sus controversias relacionadas c
esos inmuebles a tribunales de países distintos, sin dejar de desconocer —en el c
terio citado— la atracción que tiene el principio del lugar de ubicación del bien.
estas condiciones, el principio de la libre autonomía de las partes en la determin
ción de la jurisdicción priva sobre el derecho del lugar de ubicación del inmueble

Las cortes inglesas han sido menos explícitas con el criterio y lo han expres
en *reasonable certainty*, lo que ha llevado a decir que hay que distinguir entre indi
ciones "positivas" de las partes, de otras "débiles y equívocas" para poder interpre
con mayor vigor la voluntad de las partes sobre la determinación de la jurisdicci
en materia de bienes inmuebles. Lo importante también es que los jueces ingleses
tienen duda en la forma de hacer su planteamiento cuando analizan derechos reales

Estos criterios han evolucionado al impulso de la industria turística, donde
lo general el arrendatario vive en un país del norte de Europa y tiene alquilada u
casa o un departamento en las costas italianas o españolas y desea que todos los p
blemas derivados de su contrato de arrendamiento los pueda dirimir ante los tri
nales de su domicilio permanente. Los arrendadores de estos bienes por lo general
empleados que no tienen el tiempo ni los medios de ir a litigar a un país extranjero.

Como se advierte, en sistemas jurídicos parecidos al mexicano, como los eu
peos continentales, se ha logrado disminuir la atracción del *situs* y con ello atem
la separación entre derechos reales y derechos personales, haciendo prevalecer é
sobre aquéllos en lo que es dable hacerlo, ya que existen ciertos límites que marc
las *leyes imperativas* y que, en este caso, serían las leyes del lugar de ubicación d
cosa las que rigiesen.

La propia Convención de Roma y las leyes que se han derivado de ésta en
materia establecen que el límite a la autonomía de las partes sea precisamente el
las *leyes imperativas* o el *orden público*, que harían inaceptable para el juez que fue
regidas por las leyes de otros Estados.

Ejemplo

El caso de un inmueble sujeto a registro de protección de inmuebles histórico
de arte antiguo, obra única, etc. y, por tanto, las remodelaciones, deben estar su

22 *Ibidem.*
23 *Idem.*

a las leyes de bellas artes, de conservación, de registro de obras de arte, etc., del país en donde se encuentra el inmueble.[24]

En este caso, se trata de preservar un patrimonio artístico y cultural y, por lo mismo esas leyes deben ser *imperativas* o de *orden público* y prevalecer por encima de la autonomía de las partes. De esta manera, su voluntad puede verse restringida en el contrato respecto del uso que se le dé al bien inmueble, no obstante que las leyes o jurisdicción puedan ser distintas.

En lo que toca al registro de bienes tales como valores y garantías, los avances en la Unión Europea se han reflejado en instrumentos internacionales que veremos más adelante.

Bienes muebles en tránsito, *res in transitu*

En el caso de ciertos bienes muebles que cruzan varios países el problema es la determinación del derecho que les es aplicable, como sucede con el vehículo de transportación, la carga o el equipaje. Si se elige la ley de su situación sería una elección meramente casual.

Savigny propuso que se aplicara la ley del domicilio del propietario, mientras que en algunas leyes se ha recurrido a la ley del lugar de donde el bien parte o la del lugar de su destino. Actualmente, en la ley italiana se acoge la ley del lugar de su destino.[25]

El ordenamiento mexicano no prescribe una disposición en particular, por lo que la decisión de la ley aplicable quedará en manos del juzgador.

b) Los bienes en zona restringida

Ya nos referimos al caso de los bienes del patrimonio matrimonial sitos en zona restringida y explicamos que la ley mexicana no recurre a normas conflictuales, ya que la *Constitución* establece normas imperativas, esto es, prohibitivas por cuanto que los extranjeros no pueden adquirir bienes inmuebles en dicha zona y, agregaríamos, esas normas prohibitivas van más allá de lo que normalmente limitan. Nos referiremos ahora a otras limitaciones relacionadas con los bienes muebles e inmuebles.

Bienes inmuebles. Como lo hemos señalado, el dispositivo constitucional anula la capacidad a los extranjeros para adquirir este tipo de bienes dentro de zona restringida. Dicho en otras palabras, las normas imperativas impiden la aplicación y reconocimiento de disposiciones extranjeras que alguna norma de conflicto pudiera admitir. Sin embargo, tal prohibición no se aplica sobre bienes ubicados fuera de zona prohibida.

24 *Idem.*
25 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato*, *op. cit.*, pp. 569 y siguientes.

La *Ley General de Población* (LGP) prescribe que, sin importar la calidad migrat
del extranjero en México, éste puede "adquirir valores de renta fija o variable y r
zar depósitos bancarios, así como adquirir bienes inmuebles urbanos y derechos re
sobre los mismos, con las restricciones señaladas en el art. 27 constitucional, en la
de Inversión Extranjera y demás leyes aplicables" (art. 66). A su vez, el art. 122
Reglamento de la LGP dispone que este tipo de actos podrá realizarlos el extranjero
forma directa o por medio de su representante, independientemente de que aquí
encuentre en el país, y agrega que los extranjeros pueden celebrar cualquier acto
dominio sobre los bienes que les sean propios sin requerir ningún permiso para
(art. 123 del *Reglamento*). Este criterio, por otro lado, está más enfocado al desli
entre derechos contractuales y derechos reales, autorizando la compraventa de un
inmueble ubicado en México, que se celebre en el extranjero. Es importante aclarar
la disposición sólo se refiere a extranjeros, no al caso de los mexicanos. Como lo he
tratado de demostrar, la regulación de los bienes inmuebles en México no es la
adecuada, especialmente en zona restringida. Sin embargo, desde 1971 por decre
luego incorporado en la *Ley de Inversiones Extranjeras*, el Poder Ejecutivo y el Po
Legislativo, mediante ley promulgada por el Presidente de la República, estableci
una regulación para burlar el dispositivo constitucional y poder brindar una vía, a
que restringida, al desarrollo del turismo y la industria. Se trata del fideicomiso a
tienen derecho los extranjeros para tener la posesión de bienes en zona restringida

El fideicomiso ha sido utilizado ampliamente por las empresas maquiladoras
exportación y por un elevado número de extranjeros en las costas mexicanas. Cua
se trata de inversiones, de acuerdo con el art. 11 de la *Ley de Inversión Extranjer*
requiere un permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que las institu
nes de crédito adquieran como fiduciarias derechos sobre bienes inmuebles ubic
en la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utiliza
y el aprovechamiento de esos bienes sin constituir derechos reales sobre ello
para que los fideicomisarios sean sociedades mexicanas sin cláusula de exclu
de extranjeros, en el caso previsto en el art. 10, fracc. II, y personas físicas o m
les extranjeras.[26]

Hay otros problemas implicadas en la prohibición de adquirir bienes inmue
en zona prohibida. Explicaremos uno de ellos. Acorde con el art. 30 de la Conven
de Viena sobre Relaciones Consulares: "El Estado receptor deberá facilitar, de con
midad con sus leyes y reglamentos, la adquisición en su territorio, por el Estado
envía, de los locales necesarios para la oficina consular, o ayudarle a obtenerlos
alguna otra manera. Además, cuando sea necesario, ayudará también a la ofic
consular a conseguir alojamiento adecuado para sus miembros."

En este caso, a pesar de que un consulado extranjero desee establecerse en la z
prohibida deberán hacerse los esfuerzos necesarios para cumplir con el tratado, aun
en cierta forma (si se trata de propiedad), pugna con lo que prescribe la *Constitu*

26 Roberto Molina Pasquel, "El fideicomiso de inmuebles en las zonas prohibidas, en favor de e
jeros", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, México, enero-marzo de 1954.

En relación con este tema hay un caso que se presentó en 1995 en Ciudad Juárez: el consulado de EUA adquirió en compraventa un inmueble en ese municipio. Desde que el consulado adquirió el inmueble, hasta la fecha indicada (varios años), nunca se pretendió escriturar el bien a nombre del consulado. Siempre permaneció a nombre del propietario anterior. El problema surgió cuando el municipio, al hacer una revisión de morosos en el pago del impuesto predial, encontró que el propietario del terreno no había hecho pago alguno, por lo que lo requirió. Como el consulado era el propietario real, éste protestó y el asunto fue llevado hasta la Cancillería mexicana. Al final, se llegó a un acuerdo.

Bienes muebles. En lo que concierne a los muebles en zona prohibida, el sistema mexicano cuenta con disposiciones imperativas y materiales que impiden la aplicación de normas de conflicto que pudieran hacer factible la aplicación de disposiciones extranjeras. Por lo general, se trata en este caso, de disposiciones fiscales que restringen algunos derechos civiles de una persona.[27]

En general, estas leyes se refieren a la exención al pago de impuestos al comercio exterior (art. 61, *Ley Aduanera*), entre otras mercancías, a vehículos destinados a servicios internacionales para el transporte de carga o de personas, así como sus equipos propios e indispensables, equipos de pasajeros, etc., se incluye, a la vez, el caso de prendas de vestir, alimentos, algunos bienes destinados a servicios de salud, etc. Destacan, como se advierte, los vehículos automotores para uso particular.

En el caso de vehículos, estas leyes federales establecen que sólo podrán circular en la franja fronteriza y pueden internarse al resto del territorio nacional sólo mediante permisos especiales y un plazo. En casos como éstos, el derecho a la conducción de estos vehículos únicamente se admitirá cuando la realice el propietario o algún familiar; no podrán ser vendidos fuera de la zona prohibida ni dentro de ella, a personas con domicilio fuera de la misma. Cuando algún juzgado embargue y remate el vehiculo, ello no significa que su nuevo propietario tendrá derecho a ingresarlo en el resto del territorio mexicano.

Un trato parecido a estos bienes es el caso de los muebles del personal diplomático que regrese al país o del personal diplomático extranjero (art. 62, *Ley Aduanera*). De esta forma, también pueden importar a territorio mexicano (a todo el territorio, no sólo a la franja fronteriza) los vehículos que hubiesen adquirido.

En estos casos, la ley establece:

> Las mercancías importadas al amparo de alguna franquicia, exención o estímulo fiscal no podrán ser enajenadas ni destinadas a propósitos distintos de los que motivaron el beneficio. Su enajenación únicamente procederá cuando no se desvirtúen dichos propósitos.

27 En esta normatividad cabe citar la *Ley Aduanera*, el *Código Fiscal de la Federación*, la *Ley Federal de Derechos*, la *Ley del Impuesto al Valor Agregado*, el *Reglamento de la Ley del Impuesto al Valor Agregado*, la *Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios*, la *Ley del Impuesto sobre Automóviles Nuevos*, la *Ley del Impuesto sobre la Renta*, etcétera.

Cuando proceda la enajenación de las mercancías el adquirente quedará subrogado, las obligaciones del importador.

Se agrega en estos supuestos un trato similar para el caso de menajes de casa per necientes a inmigrantes y a nacionales repatriados o deportados.

En fin, se advierte que en tales supuestos los derechos de uso y disfrute que tie todo propietario de un bien se encuentran restringidos cuando de trata de este ti de bienes importados.

c) Expropiación de bienes

Para el DIPr la expropiación de bienes no se corresponde precisamente con un p blema de derecho aplicable, sino de reconocimiento extraterritorial de la medida, sus efectos.[28]

Aunque se ha sostenido que la expropiación se regula por la *lex rei sitae*, la d trina y la jurisprudencia han puesto mayor atención al pago de una indemnizaci argumentando que la expropiación debe ser justa. De esta forma, se exige una re lación específica cuando se trata del pago. Aunque se afirma que ésta debe hace en el momento de la expropiación, la tesis de Salvador Allende, con motivo de expropiaciones en Chile, sostenía que no era necesario resarcir pago alguno compensación debido a que la compensación ya había sido obtenida durante época de disfrute del bien.[29] Hoy en día es aceptado de manera unánime en el ám to internacional que la compensación debe ser justa y determinada aunque se pag después.

El tema también ha despertado interés en los teóricos del derecho internacio público, especialmente a partir de expropiaciones realizadas por golpes de Est y gobiernos revolucionarios. La última que llamó la atención fue la llamada *Helms-Burton* relacionada con las expropiaciones realizadas por el gobierno cast ta en Cuba sobre bienes de ciudadanos de EUA.

El pago de la indemnización se ha apoyado, tradicionalmente, en los "derech adquiridos" o en la "teoría del enriquecimiento sin causa".[30]

Aunque pocas veces se le estipula en algún tratado internacional, la expropiaci se encuentra prevista en el TLCAN, que establece que "Ninguna de las Partes po nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversion ta de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la exp piación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (*a*)

28 Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, *op.* p. 661.

29 Tito Ballarino, *Diritto internazionale privato*, *op. cit.*, p. 553.

30 Para un examen del tema, en el que presentan diversos casos, véase Alonso Gómez Rob Verduzco, "En torno a la 'Ley Helms-Burton' de 1996", en *Boletín Mexicano de Derecho Compar* nueva serie, año XXX, núm. 88, enero-abril de 1997, México.

causa de utilidad pública; (*b*) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad" (art. 1110). En este caso:

> 2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.
> 3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.
> 4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.
> 5. Si una Parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago.
> 6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el Artículo 1109.
> 7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".
> 8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.

Estas disposiciones dieron lugar a un caso interesante ya resuelto, aunque un tanto polémico, en el que el gobierno de México fue condenado a pagar a un inversionista extranjero. Se trata del caso de Metalclad.

En 1990 una empresa estadounidense, que luego fue adquirida por otra del mismo país (Metalclad), fue autorizada para establecer en un pueblo que se encuentra a 100 kilómetros de San Luis Potosí (la Pedrera), parte del municipio de Guadalcázar, México, una estación de transferencia. El gobierno federal, competente en los aspectos de ecología, otorgó la autorización correspondiente y la empresa empezó a trabajar. El gobierno estatal otorgó, a la vez, las autorizaciones que le correspondían (1993). Algunas situaciones políticas presentadas contra el gobernador del estado se presentaron poco después, entre otras, que la empresa estaba quitándole el trabajo a los "pepenadores".

Con el pretexto de que faltaba un permiso municipal para construir, el ayu
miento de Guadalcázar ordenó suspender la actividad de la empresa.

Luego de varios recursos, Metalclad presentó (1997) su inconformidad ant
tribunal previsto en el capítulo 11 del TLCAN y en contra del gobierno de México,
gando que la oposición del ayuntamiento de Guadalcázar, así como la declarato
que hizo el gobernador a la zona como área protegida significaba una expropiaci
por lo que pidió que se le pagara el valor de la empresa. En el fondo, las resolucio
municipales y estatales significaron un impedimento para continuar con la ope
ción de la empresa.

El panel internacional que conoció del asunto resolvió (agosto de 2000) q
efectivamente se había concretado una expropiación, por lo que el gobierno
México debía pagar 16 millones 685 mil dólares a Metalclad Corporations. Aunq
el gobierno federal mexicano impugnó la resolución, es claro que el gobierno loc
al amparo de manejos políticos poco éticos, fue el responsable de esta decisión
contra del gobierno mexicano. Se trató de una decisión que creó grupos a favo
en contra de lo que jurídicamente fue resuelto.

Como puede observarse, en este caso se trata de una empresa estadounidens
la cual, aun cuando obtuvo todos los permisos, México le impidió que la invers
continuara, lo que fue calificado como medidas expropiatorias.

Derechos reales de garantía sobre bienes muebles 14

14.1. Introducción

Tradicionalmente el derecho prendario fue objeto de estudio del derecho interno, aunque siempre estuvo presente en el ámbito internacional. Durante los últimos años se ha convertido en uno de los temas importantes para los iusinternacionalprivatistas, especialmente a partir de las necesidades de expansión global del comercio internacional, sobre todo cuando las empresas productoras de bienes y servicios deben obtener financiamientos para el desarrollo de sus negocios y encuentran que, localmente, la restricción de créditos y los altos intereses hacen que los financiamientos que requieren amenacen con afectarlas en su competitividad internacional. Por otro lado, las empresas importadoras de bienes y servicios enfrentan los mismos problemas de crédito, por lo que recurren al financiamiento de sus proveedores. En ambos casos, la obtención de financiamientos y de créditos en condiciones más favorables requieren la existencia de un sistema de garantías moderno, ágil y seguro que pueda servir de soporte para este tipo de operaciones.

La complejidad del tema proviene del hecho de que la regulación tradicional de los derechos reales centró la atención en los bienes materiales (inmuebles y muebles) con ninguna o escasa movilidad, lo que no es compatible con el tráfico internacional, que exige una regulación más flexible basada en dos notas características de la garantía sobre bienes: su inmaterialidad y su desposesión.

Las garantías sobre bienes muebles como las mercaderías, la propiedad industrial o los valores, con frecuencia requieren, al ser internacionalizados, que los derechos sobre esos bienes se transmitan con facilidad, rapidez y seguridad y estén sujetos a un foro apropiado. La forma más adecuada para poner en práctica un sistema de esta naturaleza es uniformando los sistemas jurídicos en el ámbito internacional. En el caso de México, la necesidad de establecer un sistema claro y funcional es aún mayor por su vecindad con Estados Unidos de América, porque es el país que tiene los bienes y créditos que se necesitan en México para su comercio y desarrollo.

Debido a que haremos varias referencias a las garantías sobre muebles es impo
tante señalar que se trata de una normatividad en la que confluyen los derechos re
les y los derechos personales, a diferencia de la concepción tradicional, que sólo l
reguló como derechos reales.

14.2. El sentido tradicional de las garantías sobre bienes

Antes de presentar la temática propiamente internacional es conveniente recapitula
el sentido jurídico que se ha otorgado a las garantías tradicionales, especialmente
hipoteca y la prenda, para luego explicar las tendencias modernas y la forma como
sistema jurídico mexicano las ha asimilado.

a) La hipoteca

El art. 2893 del *CCFed* (seguido en la mayoría de las entidades federativas) precisa: "
hipoteca es una garantía real constituida sobre bienes que no se entregan al acreedo
y que da derecho a éste, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada,
ser pagado con el valor de los bienes en el grado de preferencia establecido por la le

Se trata, en primer lugar, de un derecho real cuya determinación se facilita en
medida en que la ley aplicable al bien es la de su ubicación, que regula si el bien es o
susceptible de ser hipotecado, si es o no divisible, así como los efectos y plazos de in
cripción y regulación para su publicidad. Sin embargo, la ley aplicable derivada de
situación del bien no necesariamente es la misma que se aplica al contrato que
origen al acto jurídico que constituye la hipoteca, como el caso de la capacidad, en
cual se aplica en México la ley del domicilio de los contratantes (art. 13, fracc. II,
CCFed) o del lugar de celebración del acto (art. 13, fracc. IV). Al mismo tiempo, es
nos lleva a distinguir los efectos estrictamente reales de este contrato de los que
lo son.

Es preciso deslindar de la hipoteca los aspectos vinculados de forma directa c
los derechos reales, dejando los personales fuera de la competencia legislativa y ju
cial exclusiva. Por ejemplo, el contrato de hipoteca y su registro celebrados en
extranjero deberán cumplir con las formalidades del derecho mexicano. Se trata, p
otro lado, de derechos relacionados con un bien situado en México que se origin
en un contrato cuya validez puede ser o no reconocida por los tribunales mexican
pero ciertamente tienen la validez y los derechos adquiridos.[1] Sólo si esos derech
son reconocidos tendrán efecto sobre el bien; sin embargo, lo importante es ente
der que no todos los asuntos o aspectos vinculados con este tipo de bienes son d
competencia exclusiva de los tribunales mexicanos. De esta manera, una senten

1 El *CCFed* (art. 13, fracc. I) establece que "las situaciones válidamente creadas en el extranjero, d
rán ser reconocidas".

dictada por un tribunal extranjero sobre el incumplimiento del pago del contrato de hipoteca puede ser reconocida en México.

b) La prenda

La legislación mexicana continúa utilizando hasta ahora la prenda en su sentido tradicional e indica que se trata de "un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" (art. 2856, *CCFed*) y que se perfecciona en el momento en que la prenda sea "entregada al acreedor, real o jurídicamente" (art. 2858). Es decir, se define la prenda con posesión y se deja de regular la prenda sin posesión, que es la importante para las operaciones internacionales. En el primer caso, la ley aplicable es la de la ubicación del bien. No obstante, como vimos, lo mismo que sucede con la prenda pasa con la hipoteca: el contrato que les da origen y sus efectos pueden estar regulados por ordenamientos distintos y, sin embargo, ser reconocidos en México. Volveremos sobre este tema más adelante, cuando nos refiramos al caso de la prenda sobre títulos.

El mayor problema se presenta con la naturaleza móvil del bien mueble sobre el cual se constituyó la prenda. Esto da lugar a dos tipos de situaciones: el de su transmisión y su registro y el llamado *conflicto móvil*, que veremos en otro apartado.

En cuanto a su transmisión y registro, el principio consiste en que el bien se transmite de acuerdo con la ley del lugar de su ubicación, y en este mismo sitio se registra para producir efectos en contra de terceros. La prenda es un derecho accesorio del bien y, por tanto, debe seguir la misma suerte de éste. Pero si el bien es trasladado de un lugar a otro, tanto la propiedad como la prenda deben ser reconocidas y registradas en el nuevo lugar de ubicación del bien; se trata de derechos adquiridos fuera y que deben ser reconocidos en México (art. 13, fracc. I, *CCFed*). Sin embargo, el reconocimiento de esos derechos está supeditado a que coincidan con la normatividad mexicana para que se pueda constituir la prenda sobre ese mismo tipo de bien, según haya sido calificado como tal y porque se trate de un bien enajenable. Reconocido el derecho, la prenda sobre un bien ubicado en México es válida.

No obstante, subsiste la cuestión de las prioridades. Aquí la nota característica que rige, consecuencia de la anterior, puede formularse en los términos siguientes: el derecho sobre la prenda se debe mantener y reconocer, incluido el régimen de prioridades conforme al que se creó, con objeto de que el acreedor pueda ejercer los derechos que adquirió de acuerdo con la ley del lugar en el que la prenda fue constituida y registrada, siempre que ese régimen sea compatible con las normas imperativas mexicanas, por ejemplo, que se respeten las prioridades en el pago de salarios a los trabajadores, etc., y que la prenda se registre. La preferencia en favor del acreedor será exigible por éste a partir de la fecha de su registro en México.

El derecho mexicano prevé una regulación específica para diversos apartados, como en el caso de la *LTOC* y el *CCFed*, como veremos en seguida.

Según la *LTOC*, los efectos que produzca la inscripción de los títulos de crédit quedan sujetos, por lo que hace a los terceros, a partir de la fecha en que se regis el título, pero, como dato que sobresale, desposee al deudor del título ya sea p entrega al acreedor o por depósito en una institución de crédito.

La prenda sobre títulos, también regulada por la *LTOC*[3], se constituye por la entr ga al acreedor de los títulos o bienes, o por la entrega a un tercero previamente desi nado o por su depósito. En estos casos se trata de una prenda que se representa en u documento y que se perfecciona con la entrega del título. La ley aplicable es la del lug donde se entreguen los títulos en depósito. Como puede observarse, la materialidad d título y su posesión siguen siendo los elementos básicos descriptivos en este concep

En el derecho mexicano también se encuentra prevista la prenda sobre crédito y acciones. Aunque tienen una regulación mercantil específica, las disposiciones gen rales establecidas en el *CCFed* deben ser aplicadas como supletorias. De esta mane cuando los créditos o acciones sean nominales o no negociables será necesario, acuerdo con la ley mexicana, que se notifique previamente al deudor para que reconozca este tipo de prenda pactada en el extranjero sobre un bien ubicado México. La legislación civil en otros países como Francia, Italia, Alemania y Sui exige este mismo requisito.[4]

Conforme a la ley mexicana,[5] la prenda tiene su propia regulación y la limita "bono de prenda" que puede expedir únicamente un Almacén General de Depósito y circunscribe "a las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito corre pondiente". De este modo existe una coincidencia entre el lugar donde se encue tra el bien y la ley que le es aplicable a la prenda sobre ese bien, en tanto dere accesorio.

2 **Artículo 2861**, *CCFed*: "Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que legalmente d constar en el Registro Público, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prenda, sino desde q se inscriba en el Registro."

3 **Artículo 334.** "En materia de comercio, la prenda se constituye:
I. Por la entrega al acreedor, de los bienes o títulos de crédito, si éstos son al portador;
[...]
IV. Por el depósito de los bienes o títulos, si éstos son al portador, en poder de un tercero que partes hayan designado y a disposición del acreedor;
[...]
VI. Por la entrega o endoso del título representativo de los bienes objeto del contrato, o por la e sión o el endoso del bono de prenda relativo."

4 Sobre este tema véase R. Aranda Rodríguez, *La prenda de créditos*, Marcial Pons-Centro de Estu Registrales de Cataluña, Madrid, 1996, pp. 21 y siguientes.

5 **Artículo 229,** *LTOC*: "El certificado de depósito acredita la propiedad de mercancías o bienes d sitados en el Almacén que lo emite: el bono de prenda, la constitución de un crédito pren sobre las mercancías o bienes indicados en el certificado de depósito correspondiente.
Sólo los Almacenes Generales de Depósito, autorizados conforme a la *Ley General de Institu de Crédito*, podrán expedir estos títulos.
Las constancias, recibos o certificados que otras personas o instituciones expidan para ac tar el depósito de bienes o mercancías, no producirán efectos como títulos de crédito."

14.3. El sentido contemporáneo de las garantías sobre bienes: la garantía sin desposesión

El sentido tradicional atribuido a la prenda contrasta con uno más evolucionado y apto para el DIPr. Por ello, examinaremos la legislación vigente en la materia en México.

En gran medida, se trata de la miscelánea legislativa que sobre garantías mobiliarias fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de junio de 2003, que reformó la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito*, el *Código de Comercio* y otras disposiciones en materia de prenda y fideicomiso.

a) Prenda sin transmisión de posesión

La prenda sin transmisión de posesión constituye un derecho real sobre bienes muebles que tiene por objeto garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago, conservando el deudor la posesión material de tales bienes (art. 346, *LTOC*). Los contratos mediante los cuales se documente la constitución de este tipo de garantías serán mercantiles (art. 347). El importe de la garantía podrá ser una cantidad determinada en el momento de la constitución de la garantía o determinable en el momento de su ejecución (art. 348). Pueden ser dados en prenda toda clase de derechos y bienes muebles (art. 353). Los bienes pignorados deberán identificarse, salvo que el deudor dé en prenda a su acreedor todos los bienes muebles que utilice para la realización de su actividad preponderante, en cuyo caso éstos podrán identificarse en forma genérica (art. 354).

Como puede observarse, se trata de un derecho real sobre bienes muebles que tiene una serie de características diferentes de las tradicionales en materia prendaria. Se trata aquí de bienes principalmente que el deudor prendario va a enajenar en el curso de su actividad preponderante, de ahí que se trate de la identificación genérica de dichos bienes: lotes de productos que en la medida que el deudor prendario enajene podrán ser sustituidos por nuevos productos o bienes de reemplazo.

Puesto que se trata de una prenda que en una operación internacional va a ser realizada conforme a la ley mexicana por encontrarse en el país los bienes objeto de la garantía, es importante destacar tres aspectos: el de su registro, el de la preferencia del acreedor y el de su ejecución.

La prenda producirá efectos contra terceros a partir de la fecha de su inscripción en el registro y aquí surge una primera cuestión. Se trata de una prenda flotante en la medida que el contrato cubre bienes que han sido dados al deudor para su venta. Pueden ser bienes no identificados individualmente, sino en forma genérica, e incluso pueden ser bienes futuros, lo que implica que los bienes aún no hayan sido entregados al deudor prendario y posiblemente todavía no se encuentren en México. La ley, como hemos visto, tipifica este tipo de prenda como un derecho real; sin embargo, lo que estará registrado será el contrato, una obligación personal sin que posiblemente

se materialice todavía la existencia de los bienes en México. Esto es importante po que a pesar de ser derechos reales intervienen también derechos personales que pu den cambiar la ley aplicable. Las partes podrían someter su contrato a una ley distin de la mexicana, sin embargo, desde el momento que las obligaciones contraídas materialicen con la presencia de los bienes en México, estaremos hablando de obligaci nes vinculadas a un derecho real y, por tanto, la ley mexicana será la aplicable.

Otro aspecto del registro es el de la prelación. El art. 367 establece que los acre dores garantizados percibirán el principal y los intereses, "con exclusión absoluta d los demás acreedores del deudor", salvo el caso de las preferencias que conforme a ley correspondan a los créditos laborales a cargo del deudor.

Un aspecto importante es el relativo al procedimiento extrajudicial y judicial par ejecutar la *prenda sin transmisión de posesión*. Este punto es sumamente sensible y que, en gran medida, los créditos no fluyen a México porque los potenciales acreedo res saben que si su crédito es llevado ante el conocimiento de los tribunales mexica nos, corren el riesgo de que el proceso pueda prolongarse por varios años, al cab de los cuales cualquier decisión, aun la favorable, representa una pérdida para acreedor por el tiempo transcurrido y porque, además, en la práctica el deudor, tanto tiempo, muy probablemente habrá cambiado en sus condiciones económica lo que agregará una dificultad mayor a la recuperación del crédito.[6]

En otro orden de ideas, los gastos que durante esos años necesitará erogar el acre dor para pagar a los abogados que lo representen en juicio es una razón que se pe cibe como suficiente para no otorgar créditos en México o, bien, otorgarlos com ahora se hace, a una tasa anticompetitiva internacionalmente, debido a que en costo del otorgamiento del crédito se debe incluir el riesgo de dar ese crédito a u deudor domiciliado o residente en México.

La etapa de desapoderamiento del bien es vital en este tipo de garantías y esta blece un procedimiento extrajudicial regulado en los arts. 1414 *bis* a 1414 *bis* 6 de *LGTOC*, que prevén la intervención del "fedatario público" con objeto de llevar a cab un breve procedimiento voluntario para el deudor de llegar a un acuerdo con el acre dor, lo que no sucede con frecuencia.

En la reforma de 2000 se estableció un procedimiento de desapoderamient remate y adjudicación que recibió muchas críticas, pero lo más relevante fue que e

6 Hay incluso varios pronunciamientos en contra de los gastos y lo tardado de la justicia mexica El periódico *Reforma* publicó (sección A, 28 de marzo de 2003) una declaración, en este sentid del embajador europeo en México. El periódico citado (sección Negocios, A, p. 1A, del 31 de ene de 2003) publicó una columna bajo el encabezado "Ven sistema judicial caro". El 28 de marzo ese año, el mismo periódico (p. 1, sección A) publicó las declaraciones del director del Institu Internacional de Gobierno de la Universidad de Yale bajo el titular "Frena el sistema judicial al s tor financiero". En *Milenio* (otro periódico mexicano) se trata el sistema de la misma forma (3 abril de 2003, p. 32). A la vez, el *Washington Post* (8 de abril de 2003) publicó que los periodi Kevin Sullivan y Mary Jordan obtuvieron el premio por su reportaje relacionado con la corrupci del sistema de justicia mexicano. Bastan estos pocos datos de difusión nacional y mundial para p catarse de la impresión que hay sobre los problemas judiciales en México.

la práctica no se usó a lo largo de los dos años y medio en que esas primeras reformas estuvieron en vigor. De ahí la pregunta: ¿por qué se volvió a plantear un procedimiento semejante? Sobre todo por el hecho de que dada la naturaleza del procedimiento judicial mexicano, un procedimiento de este tipo puede volverse interminable.[7]

El desapoderamiento del bien es uno de los elementos clave en el sistema. El profesor Dale Furnish[8] demuestra que durante 40 años la Suprema Corte de Justicia, a través de siete tesis —con secuencia interrumpida— pudo ir acuñando una interpretación sobre la constitucionalidad del procedimiento de ejecución de la prenda por vía ejecutiva contenido en el art. 341 de la *LTOC* y cuando nuestro máximo tribunal ya se encontraba a punto de generar jurisprudencia definida sobre el tema, se expidieron las reformas de 2000 que modificaron el citado art. 341 para retirarle la naturaleza ejecutiva al procedimiento, otorgándosele al deudor 15 días para contestar y 10 días al juez para decidir. Aunque, cabe agregar, el Pleno de la SCJN declaró inconstitucional este artículo,[9] con la reforma de 2003 se dejó este mismo dispositivo.[10]

Otros aspectos que podemos señalar sobre la institución de la prenda sin desposesión son los siguientes. El art. 374 de la *LTOC*[11] es una disposición que merece varios comentarios. Primero, no es necesario "proteger" al acreditante contra todo tipo de enajenaciones descritas en los diferentes párrafos a que aluden las reformas, ya que

7 La experiencia en el arbitraje comercial internacional nos muestra que a pesar de que el *CCom* establece que la homologación de los laudos arbitrales extranjeros se hará en un incidente uninstancial, en una sola audiencia, la homologación suele tardar de dos a dos años y medio. Prácticamente puede ser lo mismo que lo planteado por las reformas a que nos estamos refiriendo.

8 Dale Beck Furnish, "La creación, el uso y el efecto de las resoluciones judiciales en los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América: un análisis comparativo", en *El Foro*, época XIII, t. XVI, núm. 1, primer semestre de 2003, México, pp. 187 y siguientes.

9 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, t. II, diciembre de 1995, tesis P. CXXI/95, p. 239, AR 1613/94. Jorge Amado López Estolano. 6 de noviembre de 1995. Mayoría de seis votos. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretario: José Luis Alducín Presno.

10 En una de estas resoluciones se llegó a establecer que "el mencionado procedimiento no es un juicio, puesto que en él no se identifican las etapas de un juicio verdadero, como son la demanda, contestación y dilación probatoria integral, pero principalmente porque no se plantea o suscita controversia alguna o conflicto entre partes determinadas y, al no existir controversia, tampoco puede haber procedimiento contencioso, el cual es indispensable para que exista juicio, es más bien un procedimiento de mera constatación o demostración de hechos o circunstancias en el que legalmente no se ejercita una acción respecto de la que proceda oponer excepciones, advirtiéndose que la intención del legislador fue crear un procedimiento privilegiado". *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*, Décimo Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, t. XV, enero de 2002, tesis I.11o.C.7 C, p. 1331, AR 21/2000. Grupo Acerero del Norte, S.A. de C.V., 13 de octubre de 2000. Unanimidad de votos. Ponente: María Cristina Pardo Vizcaíno de Macías. Secretario: Fernando Rangel Ramírez.

11 **Artículo 374**, *LGTOC*: "El deudor estará obligado a solicitar autorización por escrito del acreedor garantizado, para enajenar en términos del artículo 356, los bienes objeto de la garantía, a las siguientes personas:

I. Las físicas y morales que detenten más del cinco por ciento de los títulos representativos del capital del deudor;

una técnica contractual adecuada las contempla en todo acuerdo: se puede pactar, el contrato que en el caso de la venta no autorizada en el mismo, como en el caso una venta realizada fuera del curso ordinario de los negocios del deudor, el contra puede vencerse anticipadamente, pero además, que si la venta no autorizada se re liza, se incurre en el incumplimiento de contrato y, por tanto, se actualiza el derech al pago de daños y perjuicios.

Al establecer la disposición que se comenta que la venta es nula, se produ inquietud y la nulidad queda sujeta a todo tipo de controversias sobre su natural y alcance. Lo que en realidad existe, en este caso, es un incumplimiento de contra Sin embargo, es preocupante que se perciba en esta disposición lo ineficiente q puede ser para el otorgante del crédito, porque se corre el riesgo de que una nulid de esa naturaleza, eventualmente, deberá plantearse en un largo proceso judicial an los tribunales mexicanos, situación que no puede ser cómoda para un acreedo que, ciertamente, tampoco es deseable, ya que pugna contra la eficiencia que de procurar el sistema.

Por otra parte, es importante aclarar que la transmisión del bien pignora depende directamente de su inscripción en el Registro, y si la persona que lo adqu re no encuentra ese gravamen inscrito en el Registro, no debe ser sancionada en forma general que describe la disposición que se comenta; es decir, con la nulidad d contrato. Se sanciona al acreedor por una falla del registro o, lo que es lo mismo, sanciona a un tercero que no tiene relación con la operación original entre acreed y deudor por una falta cometida por este último, lo que además de ser injusto pod considerarse como una pena trascendental.

b) Fideicomiso y fideicomiso de garantía

Desde las reformas anteriores al año 2000 se criticó la inconveniencia de haber intr ducido la figura del fideicomiso en este tipo de garantías; sin embargo, también reprodujo el error en las nuevas reformas. Es importante mencionar algunos asp tos relevantes.

II. Los miembros propietarios y suplentes del consejo de administración del deudor:

III. Los cónyuges y las personas que tengan parentesco por consanguinidad o afinidad hasta segundo grado, o civil, con las personas mencionadas en las fracciones anteriores, o con el p pio deudor, si éste es persona física, y

IV. Los empleados, funcionarios y acreedores del deudor.

Para los efectos de la autorización que deberá otorgar el acreedor garantizado, éste tendrá días naturales para hacerlo; de no contestar, se entenderá tácitamente otorgada en favor del deudo

Las enajenaciones realizadas sin contar con la autorización a que se refiere este artículo anterior, en lo conducente, serán nulas, por lo que no cesarán los efectos de la garantía y el ac dor conservará el derecho de persecución sobre los bienes respectivos con relación a los adqui tes; sin perjuicio de que el acreedor exija al deudor el pago de los daños y perjuicios que enajenación le cause.

Asimismo, podrá preverse en el contrato respectivo que, de realizarse enajenaciones en contra ción a lo dispuesto por este artículo, el plazo del crédito se tendrá por vencido anticipadamente."

La figura del fideicomiso fue la única que el legislador encontró para hacer ejecutivo un derecho de prenda sin necesidad de ejecutar al deudor. Sin embargo, esta institución tiene algunos inconvenientes. Veremos brevemente los que se relacionan con el DIPr.

El fideicomiso es una institución regulada internamente por el derecho mexicano y no coincide en muchos aspectos con instituciones semejantes en otras legislaciones y sistemas. Esta diversidad de conceptos e ideas obliga al futuro prestatario a contratar a un abogado mexicano para que le dé una opinión sobre la institución mexicana, lo que significa un costo adicional.

A la institución del fideicomiso, como está planteado en la ley, hay que sumarle los gastos de un abogado en México para la elaboración del proyecto de contrato, los honorarios del banco que va a actuar como fiduciario y los honorarios del notario público, además del gasto del registro, que en un cálculo aproximado alcanzan una suma cercana a los 2 mil dólares, cuando en un sistema moderno de garantías mobiliarias estos servicios costarían aproximadamente entre 15 y 20 dólares. Este solo hecho hace inoperante comercialmente a la garantía en el plano internacional, ya que en el nacional se encarece el otorgamiento del crédito. El fideicomiso no es, por tanto, el instrumento idóneo para este tipo de garantías pues, como se ha mencionado, presenta problemas de costo y tiempo que, para una operación de esta naturaleza, son cruciales.

14.4. Derechos de crédito, ámbito internacional

Analizaremos el derecho de crédito en el contexto de los derechos reales en el plano internacional por lo que, primero, haremos un breve deslinde entre los dos tipos de derecho antes de abordar el tema desde la perspectiva del DIPr.

Sabemos que el derecho real y el derecho de crédito son distintos.[12] En el derecho de crédito están los elementos subjetivo (acreedor-deudor), objetivo (prestación) y jurídico (vínculo obligacional); en cambio, en el derecho real sólo tenemos dos elementos: el sujeto, titular del derecho, y la cosa objeto del derecho.

Como señala Messineo, a pesar de existir elementos definitorios distintivos en cada concepto, "no debe silenciarse que los mismos han sido impugnados en varios aspectos, con algún fundamento, ya que no faltan figuras intermedias donde las diferencias resultan muy difíciles de percibir". De esta manera, nos dice el autor, "la figura de la obligación *propter rem* participa de alguno de los caracteres de la obligación y del derecho real al mismo tiempo y por tanto atenúa las diferencias respectivas". Y para enfatizar esta confusión agrega: "del mismo modo, se ha señalado que hay casos de derechos de crédito en los cuales concurrirán los caracteres de la intermediación

12 Sobre estos elementos de distinción véase Magali Carnevali de Camacho, "Derechos de crédito y derechos reales", en *Anuario de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mérida*, núm. 19, 1995-1996, Venezuela, pp. 13 y siguientes.

y de ser absolutos (arrendamiento, comodato) y viceversa, casos de derechos re
en los cuales el carácter absoluto y la intermediación faltarán (hipoteca y prenda;
vidumbre negativa)". Y al referirse a algunos autores concluye: "al contemplar la e
lución de ambos derechos se observa un movimiento espiral del uno hacia el
como si los reales se personalizaran y los personales se recalificaran, aunque de
tinto modo y orientación".[13] Esta correspondencia y complementariedad queda
evidencia en el DIPr donde, como sabemos, es fundamental delimitar con precisi
cada relación jurídica —a veces los diferentes segmentos de una misma relación
fin de determinar en cada caso la ley aplicable.

En el ámbito internacional se ha producido una muy interesante bibliogra
jurídica cuyo análisis nos permite mostrar cómo es que la división tajante entre de
chos reales y derechos personales cede a favor de estos últimos en la medida que s
mejor ubicables y más funcionales en escala internacional.

En el tema del crédito es donde mayores cambios se han dado; uno de ellos ya
repercutido en México en materia de garantías mobiliarias, como hemos explicad
Ahora nos corresponde abordar este tema con un breve repaso de cuatro de los in
trumentos internacionales que se han aprobado o están en proceso de elaboraci
en los últimos años. En su orden, se trata de la Convención de Naciones Unidas sob
la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional (diciembre de 2001); la *Ley Mod
Interamericana sobre Garantías Mobiliarias* (febrero de 2000) y la Guía Legislativa
UNCITRAL sobre Operaciones Garantizadas, que aún está en discusión.

Cabe adelantar que con estos instrumentos internacionales se procura encont
diversas soluciones al problema del crédito internacional al proponer, mediante tr
tados internacionales o leyes modelo, normas uniformes y funcionales que den co
fianza a los acreedores para otorgar sus créditos y a los deudores, para obtener m
recursos y, muy importante, para que la transacción se realice a un costo competi
vo en el plano internacional.

En los tratados —como es sabido—, los países que los ratifican se obligan a ap
car su normatividad en sus relaciones internacionales, y en las leyes modelo se pr
cura que esa normatividad uniforme sea adoptada en las legislaciones nacionales
los países que aún no tienen una legislación moderna en la materia. También se bu
can puntos de conexión internacionales para que, mediante la aplicación uniform
de la ley, se procure mayor coordinación y armonía en las decisiones sobre este tipo
operaciones.

a) Convención de Naciones Unidas sobre la Cesión de Crédi tos en el Comercio Internacional

La Convención se compone de 47 artículos dispositivos y un anexo con 10 artícu
transitorios. Este instrumento internacional fue elaborado, como sucede con

13 Magali Carnevali de Camacho, *ibidem*.

convenciones internacionales actuales, con la participación de los representantes de países interesados en que su industria del crédito pueda beneficiarse al disponer de un medio que les permita otorgar el crédito en las mejores condiciones de certeza y seguridad posibles. Asimismo, en los países donde el crédito es escaso y se requiere de éste en las mejores condiciones de costo en el ámbito mundial, se ha adoptado este convenio internacional, pues les permite adquirir insumos de primera importancia para la competitividad de toda su industria en el mercado internacional.

También participaron en su elaboración, de manera significativa, organismos internacionales (Banco Mundial, banca europea), organizaciones profesionales (American Bar Association, International Bar Association) y la industria, que es normalmente amplia en representación y corresponde a las grandes organizaciones internacionales privadas que operan gran parte del crédito mundial.

La Convención que presentamos y los demás instrumentos internacionales, a los cuales nos referiremos más adelante, se elaboran con base en grupos de trabajo en los que participan representantes de los Estados junto con los demás representantes antes mencionados. De los acuerdos alcanzados, la secretaría del grupo de trabajo elabora resúmenes que envía por correo electrónico a los participantes para sus comentarios, y a partir de ellos prepara un documento de trabajo para ser discutido por un reducido grupo de expertos. El documento que surge de este último grupo la secretaría lo pone a la consideración del grupo de trabajo para ser discutido en una nueva reunión. Tales reuniones se celebran dos veces al año y las reuniones del grupo de expertos varían, pero en lo general son previas a las del grupo de trabajo. Por lo común, elaborar un instrumento de esta naturaleza tarda de cuatro a cinco años. Cabe anotar que las diversas delegaciones de México ante estas convenciones e instrumentos internacionales han actuado permanentemente y en contacto con las autoridades de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Volviendo a la Convención sobre cesión de créditos, su ámbito de aplicación se refiere a la cesión de créditos internacionales y a la cesión internacional de créditos. Se considera internacional la cesión y cesiones subsiguientes cuando el cedente "esté situado" en un Estado contratante (art. 1o.) y el cesionario se encuentre en un Estado distinto; de esta forma, el punto de conexión del cedente y del cesionario determinan, en principio, la internacionalidad del crédito y la aplicación de la Convención.

La Convención entiende por *cesión de créditos* "la transferencia consensual del cedente al cesionario de la totalidad, de una fracción o de una parte indivisa del derecho contractual del cedente a percibir una suma de dinero o crédito de un tercero" que, en este caso, es el deudor (art. 2o.). Acorde con este significado, estamos ante un cuadro típico de una cesión de crédito en el cual, contractualmente, una persona, el cedente, cede a otra, el cesionario, los derechos de crédito que tiene sobre el deudor y que se derivan de un acuerdo. Así, un esquema de tal naturaleza, proyectado en el plano internacional, con reglas precisas y aplicables de manera uniforme por todos los países involucrados en la Convención, abre alternativas para el crédito siempre que su recuperación quede asegurada. La Convención define la *transferencia consensual*

como "la creación de derechos sobre créditos a título de garantía de una deuda u ot obligación".

El carácter internacional se determina a partir del punto de conexión, consi tente en que el cedente y el deudor estén situados en distintos Estados, lo que ha que tanto el crédito como la cesión sean considerados internacionales para los efe tos del tratado.

El estado de exclusiones es prolijo: se refiere a efectos personales de las persona físicas y a operaciones reguladas de forma específica, en particular las bursátiles y las financieras, por lo que la Convención centra su interés en el establecimiento de reglas para la cesión de créditos en el comercio internacional, al margen de las cesio nes y transacciones bursátiles y financieras reguladas de manera específica, indepen dientemente de que cualquier institución bursátil o financiera pueda acudir a las reglas de la Convención para realizar una cesión de crédito internacional.

En el párr. 5o. del art. 2o. la Convención adopta una posición tradicional y respe tuosa de la ley que rige en materia de bienes inmuebles, que es la del lugar de su ubi cación, incluidos el respeto a disposiciones de orden público, el orden de prelació que establezcan esas leyes, así como las reglas para la adquisición de dichos bienes.

La razón es clara: en primer lugar, la Convención regula los derechos de crédi to derivados de bienes muebles (títulos, valores, etc.) y en la medida en que esos dere chos tengan efectos sobre bienes inmuebles, se adopta como principio la *lex situs*, de la ubicación del bien inmueble, conforme a la antigua regla conflictual *lex rei sitae*.

La Convención consagra diversas bases que deben ser tomadas en cuenta:

a) De acuerdo con el preámbulo establecido en el documento de presentación, la Convención ante la Asamblea General de las Naciones Unidas, el objeto de Convención consiste en "enunciar todos los procedimientos y principios básico para facilitar el uso de técnicas modernas de comunicación para consignar y comu nicar información en diversas circunstancias". Es decir, la definición de reglas y medios más eficientes para que fluya el crédito internacionalmente, en especial a tra vés de las cesiones de crédito que hoy en día son las operaciones de financiamien que involucran gran parte de los recursos financieros mundiales.

En el plano interno existen ejemplos entre los que puede mencionarse el fact raje que, como se sabe, sirve para que el comercio y la industria puedan contar co el dinero en efectivo indispensable para sus operaciones cotidianas. En el caso de cesión de créditos, aunque incluye al factoraje, es mucho más amplia, ya que extiende a operaciones tales como el financiamiento de inventario (*floor planning-fa lity*), en el que un distribuidor, por ejemplo, de automóviles, maquinaria, equipos cómputo, etc., requiere, para comerciar, la presencia y exhibición de su produ Normalmente quienes otorgan el crédito en estos casos son entidades financie vinculadas a las empresas productoras (Ford Credit, GE Financial Services, etc., llamados *Banks no Banks*). Estas entidades adquieren garantías mobiliarias y cré tos sobre inventarios.

En la medida que existan reglas claras en el ámbito internacional para la realización de estas cesiones de crédito, al disminuir el riesgo los distribuidores podrán obtener financiamiento con mejores tasas.

También encontramos el caso de los productores mexicanos que necesitan materia prima en los mercados internacionales que les es indispensable para su producción, por lo que requieren un crédito internacional que cuente con reglas claras que les permitan reducir sus costos. Lo mismo sucede en el caso de los servicios.

b) Se dispone el principio de la autonomía de las partes para excluir la aplicación de la Convención o aplicarla parcialmente. Se trata de la fórmula establecida desde la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, de 1980, en el sentido de que los instrumentos internacionales en materia mercantil deben ser complementarios y de ayuda para los operadores internacionales, por lo que se deja abierta la posibilidad de que la aplicación de la Convención sea opcional para las partes, cuando éstas tienen una mejor opción y posibilidades de diseñar su propio negocio de crédito.

c) La Convención define con claridad los derechos del cedente, del cesionario y del deudor que en operaciones internacionales suelen ser disímbolos y hasta contradictorios, cuando se deben aplicar leyes distintas, lo que debe llevar a interpretaciones y decisiones que promuevan la seguridad, la certeza y la justicia del tráfico jurídico internacional.

d) La Convención promueve el uso de la transmisión electrónica de datos, que en México ya se encuentra vigente a partir de las diversas reformas al *Código de Comercio* en materia de comercio electrónico. Las reglas que establece la Convención están planteadas de tal forma que se pueda hacer uso de estas técnicas, que se emplean cada vez más para la cesión internacional de créditos y para los créditos internacionales.

e) Se establecen reglas de limitación contractual de la cesión, con lo que se trata de conducir las operaciones crediticias dentro de las prácticas internacionalmente aceptadas.

f) Se plantea que estos créditos y los créditos internacionales previstos por la Convención sean considerados créditos preferentes dentro de las legislaciones nacionales a fin de que el acreedor tenga mayor certeza de que podrá recuperar su crédito y de que toda operación de cesión de créditos se realice conforme a reglas que el cedente y cesionario conocen, sin que se afecten los derechos del deudor en las operaciones. En este sentido, toda transferencia de garantías queda debidamente asegurada.

g) Se incluyen disposiciones sobre la determinación clara de las normas aplicables para la prelación en el pago.

b) La *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*

Aspectos relevantes de la ley

La ley se refiere a todas las obligaciones, presentes o futuras, determinadas o determinables garantizadas con garantía mobiliaria (art. 1o., primer párrafo). Establece

que "los Estados que la adopten podrán reducir su ámbito de aplicación con s
declarar que se aplica únicamente a ciertas garantías que expresamente se indiqu
(segundo párrafo). Esta fórmula, aunque desafortunada, fue necesaria para que
Ley Modelo pudiera ser aceptada por un mayor número de países, como es el caso
México, que consideró que deberían buscarse ajustes antes de pensar en adopta
de ahí que era indispensable buscar cierta flexibilidad, aunque el objetivo de la u
formidad en este punto se afectara parcialmente.

En el mismo art. 1o. se establece la obligación para los Estados contratantes d
adoptar un registro único y uniforme de garantías mobiliarias, como requisito esc
cial para que un sistema de esta naturaleza pueda funcionar y cumplir con sus obj
tivos. El registro a que se refiere la *Ley Modelo* es un registro electrónico que permi
básicamente dos cosas: el registro propiamente dicho de las garantías, en el que
incluyan datos personales del futuro deudor a fin de que el futuro acreedor pued
evaluar con cierto margen de seguridad la conveniencia de otorgar o no el crédito
tal o cual persona o empresa, y segundo, que el registro pueda ser de fácil acceso pa
todas aquellas personas que deseen consultarlo desde cualquier parte del mund
Sólo un registro así es capaz de brindar el soporte necesario a un sistema de garanti
mobiliarias, en los términos que plantea la *Ley Modelo*.

La ley define la naturaleza y el ámbito de la garantía (art. 2o.). Respecto de la prim
ra, se establece que "pueden constituirse contractualmente" (las garantías), dejan
otras modalidades abiertas, como veremos a continuación cuando nos refiramos a
amplia gama de obligaciones que cubre la ley. En el caso del ámbito de la garantía, és
cubre diferentes bienes, incluidos categorías genéricas, bienes presentes o futuros, co
póreos o incorpóreos, con el requisito de que puedan ser valorados pecuniariamente
el momento del contrato o posteriormente. La garantía, por su parte, puede servir pa
garantizar el cumplimiento de una o varias obligaciones, presentes o futuras.

Uno de los principios rectores de la ley es el de su sistema de prioridad. Como
sabe, en el crédito relativo al comercio transnacional el tema de las prioridades es
especial relevancia porque quien vende sus mercancías a crédito u otorga cualqui
otra clase de crédito con base en una garantía, debe tener la certeza, aunque relati
de que su crédito será recuperado. Esta simple ecuación es de tal relevancia que sir
para promover al comercio y la inversión, que son los fines últimos de la ley, de a
que ésta se refiera a que la garantía mobiliaria regulada tendrá derecho preferen
para ser pagada con el producto de la venta de los bienes gravados.

Esta disposición no es extraña para un sistema de derecho codificado como
mexicano, pues en la doctrina éste fue un aspecto ampliamente discutido por la de
trina mercantil italiana de principios del siglo XX, que tanta influencia tuvo en Méxi
incluso en algunos casos en la preparación de proyectos legislativos a partir de l
años treinta. En efecto, uno de los juristas italianos más leídos en México fue Hu
Rocco,[14] y otro menos leído, pero no menos importante, fue Pachionni. Según el

[14] En este sentido, véase Roberto Mantilla Molina, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1996, pp
siguientes.

la existencia de un derecho de crédito se deriva de aquellos derechos del patrimonio del deudor "cuyo valor sea necesario para lograr la satisfacción del crédito y cuyo contenido está constituido por el poder de realizar aquel valor, a cuya efectividad estaría preordenada (aparte de la acción reivindicatoria y el secuestro conservativo) la acción subrrogatoria".

Pasemos ahora al Proyecto de Guía Legislativa de las Naciones Unidas sobre Operaciones Garantizadas por ser un tema estrechamente vinculado al de la *Ley Modelo* que acabamos de mencionar.

c) Proyecto de Guía Legislativa sobre Operaciones Garantizadas

Los principios sobre los que se basa este instrumento son:

1. Introducir un régimen legal integrado de las garantías con desplazamiento de posesión y sin él, para evitar distorsiones en el uso de dichas garantías. Un régimen de esta naturaleza es compatible con el establecido por la *Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias*, que prevé un concepto unitario de garantías. Se plantea la creación de un régimen global de garantías reales sin desplazamiento constituidas sobre bienes *corporales*, al cual se integra un régimen que regula a los créditos por cobrar, y garantías reales constituidas sobre las categorías más importantes de bienes inmateriales.
2. Garantías reales constituidas sobre bienes muebles inmateriales. Se consideran en la Guía, entre otros: derechos de cobro, cumplimiento de obligaciones contractuales, derechos de propiedad intelectual; sin embargo, se excluyen los valores bursátiles, pero se consideran los demás que pueden ser regulados de forma vinculada, en algunos casos, conjuntamente con la Convención sobre Cesión de Créditos con fines de financiación.
3. Transferencia de la titularidad al acreedor. Se plantean en la Guía dos opciones: una, la de un régimen que permita la constitución de derechos de titularidad y de propiedad sobre los bienes en favor del acreedor y que éstos sean claros e indiscutibles, aunados a un régimen de prioridad en favor del acreedor. La constitución de dichas garantías debe ser moderna, ágil y de bajo costo. En este sentido, existe coincidencia con la *Ley Modelo Interamericana* y habría solamente que complementarla con las disposiciones de la Guía. La segunda opción sería la de permitir la transferencia de la propiedad para fines de garantía, pero limitando sus efectos y requisitos a los de una garantía real, lo que constituye una opción menos favorable para el acreedor.
4. Garantía global integrada. Se trata de un régimen en el que tanto la regulación de las garantías como su transmisión y ejecución obedezcan a reglas comunes que permitan al acreedor optar de forma rápida y fácil por el régimen que más le convenga y que pueda estar seguro el acreedor de que el régimen escogido no está sujeto a limitaciones y sorpresas.

El concepto unitario de garantías previsto en la *Ley Modelo Interamericana* cu
ple en buena medida con este criterio, aunque faltaría complementarlo especialm
te con las garantías reales sobre bienes inmateriales.

Se contempla en la Guía la recomendación para que se instituya un régimen ju
cial rápido y efectivo para la ejecución y recuperación de la garantía que no demerite
expectativas de los acreedores garantizados.

Existen otras cuestiones específicas que han sido y son objeto de discusión. N
referiremos únicamente a las más importantes. Debido a que en la garantía sin d
posesión el deudor retiene los bienes, éste se podría endeudar a tal grado que prov
caría un problema de sobrecrédito. En este sentido, un adecuado registro con acce
internacional permitirá al futuro acreedor saber cuál es el nivel y la clase de ende
damiento que tiene el futuro deudor.

Se ha hecho un gran esfuerzo para precisar con la mayor claridad posible
reglas de incumplimiento del contrato, en el entendido de que las partes pued
agregar en su contrato otras reglas que consideren oportunas. En este sentido, ta
bién ha sido importante la reflexión acerca de cuáles son las mejores reglas que pr
tejan la existencia y, en su caso, la devolución y el remate de los bienes sin que
acreedor garantizado pierda el valor de sus bienes. Esta cuestión está vinculada c
la mayor o menor eficacia del sistema judicial.

Se ha hecho énfasis en la necesidad de que los derechos del deudor queden ex
cados con toda precisión, a fin de que éste pueda obtener la máxima ventaja de
bienes que adquiere con el crédito, incluso dejar abierta la posibilidad de que pue
adquirir nuevas garantías sobre los bienes garantizados que le permitan allega
capital de trabajo.

En este sentido, es importante dejar aclarada la forma de adquirir nuevas gara
tías y siempre vinculada su adquisición a la seguridad derivada de su registro y p
lación. Respecto de la prelación, el gran debate ha sido hasta qué punto y en q
medida los derechos del acreedor deben quedar garantizados en caso de quiebra
deudor. A este respecto se concluyó finalmente que los derechos del acreedor deb
considerarse como los de un acreedor preferente, pero su desarrollo y precisi
deben hacerse en coordinación con el proyecto que se discute sobre insolven
transfronteriza.

Finalmente, en cuanto a las reglas de conflicto de leyes, deben ser diseñadas p
regular no sólo la ley aplicable a las garantías mobiliarias, sino además, y muy esp
cialmente, respecto de depósitos bancarios, cartas de crédito, inventarios y cuen
por cobrar, entre otros, con objeto de que las garantías mobiliarias no se traslap
con esos derechos sobre bienes.

Títulos de crédito 15

15.1. Introducción

En el derecho mexicano no existe una definición dogmática y clara sobre los títulos de crédito. La *Ley de Títulos y Operaciones de Crédito* (LTOC), que los regula, se limita a designarlos como "una cosa mercantil" (art. 1o.), y agrega que se trata de documentos necesarios para ejercitar el derecho literal que en ellos se consigna (art. 3o.), además de otras características connotativas,[1] que recuerdan las explicaciones de Vivante.[2] El carácter internacional se encuentra definido en la Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales (Convención CNUDMI), a la que adelante nos referiremos.

La denominación ha sido controvertida pues además de *títulos de crédito* suele llamárseles *títulos valor*.[3] No obstante, en la nomenclatura mexicana, aunque priva la primera expresión lingüística, no es desconocida la segunda,[4] como afirman Joaquín Rodríguez Rodríguez[5] y Roberto Mantilla Molina.

1 **Artículo 1o.** "Son cosas mercantiles los títulos de crédito. Su emisión, expedición, endoso, aval o aceptación y las demás operaciones que en ellos se consignen, son actos de comercio. Los derechos y obligaciones derivados de los actos o contratos que hayan dado lugar a la emisión o transmisión de títulos de crédito, o se hayan practicado con éstos, se rigen por las normas enumeradas en el artículo 2o., cuando no se puedan ejercitar o cumplir separadamente del título, y por la ley que corresponda a la naturaleza civil o mercantil de tales actos o contratos, en los demás casos."

2 Para Vivante el título de crédito es el documento necesario para ejercitar el derecho literal y autónomo que en él se consigna. Rocco y Vivante, *Tratado de Derecho Comercial*, vol. I. Oxford University Press, México, 2003.

3 Jorge Barrera Graf, "Los títulos de crédito y los títulos valor en el derecho mexicano", en *Temas de derecho mercantil*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México.

4 Ambas denominaciones han sido criticadas, pues hay títulos que como el cheque no son propiamente de crédito, sino de pago o títulos, cuyo valor está en entredicho, como en el caso de las acciones de una empresa en quiebra.

5 Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho mercantil*, t. II, Porrúa, México, 1967, p. 251. Una explicación sobre el desarrollo de esta calificación puede verse en Raúl Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, Herrero, México, 1966, pp. 62 y siguientes.

La LTOC incluye bajo la denominación de *títulos de crédito* la letra de cambio, pagaré, el cheque, obligaciones y sus cupones, certificados de depósito y bonos, prenda, y los certificados de participación. No se incluyen las facturas, que se comprenden en la Convención CNUDMI, como adelante veremos. En tanto cosas mercantiles, tienen como fin circular dentro del país y fuera de él, por lo que su vínculo internacional es evidente.

La regulación internacional de estos documentos (especialmente la letra de cambio, el pagaré y el cheque), propios del derecho cambiario,[6] es precisamente el objeto de este capítulo.[7]

15.2. Calificación

En el estudio de la calificación de los títulos de crédito importan dos aspectos: la naturaleza del derecho cambiario y la calificación de los títulos de crédito.

a) Autonomía del derecho cambiario

El derecho interno suele catalogar los títulos de crédito como bienes muebles. La calificación provoca la duda acerca de si el derecho cambiario es una parte o apéndice del derecho de los bienes.

La clasificación de los bienes y en especial los títulos y valores en otros sistemas jurídicos y en la normatividad internacional no siempre coincide con la clasificación de la ley interna mexicana, por lo que hay que recordar que la función de los títulos de crédito se identifica con una relación obligacional y en el *Código de Comercio* se le ha regulado con claridad. Sin embargo, en el derecho civil y en la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (LGTOC) se les asimila a un bien mueble, cuando en realidad la referencia en materia de títulos es consecuente con los derechos personales.

La división concebida originalmente para bienes corpóreos forzó la distinción que se ha extendido también a los derechos, de ahí que Arce y Cervantes afirme que "sería más correcto hablar de bienes muebles e inmuebles y de derechos mobiliarios e inmobiliarios",[8] y esto es así porque "el objeto del derecho real es una cosa mientras

6 Para Labariega el derecho cambiario se refiere "al conjunto de principios y preceptos nacionales e internacionales que reglamentan la letra de cambio, el pagaré y el cheque (títulos de crédito cambiarios por antonomasia), es decir, títulos que incorporan un derecho de crédito. Pedro Alfonso Labariega, "Devenir histórico del derecho cambiario", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm 112, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, enero-abril de 2005, p. 16.

7 Agradecemos al profesor Ángel Olivas Rico, de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, sus observaciones a los elementos técnicos de los títulos de crédito en el derecho mexicano, hechas al original de este capítulo.

8 José Arce y Cervantes, *De los bienes*, Porrúa, México, 2002, p. 22.

que el objeto del derecho de crédito es una prestación". El problema para el DIPr se presenta en las calificaciones: *lex rei sitae* cuando se trata de cosas, ley personal si son prestaciones o, bien, ley del lugar de celebración, si son actos, que es el criterio prevaleciente. El derecho de crédito en México ha tomado este último camino como un criterio moderno y funcional. Ese desarrollo se puede encontrar claramente en la bursatilización, donde se utiliza un vehículo (el valor bursátil) para vincular "o ajustar a los ahorradores con los prestatarios en todo o en parte a través de los mercados financieros".[9] Como se advierte, el derecho real es inexistente a pesar de que sean valores bursátiles, porque éstos no tienen por lo general una representación corporal, sino que se trata de archivos electrónicos pero que la ley clasifica como cosas. Si examinamos más de cerca lo anterior podemos concluir que la confusión deriva de que la concepción tradicional de los derechos reales confundió el vehículo, el título, con el derecho incluido en el título, que no es derecho real sino un derecho personal de crédito. De ahí que el *CCom* considere los títulos de crédito como actos de comercio poniendo el énfasis en la función y no en el vehículo (art. 75).

Estas ideas nos muestran que la afirmación de que el derecho cambiario internacional encaja en la regulación de los bienes no es correcta. Actualmente se ha admitido que el derecho cambiario goza de autonomía en el trato iusinternacionalprivatista (no sólo autonomía doctrinal, sino también legislativa). No sólo existen tratados internacionales que regulan algunos títulos de crédito, sino que además las leyes internas mexicanas dan un trato metodológico específico a las relaciones privadas internacionales en que aparecen los títulos, como veremos a lo largo de este capítulo. Vale recordar que la respuesta a la regulación de los bienes (que examinamos en el capítulo 13) no es la misma que le damos a la regulación del derecho cambiario.

b) Calificación del título de crédito

La calificación de un título de crédito no se encuentra regulada en forma específica en el derecho convencional ni en el derecho interno. La calificación que antiguamente llegó a ser vista como un contrato,[10] hoy se considera como autónoma e, incluso, sigue sus propias normas conflictuales, esto es, no se le califica conforme a los bienes. Hay una resolución judicial en la que se rechazó su sentido contractual,[11] al afirmarse que no se trata de un contrato de cambio y mucho menos de un contrato de cambio trayecticio, como en la Edad Media e, incluso, en el *Código* de Teodosio

9 Jesús Rubeda Lanzas, "Apuntes sobre bursatilización del crédito en México", en *Estudios de derecho bursátil en homenaje a Octavio Igartúa Araiza*, Porrúa, México, 1997, p. 65.

10 Luis Pérez Verdía explicaba que podía ser examinada de acuerdo con dos contratos: el contrato de cambio y el de mandato. Luis Pérez Verdía, *Tratado elemental de derecho internacional privado*, Tip. de la Escuela de Artes y Oficios, Guadalajara, 1908, p. 262.

11 AD 891/94, Josefina Flores Espinoza, 10 de noviembre de 1994, unanimidad de votos. Ponente: Francisco José Domínguez Ramírez. Secretario: Francisco Miguel Padilla Gómez.

Lares, en México, o nuestro original *CCom*.[12] La resolución no explica el porqué de calificación que llevó a cabo ni la del rechazo del sentido contractualista, aunque parece correcta la forma en que concluyó el tribunal ese caso.

Antes de proseguir es importante hacer un deslinde de tres funciones de voluntad en un título de crédito. Las voluntades de acreedor y deudor concurren el acto de la creación del título. El deudor acepta ser requerido, en caso de incumplimiento, aun en contra de su voluntad;[13] y tercera función, la voluntad que requiere específicamente un título de crédito, según la ley aplicable.

La bibliografía italiana recurre con frecuencia al tema de la calificación del título y encuentra diversas hipótesis,[14] a las que no vamos a referirnos por ser tema de parte general del DIPr. Se comprenden las disquisiciones de la doctrina italiana, dada la redacción del tercer párrafo del art. 59 de su *Ley de DIPr*, que alude a la aplicación de la misma ley a "los demás títulos de crédito".[15]

15.3. Fuentes del derecho cambiario

Las disposiciones internacionales sobre los títulos valor o de crédito se encuentran reguladas en el sistema jurídico mexicano en dos niveles: en convenios internacionales y en las leyes internas.

a) Derecho convencional internacional

México es suscriptor de tres convenios o tratados internacionales:

- La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacional y Pagarés Internacionales, celebrada en Nueva York en 1988 (*DOF*, 27 enero de 1993), a la que nos hemos referido como Convenio CNUDMI. Se trata de un convenio universal que no ha entrado en vigor hasta este momento, ya que han sido pocos los países suscriptores y no se ha dado el número requerido para que pueda funcionar.[16] En este capítulo nos referiremos a este instrumento como Convención de CNUDMI y sólo en algunos casos, pues hemos preferido la explicación conflictual a la uniforme que priva en este convenio.
- La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, celebrada en Panamá en 1975 (*DOF*, 25 de abril de 1978). Se trata de un convenio regional al que pertenecen varios países de habla hispana.[17] Aún no ha sido signado por EUA, que es el país con el que México desarrolla su comercio.
- La Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, de la que cabe adelantar que, aunque México participó en la negociación de este convenio en Panamá en 1975, aún no ha sido ratificado por el Senado de la República.[18]

Aunque en el ámbito internacional son conocidas la Convención de Ginebra, de 7 de junio de 1930, y la Convención de Ginebra sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques, de 19 de marzo de 1931, ninguna es derecho vigente en México. Sin embargo, son importantes ya que la actual ley italiana de DIPr las incorpora en su texto (art. 59). Para México es relevante la que se conoce como *Ley Modelo de Ginebra*, que adelante mencionaremos y que fue incorporada en la actual *Ley de Títulos de Crédito*.

Aunque los convenios ginebrinos (conformados como leyes) datan de 1930 y 1931, la ley relativa a la letra de cambio y al pagaré consta de 87 artículos organizados en dos títulos, uno para la letra y otro para el pagaré. La ley sobre el cheque cuenta con 55 artículos.

b) Derecho interno

En las leyes internas contamos con disposiciones de vocación internacional en la *Ley de Títulos y Operaciones de Crédito*, de 1932, que a decir de Jorge Barrera Graf y Raúl Cervantes Ahumada se inspiró en la *Ley Uniforme de Ginebra*, de 1930, que fue auspiciada por la Liga de las Naciones.[19]

12 El *CCom* de esa época (art. 449) decía que la letra de cambio supone la preexistencia del contrato de cambio. Esto nos explica las afirmaciones que en su momento hizo Pérez Verdía y a las que hemos antes nos referimos.

13 Así se ha entendido el art. 71, que prescribe que el título obliga aun contra la voluntad del suscriptor ("La suscripción de un título al portador obliga a quien la hace, a cubrirlo a cualquiera que lo presente, aunque el título haya entrado a la circulación contra la voluntad del suscriptor, o después de que sobrevengan su muerte o incapacidad").

14 Consiglio Nazionale del Notariato, "I titoli di credito nel nuovo sistema di diritto internazionale privato", *Studio n. 1185/2*, Approvato dalla Commissione Studi, 15 de octubre de 1996. http://www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti/Diritto_internazionale_e_comunitario_/1185-2.htm, octubre 5 de 2005.

15 El caso es que la ley italiana remite a lo establecido en varios convenios internacionales que determinan la ley aplicable, pero en el párrafo tercero del art. 59 se establece: "Los demás títulos de crédito se rigen por la ley del Estado en que el título ha sido emitido". Esta forma de presentar el párrafo autónomo la ley aplicable es lo que le ha dado problemas de interpretación a los teóricos italianos.

16 Véase José María Abascal, "Letra de cambio y pagaré internacionales. Por fin una legislación uniforme", en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera* Graf, t. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1989.

17 Estados parte: Argentina, Chile, Costa Rica, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela.

18 Llama la atención la pobreza que sobre derecho convencional internacional uniforme hemos aceptado, a pesar de que desde hace muchos años todos nuestros juristas han propugnado por una unificación mundial.

19 Jorge Barrera Graf, *El derecho mercantil en Latinoamérica*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1963, p. 57; Raúl Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito*, *op. cit.*, p. 67.

Cabe agregar que internamente la regulación de los títulos de crédito le compete ámbito federal y no al de las entidades federativas, por lo que las reglas estatales no s aplicables a estos documentos ni a su circulación. Destaca, además, que los títulos crédito son considerados por la *LTOC* como actos de comercio,[20] a pesar de que frecue temente son empleados por los particulares, incluso en el uso del cheque de viajero.

Además, como fuente supletoria a los títulos tenemos al *CCFed*. Esta afirmaci supone una reinterpretación del art. 2o. de la *LTOC*, que prescribe que "los actos y l operaciones a que se refiere el artículo anterior, se rigen: [...] IV. Por el derech común, declarándose aplicable en toda la República, para los fines de esta ley, Código Civil del Distrito Federal". Ello supondría que no es el *CCFed* el aplicable, sin el del D.F. En nuestra opinión, las disposiciones del *CCFed* (del año 2000), que s posteriores a la *LTOC*, reconducen a la aplicabilidad de la ley federal. En efecto, decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del *Código Civ para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federa* del *Código Federal de Procedimientos Civiles*, del *Código de Comercio* y de la *Le Federal de Protección al Consumidor* (*DOF*, 29 de mayo de 2000), establece en su art. 2 transitorio que "las menciones que en otras disposiciones de carácter federal se hag al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la Repúbli en Materia Federal, se entenderán referidas al Código Civil Federal". Siguiendo *principio lex posteriori derogat priori*, la ley supletoria aplicable será el *CCFed*.

c) Precedentes judiciales

Contamos con algunos precedentes judiciales sobre el tema. Los pocos que existe nos auxilian para comprender el trato que a los títulos de crédito, en sus vínculo internacionales, les han dado los tribunales. No se trata de jurisprudencia definid esto es, de resoluciones judiciales vinculantes (como *stare decisis*), por lo que en mejor de los casos sólo pueden servir como criterios orientadores.

d) Costumbre y usos internacionales

Al lado de las fuentes anteriores, la costumbre es usual en el derecho comercial, pe la *LTOC* no la cita, aunque sí el *CCom*.

Aunque no como costumbre, la *LTOC* se refiere a los usos bancarios y mercan les (art. 2o.). Ni en el caso de costumbre o de usos se alude a los internacionales (co esta calificación). Una definición de los usos aparece en la ley uniforme sobre let

20 **Artículo 75,** *CCom*: "La Ley reputa actos de comercio: [...] IV. Los contratos relativos y obligacio del Estado u otros títulos de crédito corrientes en el comercio; [...] XIX. Los cheques, letras de c bio o remesas de dinero de una plaza a otra, entre toda clase de personas; XX. Los vales u otros t los a la orden o al portador, y las obligaciones de los comerciantes, a no ser que se pruebe qu derivan de una causa extraña al comercio; [...] XXIV. Las operaciones contenidas en la *Ley Ge de Títulos y Operaciones de Crédito*."

de cambio (la de Ginebra), que preceptúa: "Los usos del lugar del pago servirán para determinar el valor de la moneda extranjera. Esto, no obstante, el librador podrá estipular que la cantidad a pagar se calcule con arreglo a un cambio determinado en la misma letra" (art. 41, segundo párrafo).

No es posible aceptar la hipótesis de que las costumbres y usos establecidos en la *LTOC* sólo pudieran limitarse a los locales, pues si la ley no distingue, tampoco cabe distinguir. Además, lo anterior se confirma por el hecho de que las costumbres y usos internacionales son aceptables en nuestro derecho, y el sistema económico y financiero de México realiza gran parte de sus operaciones internacionales con este tipo de títulos.

15.4. Competencia judicial

Salvo las reglas de competencia aplicables a situaciones de tráfico jurídico interno, el sistema jurídico mexicano carece de regulación sobre la competencia para situaciones internacionales. Sin embargo, la Convención de la que México es Estado parte, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, establece que: "Los tribunales del Estado Parte donde la obligación deba cumplirse o los del Estado Parte donde el demandado se encuentre domiciliado, a opción del actor, serán competentes para conocer de las controversias que se susciten con motivo de la negociación de una letra de cambio" (art. 8o.).

Aunque la disposición parece referirse únicamente a la letra de cambio, se hace extensiva al pagaré, por disposición del art. 9o., así como a las facturas, en el caso de que su calificación fuese la de un "documento negociable" (art. 10), calificación que no opera en México.

De cualquier forma se advierte que la competencia directa está relacionada con el lugar de cumplimiento de la obligación cambiaria o con el del domicilio del demandado, a elección del actor. El legislador mexicano no previó una tercera alternativa en beneficio del acreedor: el lugar de los bienes del deudor.

En el caso del lugar de pago, que ha de insertarse en el título de crédito (por disposición de la ley interna mexicana), debe precisarse con claridad ese lugar, pues el mismo también conduce a precisar la competencia judicial.

En un caso resuelto por los tribunales se encontró que en una letra de cambio se había establecido que el lugar de pago sería "cualquier lugar en que se requiera". El tribunal no aceptó esta frase por "imprecisa" y resolvió que por no haberse establecido lugar de pago la competencia para conocer sería la del juez del lugar donde se había suscrito el título,[21] una conexión no contemplada en el convenio internacional,

21 Clave 1a./J, núm. 5/2005, contradicción de tesis 117/2001-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo, Quinto, Octavo y Décimo Tercero, todos en Materia Civil del Primer Circuito. 1o. de diciembre de 2004. Cinco votos. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro. Tesis de jurisprudencia 5/2005. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintiséis de enero de dos mil cinco.

que en el mejor de los casos hubiese optado por el foro domiciliar. Incluso, el art. 17 de la *LTOC* prescribe que "si el pagaré [...] no indica el lugar de su pago, se tend como tal el del domicilio del que lo suscribe".

15.5. Forma del título

La manifestación externa del documento que da lugar al derecho cambiario pued examinarse desde diversos aspectos, que explicaremos en seguida.

a) La ley del lugar del otorgamiento

Con relación a la forma que debe asumir un título de crédito, el protesto, el endos el aval, la aceptación, etc., no tenemos en la *LTOC* una disposición que establezca derecho aplicable a la forma que han de adoptar estos actos,[22] por lo que se aplic el *CCFed*[23] como supletorio de las leyes mercantiles, y conforme a éste "la determin ción del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: [...] IV. La form de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embar podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de ten efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal" (art. 13

Como una disposición especial, en el caso de que fuera aplicable, conforme a Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras Cambio, Pagarés y Facturas, "la forma del giro, endoso, aval, intervención, acept ación o protesto de una letra de cambio, se somete a la ley del lugar en que cada u de dichos actos se realice" (art. 2o.). Disposición que se hace extensiva al pagaré, p disposición del art. 9o., así como a las facturas, en el caso de que su calificación fue la de un "documento negociable" (art. 10).[24]

b) Opinión contraria al derecho aplicable

Claude Belair se pronuncia en contra de la fórmula establecida por la Convenci (lugar en que el acto se realice), pues afirma que el convenio no tomó en cuenta diferencia entre los elementos esenciales para la validez y los propiamente de fond Esto, dice, provoca un conflicto de calificación en el momento de aplicar la ley lugar de celebración, llevando a la alegación de la excepción del orden público. Bel afirma que, por ejemplo,

22 Internamente las normas sustantivas (no las conflictuales) aligeran la formalidad de un títul crédito, pues aun cuando se haga omisión en algunos aspectos, ello no significa que el negocio dico sea nulo (arts. 14 y 8o., fracc. V, *LTOC*).

23 Véase *supra* nota 21 relacionada con la supletoriedad del *CCFed*.

24 Ya explicamos que en México la factura no se califica ni regula como título de crédito.

en el derecho mexicano la indicación del lugar de pago de la letra de cambio no es un elemento esencial para su validez material y bien puede serlo en otro sistema jurídico, en el del juez competente digamos, ¿qué ley aplicará dicho juez? La Convención no contempla el problema esencial de la ley aplicable a la validez material de una letra de cambio que a nuestro parecer debería ser la del lugar de emisión; se trata de una omisión grave, ya que la nulidad que resulte del incumplimiento de un requisito de fondo es la nulidad absoluta, mientras que la que resulte del incumplimiento de un requisito de forma es la nulidad relativa no oponible a los terceros.[25]

c) Elementos que contiene un título

Hay algunos elementos propios del título de crédito que califican en la forma, como es el caso de las citas o textos que debe contener un título y que, como decíamos, se califican como elementos de la forma.[26] Así ocurre con las expresiones *letra de cambio, pagaré, cheque,* etc., que la ley mexicana exige que se inserten en el documento. Se trata de un elemento de la forma, que se rige por la ley del lugar de su celebración.

Así, por ejemplo, si en la ley de Texas no es obligatorio que el cheque contenga precisamente esa palabra, la ley aplicable no sería la que lo exija, sino la del lugar del otorgamiento.

A pesar de lo establecido en la norma conflictual, Cervantes Ahumada consideró que el sistema mexicano debería optar por ser más formalista, exigiendo ciertos títulos o frases en el documento.[27] Como se advierte, subyace en el autor un enfoque territorialista.

La SCJN resolvió, en otro caso, que no necesariamente debe insertarse la palabra *pagaré* (en castellano), ya que en ese caso resuelto se asentó *promissory note*, que para la SCJN fue lo mismo,[28] con lo cual la formalidad no comprendió el idioma. Otra resolución similar, relacionada con una letra de cambio, indicó que a pesar de la ausencia de la palabra basta que no deje lugar a dudas la naturaleza de la obligación consignada.[29] Otra resolución más, aunque menos contundente, se refirió al caso del cheque, en el que es suficiente que se entienda que se trata de una orden incondicional

25 Claude Belair, "Comentarios a la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas", en CD ROM, *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, CENEDIC, Universidad de Colima, Colima, 2001.

26 En sentido similar, Luis Pérez Verdía explicaba que podía ser examinada de acuerdo con dos contratos: el contrato de cambio y el de mandato. Luis Pérez Verdía, *Tratado elemental de derecho internacional privado, op. cit.*, p. 264.

27 Raúl Cervantes Ahumada, *Títulos y operaciones de crédito, op. cit.*, 1966, p. 68.

28 Tercera Sala, Séptima Época, Cuarta Parte, vol. CCXVII-CCXXVIII, p. 230, AD 4510/86, Rubén Peniche Pérez y William Rodríguez, 9 de febrero de 1987, unanimidad de cuatro votos. Ponente: Jorge Olivera Toro en ausencia del ministro Ernesto Díaz Infante.

29 Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Segunda Parte-1, t. II, p. 320, AD 3033/88, Julio Jacamán and Sons de México S.A. de C.V., 4 de noviembre de 1988, unanimidad de votos. Ponente: José Becerra Santiago. Secretario: Gustavo Sosa Ortiz.

de pago,[30] frase que en cierta forma refleja la caracterización con la que a estos documentos se les percibe.

d) Forma del cheque

Contraria a las resoluciones judiciales hasta aquí expuestas, hay una dictada por un tribunal colegiado de circuito en la que el criterio no es correcto (por estar fuera de contexto). Se trató de una cuenta de cheques abierta ante un banco extranjero, el cual había proporcionado los cheques a su cuentahabiente. Resulta que el cuentahabiente, al estar en territorio mexicano, expidió un cheque, que obedecía a las reglas del lugar donde estaba el banco: el extranjero. El tribunal colegiado afirmó que en este caso, como el cheque había sido girado en México, debía ajustarse a la ley mexicana que era la del lugar donde el cheque se emitió, aun cuado el banco librado se encontrase en el extranjero. No hay mayores argumentos en la resolución.[31]

Es obvio que esta resolución resulta de una literalidad asombrosa y, por tanto, descontextualizada de la realidad y de las políticas de armonía internacional. Hay que hacer notar que esta solución se dio en 1996. Pugna, por consecuencia, contra la libre circulación de los títulos de crédito, tal como se desprende de la *LTOC*.

e) Forma del protesto

En el caso del protesto, la ley interna mexicana exige que se haga ante corredor público titulado o notario. A falta de ellos, puede levantar el protesto la primera autoridad política del lugar (art. 142),[32] lo que no es necesario en las leyes de otros países; por ejemplo, en EUA puede hacerse ante testigos. En casos como éste, la regulación de la forma queda establecida en la ley del lugar donde el protesto debe ser levantado. La ley mexicana es coincidente con aplicación del criterio supletorio del *CCFed*, que establece que los actos se rigen por la ley del lugar (art. 13, fracción IV).

f) Forma del título internacional

Por último, según la Convención de la CNUDMI (UNCITRAL, en inglés) a la letra de cambio internacional deberá acompañársele las palabras *letra de cambio internacional (Convención de la CNUDMI)* y al pagaré internacional, las palabras *pagaré internacional (Convención de la CNUDMI)* (art. 1o.).

30 Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Segunda Parte-1, t. III, p. 241, AD 336/89, Ignacio Mendoza Rodríguez, 14 de junio de 1989, unanimidad de votos. Ponente: Carlos Hidalgo Rie... Secretario: Jorge Quezada Mendoza.

31 SJF, Tribunales Colegiados de Circuito, t. IV, diciembre de 1996, tesis VI.3o.42 C, p. 472, AD 51... Casa de Cambio Puebla S.A. de C.V., 24 de octubre de 1996, unanimidad de votos. Ponente: J... Manuel Marroquín Zaleta. Secretaria: María Guadalupe Herrera Calderón.

32 En términos similares se regula en la *Ley de Ginebra* sobre letras de cambio (art. 79).

Se trata de un elemento formal con el que seguramente UNCITRAL quiso destacar que se trataba de un título de crédito regido por un ordenamiento internacional. No se exigió que todo título tuviera la frase denominativa, sino sólo en el caso de que su circulación fuese internacional.[33] Éste fue de los primeros casos en que la aplicación de una convención internacional estuvo sujeta a la voluntad de un particular.

15.6. Capacidad en el derecho cambiario

En términos generales, la capacidad de las personas físicas se regula por la ley del domicilio de éstas (acorde con el *CCFed*); no obstante, en el caso de los títulos de crédito la ley mexicana posee disposiciones especiales, tanto en el nivel convencional internacional como en el plano interno, como veremos a continuación.

a) Regulación convencional internacional

En el ámbito convencional internacional, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, establece:

> **Artículo 1o.** La capacidad para obligarse mediante una letra de cambio se rige por la ley del lugar donde la obligación ha sido contraída. Sin embargo, si la obligación hubiere sido contraída por quien fuere incapaz según dicha ley, tal incapacidad no prevalecerá en el territorio de cualquier otro Estado Parte en esta Convención cuya ley considerare válida la obligación".

El primer párrafo establece una regla diferente de la de otros convenios o de la ley interna para regular la capacidad de las personas físicas o morales (que normalmente es la ley del domicilio, en el caso de personas físicas, o la del lugar de la constitución en el caso de las personas morales), pues vincula la capacidad con la *ley del lugar donde la obligación crediticia se contrajo*. Esta ley vincula tanto a la letra de cambio como al pagaré, al que se hace extensiva la conexión.

Nótese que la capacidad se deslinda de la ley domiciliaria para darle certeza al acreedor de que el acto que está realizando sólo se regirá, en cuanto a la capacidad de las partes, por la ley de celebración del negocio jurídico.

El segundo párrafo de la Convención rememora el famoso caso del mexicano Lizardi, que siendo incapaz conforme a la ley mexicana, contrató en Francia, donde se consideró válida la operación y dio lugar a lo que actualmente es la llamada teoría

33 Así se advierte, a la vez, por el Consejo Nacional del Notariado italiano, Consiglio Nazionale del Notariato, "I titoli di credito nel nuovo sistema di diritto internazionale privato", *op. cit.*

del *interés nacional*[34] que, como se advierte, ha sido llevada a la regulación conv
cional internacional sobre los títulos de crédito, por lo que al hacerse presente e
teoría resalta el *favore negotii*. De esta forma, aunque en la ley del lugar en que
hubiese expedido la letra de cambio o el pagaré la persona fuese incapaz, tal incap
cidad no será reconocida en el lugar donde su ley lo estime capaz.

b) Regulación interna

Por otro lado, en la legislación interna la *LTOC* prescribe:

> **Artículo 252.** La capacidad para emitir en el extranjero títulos de crédito o para celeb
> cualquiera de los actos que en ellos se consignen, será determinada conforme a la ley
> país en que se emita el título o se celebre el acto.
>
> La ley mexicana regirá la capacidad de los extranjeros para emitir títulos o para ce
> brar cualquiera de los actos que en ellos se consignen, dentro del territorio de
> República.

El primer párrafo de esta disposición es semejante, en significado, al que prevé
derecho convencional internacional, aunque sólo está referido al caso en que el tít
lo sea emitido en el extranjero, pues cuando sea emitido en México la ley aplicab
será la que establezca el ordenamiento mexicano. No obstante, aquí se presenta u
problema.

Cuando este texto de la *LTOC* fue redactado, el sistema establecido en el *CC*
indicaba como ordenamiento aplicable la *lex fori*, esto es, siempre se aplicaría la l
mexicana. Sin embargo, cuando en 1988 se reformó el *CCFed* se vinculó la capacid
con la ley domiciliar, pero en el ámbito de los títulos de crédito la norma de confl
to establece que si el título se expide en el extranjero, será la ley del lugar de expe
ción la que regule la capacidad y no la ley domiciliar.

En contraste con lo que prevé el derecho convencional internacional, la ley int
na mexicana no acoge la teoría del interés nacional, seguramente porque el conven
internacional no estaba vigente para México en el momento en que se adoptó
LTOC, ni esta ley ha incorporado con posterioridad esa doctrina, aunque existe
la de otros países.

Cuando se trata de extranjeros que expidan títulos de crédito, su capacidad
rige por la ley domiciliar, ya que la ley mexicana así lo dispone. En la época en q
esta disposición tenía una interpretación territorialista, se resolvió el caso Lizardi,

34 La jurisprudencia francesa en el siglo XIX (1861) resolvió el caso de este mexicano residente en F
que, siendo menor de acuerdo con la ley de su nacionalidad (según la ley mexicana la mayor
edad se alcanzaba a los 25 años de edad), era mayor de edad y capaz de contratar según la ley f
sina (que se conformaba con 21). Este caso es famoso porque a partir de entonces se desarro
teoría y luego la ley de diversos países acerca del *interés nacional*, lo que orientó a sus legisla
hacia el *favore negotti*.

En lo que toca a las personas morales extranjeras, los tribunales judiciales han resuelto diversos casos en los que se ha discutido su capacidad, cuando una sociedad ha pretendido cobrar o expedir un título sin haber estado registradas en México como comerciantes. En estos casos, los tribunales han resuelto que aun cuando el título de crédito es un acto de comercio, el solo acto de expedir el título por una persona moral no implica que ejerza el comercio en los términos que indica el art. 251 de la *Ley de Sociedades Mercantiles*,[35] especialmente si el título no se suscribió en nuestro país y aun cuando se hubiera convenido que el pago sería en México.[36] De cualquier forma, a las personas morales también les es aplicable la regla que indica que su capacidad para emitir un título de crédito se regula por la ley del lugar de emisión, no por la del lugar de la constitución de la empresa.

15.7. Fondo o contenido del título de crédito

El negocio principal derivado del título de crédito está referido a los derechos y obligaciones resultantes del mismo, es decir, lo que algún sector doctrinario llama *efectos que produce el título de crédito*. Este supuesto incluye la obligación de pago. Se trata del fondo mismo que se establece en el documento y que se encuentra acogido en el sistema jurídico mexicano tanto en disposiciones de derecho convencional internacional como interno, pudiendo estudiarse bajo el epígrafe de la *obligación cambiaria*: "la entrega de una cosa presente por otra futura".[37]

A diferencia de otros documentos, la penetración de los títulos de crédito en las relaciones internacionales ha sido más fácil debido a la caracterización que los estima como abstractos y que, de alguna forma, ha sido vista como autonomía,[38] al menos al desligarse todo lo posible de la razón que les da origen (la acción causal).[39]

35 Véase el capítulo sobre personas morales. El art. 251 de la *Ley de Sociedades Mercantiles* establece que "las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro".

36 Tercera Sala, Octava Época, tesis J/3a.46 (32/89). Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, t-XII, agosto, p. 502, AD 166/91, Raúl Paz y Puente Lavalle, 30 de abril de 1992, unanimidad de votos. Ponente: Héctor A. Arias Murueta. Secretario: Alejandro García Gómez. Tercera Sala, Séptima Época, Cuarta Parte, vol. LVVI, p. 45, AD 44/71, Mariscos Tropicales S.A., 25 de noviembre de 1974, cinco votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas. Secretario: Sergio Torres Eyras. Tercera Sala, Séptima Época, Cuarta Parte, vol. LVVI, p. 44, AD 44/71, Mariscos Tropicales S.A., 25 de noviembre de 1974, cinco votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

37 José Gómez Gordoa, *Títulos de crédito*, 8a. ed., Porrúa, México, 2003, p. 4.

38 Al menos así se percibe cuando se examina su origen y evolución a lo largo de la historia. Pedro Alfonso Labariega, "Devenir histórico del derecho cambiario", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, núm 112, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, enero-abril de 2005.

39 La autonomía significa que el derecho establecido en el documento es independiente de la transacción que le dio origen o existencia al instrumento. Sthephen Zamora *et al.*, *Mexican Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2005, p. 543.

A este fenómeno suele llamársele *autonomía cambiaria internacional* y a su re
ción nos referimos en seguida.

a) Regulación convencional internacional

En el ámbito convencional internacional, especialmente en la Convención Intera
ricana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Fact
se establece:

> **Artículo 3o.** [...] Todas las obligaciones resultantes de una letra de cambio se rigen p
> ley del lugar donde hubieren sido contraídas.
> **Artículo 4o.** Si una o más obligaciones contraídas en una letra de cambio fueren inva
> según la ley aplicable conforme a los artículos anteriores, dicha invalidez no afec
> aquellas otras obligaciones válidamente contraídas de acuerdo con la ley del lugar d
> hayan sido suscritas.
> **Artículo 5o.** Para los efectos de esta Convención, cuando una letra de cambio no indi
> el lugar en que se hubiere contraído una obligación cambiaria, ésta se regirá por la le
> lugar donde la letra deba ser pagada, y si éste no constare, por la del lugar de su emisió

Las disposiciones transcritas constituyen un sistema conflictual bien diseñado e
que se prevén los puntos de conexión subsidiarios más relevantes; sin embargo,
se refieren a la letra de cambio, cuya regulación se vincula con la ley del lugar dond
contrajo la obligación (*locus regit actum*), pero la disposición se hace extensiva
pagaré (art. 9o.).[40] En realidad, el ordenamiento aplicable no sólo es el del lu
donde el aceptante firma la letra, sino también, el del lugar donde el aval la suscri
por lo que el aceptante puede firmar en un lugar y el aval en otro. Por ello
Convención alude al lugar donde la obligación fue suscrita (en realidad, fue emi
da), lo que supone diversos lugares cuando la obligación ha sido contraída por vari
personas en diferentes países.

En caso de que alguna de las diversas obligaciones contenidas en el título fu
nula, ello no significa que todo el documento deba ser invalidado, por lo que debe
reconocerse la validez de la obligación válida, esto es, se admite el reconocimien

40 Aunque México no es Estado parte de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes
Materia de Cheques, que es una convención complementaria celebrada en la misma fecha qu
Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagar
Facturas, en ella se establece que en cuanto a los cheques se aplicarán las reglas especiales y co
plementarias siguientes: La ley del Estado parte en que el cheque debe pagarse determina: *a*) El
mino de presentación; *b*) Si puede ser aceptado, cruzado, certificado o confirmado, y los efecto
esas operaciones; *c*) Los derechos del tenedor sobre la provisión de fondos y su naturaleza; *d*)
derechos del girador para revocar el cheque u oponerse al pago; *e*) La necesidad del protesto u
acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el girador u otros obligad
f) Las demás situaciones referentes a las modalidades del cheque (art. 1o.).

parcial. Así por ejemplo, si la obligación del aval es nula, eso no significa la nulidad de la letra.

La Convención también resuelve un problema del que se habían quejado los negociadores de la misma y que consistió en que en algunas ocasiones no se llegaba a consignar en la letra de cambio, el pagaré o la factura, el lugar donde se había contraído la obligación (el lugar donde se firmó), por tanto, no se podía saber cuál sería la ley aplicable. Por esta situación, se aclaró en la Convención de acuerdo con la disposición que prevé que si el lugar no se indica en el documento, entonces la ley aplicable será la del *lugar de pago* y, como foro residual, el *lugar de la emisión,* conexión de la creación del título que normalmente es la misma que la del lugar de celebración.[41]

Un trato similar puede dársele a las acciones de regreso o a la aceptación de obligaciones, ya que también se trata de obligaciones.[42] Sin embargo, aquí es importante hacer algunas precisiones. Cuando nos referimos a las acciones de aceptación o de regreso, en la primera se implica, en la práctica, un testimonio público notarial, de corredor o de autoridad local para que pueda servir en juicio. Ese testimonio será regido conforme a la ley del lugar donde se realice. En el caso del segundo, la acción de regreso tiene como base la aceptación o la falta de ésta y su ejercicio deberá ser reconocido por los tribunales, que de estar previsto en su legislación, como en el caso de México (art. 150 y ss., *LGTOC*) se someterá, para su ejercicio, a la *lex fori*. Lo mismo en el supuesto de que el girado o el aceptante fueran declarados en concurso o en quiebra.

Hay un aspecto de importancia sobre el que ha centrado la atención el Consejo del Notariado Italiano. Se trata de la palabra *emisión*, que se encuentra en la ley cuando se refiere al lugar de emisión. El Consejo afirma que su significado plantea problemas, ya que no es lo mismo emitir que crear. Sostiene que mientras la creación se produce cuando se perfecciona la obligación, la emisión se materializa en la primera transmisión por el creador al primer tomador. En el documento también se sostiene que mientras la creación es fuente del débito, la emisión es fuente del crédito. Una y otra pueden darse en lugares diferentes. Ahora bien, la razón de esta interesante y llamativa cuestión reside en que en la ley de DIPr italiana se establece que la ley aplicable al título será la del lugar de emisión (expresión lingüística que también acoge nuestra ley), pero que en el caso de las obligaciones distintas de la obligación principal, éstas se rigen por la ley del lugar donde se contrae la obligación.[43]

41 Una resolución mexicana indicó que acorde con la ley mexicana no es necesario que se incluya el lugar en que se otorga. AD 891/94, Josefina Flores Espinoza, 10 de noviembre de 1994, unanimidad de votos. Ponente: Francisco José Domínguez Ramírez. Secretario: Francisco Miguel Padilla Gómez.

42 En sentido diverso, la Convención de Ginebra en estos casos refiere a la ley del lugar donde el título se crea, pero esta dirección no existe en la Convención Interamericana.

43 Consiglio Nazionale del Notariato, "I titoli di credito nel nuovo sistema di diritto internazionale Privato" *op. cit.*

La distinción apuntada (creación y emisión) es de gran trascendencia, pues creación implica "redacción y firma", en tanto que la emisión implica "redacción firma y puesta en circulación", por cuanto existe la posibilidad de crear un documento en el extranjero y que se emita en México. En este caso, la Convención Interamericana atiende al lugar donde la obligación se contrajo.

b) Regulación interna

En la regulación mexicana, la LTOC establece reglas que no sólo se refieren a la letra de cambio o al pagaré, sino a todo tipo de títulos de crédito, a los que se vincula a la ley del lugar de su emisión o de su celebración. En efecto, la disposición local prescribe:

> **Artículo 253.** Las condiciones esenciales para la validez de un título de crédito emitido en el extranjero y de los actos consignados en él, se determinan por la ley del lugar en que el título se emite o el acto se celebra.
>
> Sin embargo, los títulos que deban pagarse en México, son válidos si llenan los requisitos prescritos por la ley mexicana, aun cuando sean irregulares, conforme a la ley del lugar en que se emitieron o se consignó en ellos algún acto.

A diferencia de lo que establece el derecho convencional internacional, que presupone un lugar de celebración diverso del lugar de emisión, la ley interna resulta un tanto confusa ya que alude al lugar donde se emite o se celebra que, como vimos, tienen significados diferentes. Supone, entonces, conexiones alternativas y, en caso de duda, resultará aceptable recurrir al principio *favore negotii*.

Cabe agregar que en el primer párrafo del citado art. 253 se regula el fondo del título conforme a las leyes del lugar donde se emite o celebra el acto, describiendo este fondo como el referido a "las condiciones esenciales para la validez del título o de los actos consignados en él".

En ese mismo párrafo se establece que la ley aplicable será la del lugar en que el título se emite o se celebra, disposición que no sólo regula al título en sí, sino también a "los actos consignados en él". Esto es, en las cuestiones relativas al vencimiento (incluso el anticipado), como la posibilidad de un pago parcial, el orden en que han de pagarse, la oposición al pago, el efecto del cheque cruzado, etc., también son regulados por la ley del lugar de emisión o celebración. El problema que aquí se presenta es que la expresión *los actos consignados en él* se entiende como actos regidos por la ley en que se emiten o se celebran, pudiendo celebrarse y emitirse en diferentes países, en los que se deberá aplicar una ley distinta de la del lugar de celebración del documento principal. Con lo anterior se rompe con el principio que constituye uno de los ejes principales del derecho cambiario, de ahí que, en nuestra opinión, la interpretación debe ser en sentido positivo al aceptar el principio del lugar de celebración o el de emisión de esos actos consignados en el título, ya que ello contribuye a una mayor certeza y seguridad de títulos que circulan internacionalmente, todo sobre base del *favore negotii*.

El segundo párrafo acepta la validez del título si ha de pagarse en México, incluso con los requisitos que prevé la ley mexicana (que pueden ser distintos de los previstos en la ley de su creación o de su emisión), aun cuando conforme al derecho extranjero sea estimado irregular. En este caso el problema es de definición: ¿qué es o debe entenderse por *título irregular*? Puede la irregularidad ser calificada conforme al derecho extranjero, ya que según la norma de conflicto mexicana, "aun cuando sean irregulares, conforme a la ley del lugar en que se emitieron o se consignó en ellos algún acto". Es decir, dicha irregularidad deberá ser revisada conforme a esas leyes. Interpretada en un sentido amplio como lo hemos propuesto, la disposición parece referirse únicamente a las condiciones esenciales del documento y no a las accesorias, pero ya que es una regla de conflicto que debe interpretarse con mayor libertad, pueden incluirse las accesorias, por no haber en el sistema mexicano otra regla que las regule. Por lo que se refiere específicamente a las *condiciones esenciales del título*. La irregularidad, por tanto, no está referida a los llamados *endosos irregulares* o a los casos de transmisión, legitimación o garantía, sino al título mismo. La disposición puede comprender la falta de alguno de los elementos esenciales que debe contener el título,[44] aunque su texto no está bien definido.[45] Desafortunadamente, ni la doctrina ni los precedentes judiciales se han encargado de aclarar esta diferencia.[46]

c) La moneda pactada

En el mismo tema del fondo regulador del título de crédito, los tribunales han resuelto algunos casos relacionados con la moneda extranjera. Sobre el particular se ha afirmado que el hecho de que se pacte en el título con moneda diversa de la mexicana no pugna con el art. 8o. de la *Ley Monetaria* y tampoco anula el título de crédito.

---

44 La Convención de CNUDMI alude, por ejemplo, a la letra incompleta (art. 42).

45 En cierta forma aborda esta irregularidad, aunque sin relacionarse con la disposición que comentamos, Joaquín Rodríguez Rodríguez, *Derecho mercantil*, *op. cit.*, p. 372.

46 Seamos un tanto reiterativos, ya que el segundo párrafo del texto no es muy claro: cuando el título haya de pagarse en México, rige la ley mexicana aun cuando el título "sea irregular" conforme a la ley del lugar donde se emitió el título o se consignó el acto en él. Si bien se trata de la aplicación del principio *favore negotti*, el problema que se presenta es doble: ¿a qué irregularidad se refiere la ley? Según el contenido de la disposición puede tratarse de una irregularidad en una de las condiciones esenciales para la validez del título. Las condiciones esenciales para la celebración de un acto se cumplen o no se cumplen; no son admisibles en ellas "irregularidades", y en el supuesto caso de que fueran admitidas —y aquí la segunda cuestión— quién determina el grado de "irregularidad" para decidir o no sobre la validez del acto. Lo lógico es que sea la ley del lugar donde se emitió el título o se celebraron los actos consignados en él la que determine si el título existe jurídicamente o es anulable debido a esas irregularidades que plantea la ley mexicana. Dicho en otras palabras, se trata del reconocimiento de la aplicación de una ley extranjera cuando el espíritu de la disposición es que se aplique ley mexicana. Pero lo importante es destacar que si el juez mexicano sigue este razonamiento aplicará la ley extranjera "como lo haría el juez extranjero correspondiente" (art. 14, fracc. I, CCFed) y decidirá conforme a esa ley si las "irregularidades" anulan o no al acto, porque no sería lógico aplicar una ley a la creación del acto y no resolver conforme a esta misma ley qué es lo que entiende por *irregularidades*. Sin embargo, como veremos en el art. **258**, el legislador insiste en un razonamiento contrario.

Por lo que corresponde al deudor, éste puede optar por pagar con moneda mex
na al tipo de cambio[47] en el momento del cumplimiento de la obligación. Insistir
en que el pacto en moneda extranjera no anula el título de crédito.

En este sentido, la *Ley de Ginebra* sobre la letra de cambio resulta similar al prescri

> **Artículo 41.** Cuando se libra una letra de cambio pagadera en moneda que no ten
> curso en el lugar del pago, el importe de aquélla podrá pagarse en la moneda del país c
> arreglo a su valor en la fecha del vencimiento. Si el deudor retrasa el pago, el tened
> podrá pedir, a su elección, que el importe de la letra de cambio le sea pagado en la mon
> da del país, según el cambio de la fecha del vencimiento o según el día del pago.
>
> [...] Las reglas antes enunciadas no se aplicarán al caso de que el librador haya est
> pulado que el pago habrá de hacerse en determinada moneda (cláusula de pago efecti
> en una moneda extranjera), salvo la facultad que corresponde al gobierno de suspend
> los efectos de esta cláusula en circunstancias excepcionales.
>
> Cuando el importe de la letra de cambio se haya indicado en una moneda que ten
> la misma denominación, pero diferente valor en el país de emisión que en el país
> pago, se presumirá que la moneda expresada es la del lugar del pago.

d) Convención de CNUDMI o UNCITRAL

La Convención de CNUDMI que, como decíamos, no ha entrado en vigor, regula l
elementos esenciales o de fondo uniformemente. Es importante recordarlos, así s
brevemente, porque se trata de propuestas producto de amplias discusiones en
miembros del comercio y, por tanto, se definen nuevos conceptos y otros se afina
La Convención establece, entre otras reglas:

- En caso de discrepancia entre el importe expresado en letras y el expresa
  en cifras, la suma pagadera por el título será la expresada en letras.
- Cuando el importe esté expresado más de una vez en letras y hay discrepa
  cia, el importe pagadero será el menor. Se aplicará la misma regla si el impo
  te está expresado más de una vez sólo en cifras y hay discrepancia.

47 *SJF*, Quinta Época, Tercera Sala, t. LV, p. 1623, AD 5424/1936, Sec. 2a. Sánchez Vda. de Fuente María
de febrero de 1938. Unanimidad de 5 votos; *SJF*, Sexta Época, Tercera Sala, vol. XLI, p. 131, AD 7122/
Estela Sánchez de Arias. 7 de noviembre de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José López Lira;
Sexta Época, Tercera Sala, vol. XLIV, p. 133, AD 5280/60. Salvador Madrigal Moreno y coags. 24 de feb
ro de 1961. Unanimidad de 4 votos. Ponente: José López Lira; *SJF*, Sexta Época, Tercera Sala, vol. XL
p. 182, AD 7688/960/2a. Salvador Madrigal Moreno y coag. 26 de junio de 1961. Cinco votos. S
Época, *SJF*, Tercera Sala, vol. LI, p. 103, AD 8350/60. Lomas del Valle, S. A. y Albergues Marítimos
21 de septiembre de 1961. Cinco votos. Ponente: José Castro Estrada; *SJF*, Sexta Época, Tercera Sala,
LVI, p. 75, AD 922/961/2a. Salvador Madrigal Segura y coag. 14 de febrero de 1962. Cinco votos. Pon
Gabriel García Rojas; *SJF*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. II, Segunda Pa
p. 589, AD 2414/88. Nueve Hoyos en el Cielo S. A. 22 de septiembre de 1988. Unanimidad de
Ponente: Carlos Villegas Vázquez. Secretario: Alejandro Villagómez Gordillo; *SJF*, Séptima
Tercera Sala, vol. 151-156, Cuarta Parte, p. 225, AD 4323/80. La Picuda S. A. 3 de agosto de
Unanimidad de 4 votos. Ponente: J. Alfonso Abitia Arzapalo. Secretaria: Gilda Rincón Orta.

- Cuando el importe esté expresado en una moneda que tenga determinación idéntica a la de por lo menos otro Estado distinto del Estado en que haya de efectuarse el pago, y la moneda especificada no se identifique como la de Estado alguno, se considerará que esa moneda es la del Estado en el cual ha de efectuarse el pago.
- Cuando un título indica que el importe devengará intereses sin especificar la fecha en que comenzarán a correr, los intereses correrán a partir de la fecha del título.
- La estipulación de que el importe ha de devengar intereses, inserta en un título, se tendrá por no escrita a menos que se indique el tipo de interés que ha de pagarse.
- El tipo de interés que ha de pagarse podrá ser fijo o variable. Para que un tipo de interés variable sea admisible a estos efectos, tendrá que variar en relación con uno o más tipos de referencia de conformidad con cláusulas estipuladas en el título, y cada uno de esos tipos deberá estar publicado o ser de otra manera de conocimiento público, y no podrá estar sujeto directa ni indirectamente a determinación unilateral por parte de una persona cuyo nombre aparezca en el título en el momento en que se libra la letra o se suscribe el pagaré, a menos que la persona se mencione solamente en las disposiciones sobre determinación de tipos de referencia.
- Si el tipo de interés pagadero ha de ser variable, podrá estipularse expresamente en el título que no será más alto ni más bajo que uno especificado, o que las variaciones podrán limitarse de cualquier otra forma.
- Si un tipo de interés variable no cumpliese los requisitos previstos en el sexto párrafo de esta lista o si por cualquier motivo no fuese posible determinar su valor numérico respecto de algún periodo, el tipo de interés pagadero durante ese periodo se calculará con arreglo a lo previsto en la Convención (art. 8o.).

Como se advierte, se trata de reglas uniformes de derecho convencional internacional. Aunque el convenio no se aplica por ahora, sirve como ejemplo de lo que en derecho interno podría hacerse.

15.8. Prescripción y caducidad del título de crédito

Entre los medios extintivos de los derechos y obligaciones derivados de un título de crédito están la prescripción y la caducidad. Mientras la primera es un medio que se refiere a la acción cambiaria directa derivada de la inactividad del titular del documento, la caducidad está referida a la acción de regreso del último tenedor contra los demás obligados cambiarios. Por otro lado, se establece que la prescripción se contará desde la fecha de vencimiento de la letra, mientras que en el caso de la caducidad

el plazo resulta más estrecho (art. 16). Para ambos supuestos normativos la *LTOC* introduce (art. 258) algunas normas conflictuales especiales cuando establece: "Se aplicarán las leyes mexicanas sobre prescripción y caducidad de las acciones derivadas de un título de crédito, aun cuando haya sido emitido en el extranjero, si la acción respectiva se somete al conocimiento de los tribunales mexicanos."

Como puede observarse, en este caso el legislador mexicano adopta una posición territorialista al ordenar que a pesar de que el título de crédito se hubiese otorgado en el extranjero y aun cuando sus elementos esenciales estén regulados por el derecho extranjero (su fondo o contenido), de cualquier manera la caducidad y la prescripción se regulan por la ley mexicana si el asunto es llevado a tribunales locales.

Luis Pérez Verdía opinaba que la ley aplicable debía ser la misma bajo cuyo imperio surgió la obligación (la que regula el fondo o sustancia del título),[48] opinión que compartimos. En efecto, el hecho es que el legislador desmembró la regulación sustantiva o de fondo de un título de crédito, pues mientras ésta se rige por una ley, la prescripción y la caducidad se rigen por otra (la ley local). Esto tal vez se pudiera entender si la prescripción o la caducidad fuesen instituciones que se calificaran como aspectos o situaciones procesales o que no estuvieran relacionadas con los elementos sustantivos y esenciales del título, pero no es así. En la caducidad y en la prescripción se trata de cuestiones propiamente sustantivas, pues se refieren a la pérdida del derecho subjetivo. Es el derecho sustantivo a ejercer el derecho de cobrar lo pactado en el título. No es razonable[49] que una parte del derecho sustantivo esté regulado por una ley y, otra, por una distinta.

El enfoque territorialista que declara aplicables las leyes mexicanas puede dar como resultado que las acciones prescritas o caducas conforme a la ley de creación del título sean sancionadas de acuerdo con la ley mexicana. Éste seguramente fue un recurso del legislador para declarar aplicables las leyes mexicanas que el juez conoce, independientemente del régimen de prescripciones y caducidades del derecho de origen del título, que pueden coincidir con el derecho mexicano. Sin embargo, al aplicar el juez mexicano su derecho tendrá necesariamente que recurrir a la ley extranjera que le indique que se encuentra precisamente bajo un régimen de prescripciones y caducidades y hacer un esfuerzo de calificación como se lo manda el *CCFed* (art. 14.I).

15.9. Circulación del título de crédito

La vocación internacional de los títulos de crédito, desde su aparición en la Edad Media, ha dado lugar a su libre circulación en todo el mundo. El endoso, que aun cuando históricamente fue más tardío, reforzó su internacionalidad y libre circulación

48 Luis Pérez Verdía explicaba que podía ser examinada de acuerdo con dos contratos: el contrato cambio y el de mandato. Luis Pérez Verdía, *Tratado elemental de derecho internacional privado*, *cit.*, p. 267.

49 Según la teoría del razonamiento jurídico.

Desde entonces, aunque con tropiezos, los títulos de crédito han circulado en el comercio internacional. A lo anterior también ha contribuido, en cierta forma, la independencia del título de crédito respecto de la causa que le dio origen, así como la posibilidad de que no sólo circule a la orden, sino también al portador. Los argumentos personales o de causa han desaparecido.

A diferencia de la resolución judicial a que nos referimos líneas arriba, según la cual un Tribunal Colegiado de Circuito anuló un título, con el pretexto de que se había girado en México por no haberse acatado la forma establecida en la ley mexicana, a pesar de que el banco era extranjero, se trató de una resolución que impidió la libre circulación del título.[50] En otra resolución, de distinto Tribunal Colegiado de Circuito, se entendió el sentido de lo que es la circulación de un título de crédito, la cual en el siglo XIX se llamó el *contrato de cambio trayecticio*. En este otro caso, se resolvió que aun cuando el banco contra el que se gira el cheque se encuentre en el extranjero, incluso si el cheque es de ese banco, no se requiere demostrar el derecho extranjero (aparentemente para demostrar la existencia del banco y la validez de sus cheques), pero que si,

> al haberse endosado el documento en territorio mexicano y haber circulado en éste, es claro que la falta de pago posterior atenta contra la confianza que el público nacional debe tener en cuanto a la circulación de los cheques y contra los fines señalados en la exposición de motivos de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, como fueron los referentes *a facilitar las relaciones económicas internacionales para asegurar la mayor posibilidad de circulación de títulos, para obtener mediante los mismos la máxima movilización de riqueza compatible con un régimen de seguridad, para fomentar la circulación de títulos de crédito y para garantizar al tenedor de buena fe, los derechos de la relación fundamental que le dio origen*.[51] (Las cursivas son nuestras.)

Otra resolución que pone de relieve la importancia del título en las relaciones internacionales, bastante similar en su *ratio decidendi* a la anterior, sostuvo que

> lo que el legislador trató de evitar no fue la realización de todo acto de comercio en la república por las sociedades extranjeras, sino de establecer medios de control de la actividad de éstas cuando pretendan ejercer el comercio de manera permanente dentro del territorio nacional, lo que no sucede por el hecho de endosar un título de crédito y, por otra parte, aceptar el criterio contrario implicaría obligar al promovente que reclama el pago de un título de crédito que ha sido endosado por diversas sociedades a acreditar la existencia legal de cada una de ellas y, en su caso, la capacidad legal de las mismas para realizar actos de comercio, lo que pugnaría no sólo con el espíritu de la Ley General de Títulos y

50 Esta resolución es la citada en la nota 31 del AD 519/96, Casa de Cambio Puebla.

51 *SJF*, Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, t. XV-I, febrero, tesis XV.1o.89 C, p. 153, clave TC151089 CIV, AD 650/94. Norma Alicia Cázares Gómez. 19 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro F. Reyes Colín. Secretario: José Luis Delgado Gaytán.

> Operaciones de Crédito, sino con el texto expreso de su artículo 39, que constituye una norma especial de aplicación preferente a las disposiciones generales, dado que *dicho ordenamiento dotó a los títulos de crédito de características propias a efecto de conferirles las mayores facilidades de transmisión, de rapidez y ejecutividad de las acciones concedidas al tenedor que buscan precisamente, dar mayor agilidad a la circulación de dichos documentos*; por lo que basta con que se demuestre que el endoso cumple con los requisitos que la ley de la materia establece para que el endosatario pueda acudir ante los tribunales a reclamar el pago del documento respectivo, sin importar la calidad legal de la endosante, es decir sin tener en cuenta la nacionalidad de ésta.[52] (Las cursivas son nuestras.)

Otro elemento importante relacionado con la circulación del documento se refiere a la legal estancia en el país del tenedor de ese documento, por lo que, aun cuando hubiese ingresado en territorio nacional al margen de la ley, la circulación del título debe garantizarse. En un caso relacionado con este punto se cuestionó la nulidad de un título al afirmar que el girador de una letra de cambio era de nacionalidad extranjera, que no documentó su ingreso en el país y que, acorde al entonces vigente art. 5º de la *Ley de Nacionalidad y Naturalización*,[53] no podía ser aceptado. El tribunal resolvió que no es necesario acreditar la legal estancia, ni siquiera nulificar el título, ni tener que acreditar la residencia, por lo que el título era totalmente ejecutable, presuponiendo con ello la libre circulación.[54] Además, los de migración son procedimientos administrativos que en ningún momento pueden suprimir o limitar la voluntad de los contratantes.

15.10. Elección de la ley u ordenamiento aplicable

El título de crédito es un acto propio de regulación por el derecho privado (caracterizado por la dispositividad); por tanto, es legalmente posible que las personas que lo suscriban puedan elegir el derecho aplicable a su negociación, a menos que exista una disposición prohibitiva.

52 *SJF*, Octava Época, Tercera Sala, t. IV, Primera parte, tesis J/3a. 46 (32/89), p. 301, contradicción de tesis 6/88. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito y Primer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, 27 de noviembre de 1989. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Sergio Hugo Chapital Gutiérrez. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretario: Filiberto Méndez Gutiérrez. Texto de la tesis aprobado por la Tercera Sala en sesión privada del veintisiete de noviembre de mil novecientos ochenta y nueve. Unanimidad de cuatro votos de los señores ministros Presidente decano Mariano Azuela Güitrón, Jorge Carpizo MacGregor, Salvador Rocha Díaz e Ignacio Magaña Cárdenas.

53 Por esa época establecía que "las autoridades pueden exigir al extranjero la prueba plena de su nacionalidad, cuando pretenda ejercer algún derecho que se derive de su calidad de tal, debiendo rendirse dicha prueba ante la Secretaría de Relaciones Exteriores".

54 *SJF*, Tercera Sala, Quinta Época, vol. LXXII, p. 82, AD 2358/62. Roberto López Morán. 26 de junio de 1963. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rafael Rojina Villegas.

Sobre el particular, la *LTOC* presupone la posibilidad de elegir el derecho aplicable a las obligaciones derivadas del título de crédito. Aunque la redacción es un tanto confusa, esa posibilidad puede advertirse en el art. 254 de la citada ley:

> **Artículo 254.** Si no se ha pactado de modo expreso que el acto se rija por la ley mexicana, las obligaciones y los derechos que se deriven de la emisión de un título en el extranjero o de un acto consignado en él, si el título debe ser pagado total o parcialmente en la República, se regirá por la ley del lugar del otorgamiento, siempre que no sea contraria a las leyes mexicanas de orden público.

De esta disposición se advierte que si no se ha pactado el derecho aplicable, éste será el mexicano, aunque sólo en cuanto al fondo del negocio ("las obligaciones y los derechos que se deriven de la emisión de un título"), no al relacionado con la forma o la capacidad.

También se puede entender del citado texto que se refiere a los títulos emitidos en el extranjero, siempre que deba pagarse en territorio mexicano la totalidad o parte de la suma pactada.

Lo que no aparece en forma textual o literal en esta disposición es la posibilidad de que el girador y el destinatario de un título expedido en México puedan elegir el extranjero como derecho aplicable. Esta posibilidad puede desprenderse de las reglas generales que regulan la autonomía de la voluntad,[55] así como de la ausencia de disposición prohibitiva.

Por último, el texto consigna la excepción de inaplicabilidad del derecho extranjero cuando pugne con el orden público, excepción que también se encuentra prevista en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas (art. 11), disposición que se reitera en el *CCFed*, supletorio en materia mercantil.

15.11. Garantía real del título

Aunque en otro capítulo nos referimos a las garantías reales (capítulo14), algunos elementos de éstas se extienden a títulos de crédito cuyo pago está garantizado con algún derecho real. Sobre el particular la *LTOC* establece:

> **Artículo 255.** Los títulos garantizados con algún derecho real sobre los inmuebles ubicados en la República, se regirán por la ley mexicana en todo lo que se refiere a la garantía.

55 De acuerdo con el art. 78 del *CCom:* "En las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados."

De esta disposición se desprende que si el título se encuentra garantizado con al derecho real, como en el caso de las garantías hipotecarias o prendarias, la ley apli ble será la de la ubicación del inmueble o el mueble, siempre que éste se encue en territorio mexicano.

No obstante, el texto de la disposición citada presenta algunas dudas: ¿todo título estará regulado por la *lex rei sitae*, que en este caso sería la *lex fori*?, o ¿el tít continuará regulado por el derecho que le es aplicable, según las reglas que he comentado (autonomía conflictual), y sólo la garantía será regulada por la *lex sitae*?

La primera interpretación anula todos los esfuerzos de reglamentar la ley aplic ble en forma armónica en el contexto internacional, pues al final de cuentas sólo aplicaría un criterio esencialmente territorial (*lex rei sitae*). En cambio, en la seg da, la *lex rei sitae* únicamente sería aplicable en aquellos aspectos relacionados co garantía hipotecaria.

La primera interpretación es más territorialista que cualquiera otra establec en tratados internacionales y disposiciones de derecho interno, pues también co fundiríamos derechos personales con derechos reales. Si escogemos la segunda in pretación (más ponderada), aseguraremos la autonomía conflictual (la legislativ para los títulos de crédito, ya que estaremos deslindando derechos personales de dito —la creación y emisión del título— respecto de derechos reales, los propios garantía vinculada al inmueble. Se trata de supuestos diversos que requieren reglamentación diferente. La confusión podría originarse en la repudiada costum que existe de atraer al derecho real relaciones estrictamente personales.

En realidad, la interpretación que atribuimos al texto transcrito, a pesar de confuso de su redacción, es la que corresponde a la segunda hipótesis interpretativa que el citado texto pone énfasis al afirmar que la ley aplicable al título al que co ya una garantía real será "todo lo que se refiere a la garantía", esto es, la *lex situs* se relaciona con el derecho real, no con el título, con la garantía real. La regulac de la garantía real goza de una interpretación autónoma, que explicaremos en capítulo siguiente.

15.12. Plazos y formalidades en el derecho cambiario

Los plazos y procedimientos relacionados con el título de crédito suelen estar re lados en forma similar tanto en el derecho interno como en el convencional internac nal. En este último, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, prescribe: "Los procedimiento plazos para la aceptación, el pago y el protesto, se someten a la ley del lugar en dichos actos se realicen o deban realizarse" (art. 6o.).

Con un texto casi idéntico en el derecho interno, la LTOC establece: "Los plaz formalidades para la presentación, el pago y el protesto del título se regirán por l del lugar en que tales actos deban practicarse" (art. 256).

Aunque ambos textos se refieren al pago y al protesto, difieren en que mientras en el texto internacional se alude a la aceptación del título, en la ley interna se alude a su presentación. A la vez, en tales supuestos la ley aplicable es la del lugar en que dichos actos se realicen o deban realizarse.

En el caso del cheque, la LTOC (que adopta lo previsto en el art. 29 de la *Ley Uniforme de Ginebra* sobre el cheque) establece algunas reglas especiales relacionadas con el plazo para su presentación al cobro:

> **Artículo 181.** Los cheques deberán presentarse para su pago:
> I. Dentro de los quince días naturales que sigan al de su fecha, si fueren pagaderos en el mismo lugar de su expedición;
> II. Dentro de un mes, si fueren expedidos y pagaderos en diversos lugares del territorio nacional;
> III. Dentro de tres meses, si fueren expedidos en el extranjero y pagaderos en el territorio nacional; y
> IV. Dentro de tres meses, si fueren expedidos dentro del territorio nacional para ser pagaderos en el extranjero, siempre que no fijen otro plazo las leyes del lugar de presentación.

No se trata de normas conflictuales sino materiales especiales para los cheques las que establecen los plazos señalados, y aunque la última fracción alude al derecho extranjero, el hecho es que la regulación local se impone sobre la extranjera, pues se trata de una disposición material del derecho mexicano aun cuando tenga que pagarse en el extranjero.

15.13. Medidas en casos de pérdida o destrucción del título de crédito

La incorporación es una característica de los títulos de crédito, de manera que si el título no se presenta, no se paga. De igual forma, la literalidad precisa el monto que se va a pagar, por lo que en los casos de pérdida o destrucción de un título de crédito, la facultad para poder cobrarlo parecería perderse, lo que la ley evita pues establece algunas disposiciones conflictuales orientadas a reponer el documento.

Conforme a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas: "La ley del Estado donde la letra de cambio deba ser pagada determina las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento." (Art. 7o.)

Aunque el texto sólo se refiere a la letra de cambio, la regulación se amplía al pagaré, por disposición de la misma Convención. En este caso, la respuesta es similar a la Convención de Ginebra.

Por su parte, la *LTOC* en forma similar regula la situación, aunque no sólo se refiere a la letra de cambio y el pagaré, sino a todos los títulos de crédito:

> **Artículo 257.** La adopción de las medidas prescritas por la ley del lugar en que un título haya sido extraviado o robado, no dispensan al interesado de tomar las medidas prescritas por la presente Ley, si el título debe ser pagado en el territorio de la República.

En ambos casos, la ley aplicable es la del lugar donde el título tuviera que pagarse, solución que Claude Belair no considera adecuada y para quien hubiese sido mejor elegir la del lugar del delito.[56]

En estos casos, la ley interna mexicana ha otorgado la competencia judicial al juez del lugar donde está el deudor principal. Luego de seguir el procedimiento especial el juez cancela el documento perdido y lo sustituye o repone por uno nuevo. Los efectos que producen la cancelación del documento original y los del nuevo provocan otros problemas en el ámbito internacional, para los que hasta ahora carecemos de respuestas en México. El mecanismo de mayor seguridad con el que contamos es la publicación de la resolución judicial en el *Diario Oficial de la Federación* y un procedimiento posterior, propio de la impugnación.

15.14. Una regulación especial: el cheque de viajero

Lo que hemos expuesto hasta ahora está referido primordialmente a la letra de cambio y al pagaré, y poco hemos mencionado el cheque, aunque las disposiciones generales aplicables a los títulos también regulan a éste.

La regulación del cheque en México también ha sido inspirada en la *Ley Uniforme de Ginebra* de 1930, por lo que nuestro país mantiene una legislación similar a la de otras naciones.

Un cheque especial es el llamado *cheque de viajero*, como también le denomina nuestra ley. Sobre el particular existe un capítulo especial en la *LTOC*. Aunque no es un título esencialmente internacional, es en este ámbito donde suele ser utilizado con cierta frecuencia por los particulares no comerciantes.

Los cheques de viajero se expiden por el librador a su propio cargo y han de pagarse por su establecimiento principal o por las sucursales o los corresponsales que tenga en territorio mexicano o en el extranjero. Los cheques de viajero se pueden poner en circulación por el librador o por las sucursales o corresponsales autorizados por ese librador (art. 202).

56 Claude Belair, "Comentarios a la Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas", *op.cit.*

En este tipo de cheques, por su alta circulación, sólo se prevé su expedición y pago. Como este último es el objeto de la operación, ya que se desea hacerlos efectivos contra cualquiera otra moneda, no importa en qué país, es importante que los distintos actos queden perfectamente separados y el pago, por su parte, podrá quedar condicionado a reglas locales en materia de control de cambios; pero esta variable sale ya del objeto de nuestro estudio.

Estos títulos, acorde con nuestra ley, solamente son nominativos y no al portador. El que pague uno de estos cheques debe verificar la autenticidad de la firma del tomador, cotejándola con la firma de éste que aparezca certificada por la persona que haya puesto los cheques en circulación (art. 203). Por su parte, el tenedor de un cheque de éstos puede presentarlo para su pago a cualquiera de las sucursales o corresponsales incluidos en la lista que al efecto proporcionará el librador, y en cualquier tiempo mientras no transcurra el plazo señalado para la prescripción (art. 204).

La falta de pago inmediato da derecho al tenedor para exigir al librador la devolución del importe del cheque de viajero y la indemnización de daños y perjuicios, que en ningún caso serán inferiores a 20% del valor del cheque no pagado (art. 205).

El corresponsal que hubiere puesto en circulación los cheques de viajero tendrá las obligaciones que corresponden al endosante y deberá rembolsar al tomador el importe de los cheques no utilizados que éste le devuelva (art. 206).

Las acciones contra el librador que certifique un cheque prescriben en seis meses a partir de la fecha en que concluya el plazo de presentación. La prescripción en este caso sólo aprovechará al librador. Las acciones contra el que expida o ponga en circulación los cheques de viajero prescriben en un año a partir de la fecha en que los cheques son puestos en circulación (art. 207).

15.15. La acción cambiaria

Los procedimientos para el cobro de un título de crédito se rigen por la ley que regula el procedimiento, que generalmente es la *lex fori*.

La caracterización de que el título de crédito entraña una acción ejecutiva[57] no es propia del derecho sustantivo. La vía ejecutiva, acompañada de embargo previo, está regulada por el derecho procesal del lugar en que pretenda ejercerse la acción para el cobro. Se trata, como se advierte, de reglas procesales y no sustanciales.

Algo similar ocurre en el caso de la acción de regreso, cuyo procedimiento suele seguirse por la *lex fori*. No adelantamos más sobre la regulación procesal, ya que en un capítulo posterior presentaremos algunos elementos procesales de importancia para nuestra disciplina (capítulos 19 y 20).

57 **Artículo 1391,** *CCom.* "El procedimiento ejecutivo tiene lugar cuando la demanda se funda en documento que traiga ejecución. Traen aparejada ejecución [...] IV. Los títulos de crédito."

16 Sociedades extranjeras

16.1. Introducción

Una persona moral extranjera, en los términos que la presentó Savigny, es una fic jurídica y, al mismo tiempo, un centro de imputación de derechos y obligació Sabemos que a ese ente se le reconocen facultades para la realización de actos, y facultades son independientes de las personas físicas que la integran y representan posibilidad legal de que los particulares puedan constituir estos entes es reconocida el orden jurídico del lugar en que fueron creados; sin embargo, habrá que deter nar si dichos entes podrán ser reconocidos por un orden jurídico diferente, o, s decisiones tomadas por sus directores o gerentes son válidas y los efectos jur cos que tales decisiones tienen. Dicho en otras palabras, nos interesa saber si es fac la actuación extraterritorial de esa persona moral (o sociedad), y correlativamen reconocimiento de los actos que realice. ¿Podrá una sociedad extranjera ser recon da en México?, ¿podrá realizar, fuera del lugar donde se constituyó, los actos par que fue creada? ¿Cabe la posibilidad de que en México se apliquen a una soci extranjera los derechos que se le otorgaron en el lugar de su constitución o dere más favorables? Estas cuestiones son, entre otras, el objeto de este capítulo.

El principio que rige en México es que a las sociedades extranjeras se les rec ce su existencia y su capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones dentr los límites que las leyes de su constitución establecen, siempre que esas leyes no v en contra de normas mexicanas de orden público. Cuando estas sociedades llev cabo actividades en territorio nacional, su ejercicio está regulado por la ley mexic que les reconoce el derecho de establecerse en México y constituir en el país age y sucursales, siempre que cumplan las disposiciones del derecho mexicano.

Para profundizar sobre el tema de las sociedades extranjeras en México es i pensable, en primer lugar, conocer los principios generales que las rigen, estudi reglas aplicables a las sociedades comerciales, así como analizar las referenc derecho convencional internacional del que México es parte y familiarizarse co elementos de la nacionalidad de las sociedades.

Además de las empresas organizadas como personas morales, en las que es relativamente fácil conocer a través del registro público quiénes son los accionistas, en la actualidad encontramos empresas internacionales grandes y complejas en las que puede resultar muy difícil saber quiénes son sus propietarios y accionistas. Sobre todo, porque suele haber una pirámide de empresas que son accionistas unas de otras y al final una o varias empresas *holding* o tenedoras de acciones, que son las que tienen en última instancia la propiedad accionaria de las sociedades que se encuentran en la pirámide. También hay dificultad para conocer la propiedad de las acciones cuando se trata de sociedades no listadas en la bolsa de valores, porque en el registro público no se hallan reflejadas necesariamente todas las modificaciones accionarias. Muchas de estas compañías transnacionales han adoptado estructuras complejas y poseen capitales y presupuestos más altos que los de muchos gobiernos. Las estrategias de desarrollo de este tipo de empresas pueden provocar problemas económicos y sociales en una localidad, como el cierre de una planta. Debido a que la actividad de este tipo de empresas puede llegar a tener una repercusión interna, existe una reglamentación nacional para sus actividades.

Las estructuras corporativas transnacionales dependen con frecuencia de sociedades más grandes que tienen las acciones de aquéllas. También con cierta frecuencia, esas *holding* compran y venden en el ámbito internacional las acciones de las empresas que poseen. Asimismo, a menudo se llevan a cabo acuerdos de inversión con capitales locales (*joint ventures*) para la creación de terceras empresas. Entre las razones que llevan a este tipo de acuerdos están que el capital local tiene canales de distribución establecidos y conoce los usos y costumbres para la comercialización y venta de los productos, o tiene el conocimiento y los medios para llevar a cabo las obras o construcciones que se requieren. El desarrollo de grandes proyectos de construcción o la fabricación de productos en nuevos mercados son ejemplos de este tipo de asociaciones. La industria maquiladora es un ejemplo, por su parte, de la pirámide de sociedades a que hemos hecho referencia. El resultado es la formación de estructuras corporativas complejas. Asistimos hoy a un incremento en la concentración de grandes consorcios para hacer frente a la globalización de mercados. Todo esto genera problemas respecto de la determinación del derecho aplicable, situación que ha sido expuesta ante los tribunales judiciales, los paneles para la solución de controversias y, sobre todo, ante los tribunales de arbitraje internacional. Con frecuencia se busca localizar la ley que rige a dichas sociedades para determinar qué actividades están sujetas al pago de impuestos, si las actividades que realizan pueden considerarse eventuales o permanentes, cómo deben regularse los pagos de transferencia entre las mismas empresas o definir si están sujetas a cuotas compensatorias, etcétera.

En este capítulo intentaremos responder a muchas de las interrogantes que hemos planteado. En especial nos interesa saber cómo reconocer en México a una persona moral creada en el extranjero, sus límites de actuación y el ámbito de representación de quienes se manifiestan como sus representantes e, incluso, cómo funciona un complejo de empresas y sus subsidiarias. Sin embargo, antes de iniciar este

recorrido, y con el afán de ubicar el tema en el contexto histórico reciente de México conviene dedicarle unas líneas.

16.2. Breve referencia al contexto histórico reciente de México en materia de sociedades extranjeras

Son pocas las obras publicadas en el país que analizan los aspectos jurídicos de las sociedades extranjeras en México.[1] Una de las razones principales de la escasa bibliografía sobre el tema se debe a la actitud territorialista que adoptó la legislación mexicana en una época,[2] a la escasa presencia de sociedades extranjeras en México y a la manifestación de ese territorialismo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[3]

La Suprema Corte ha mantenido criterios contradictorios en cuanto al reconocimiento de las personas morales extranjeras. Por un lado se encuentran las opiniones que se apoyan en el derecho interno y, por otro, las que se basan en el derecho convencional internacional. Estas últimas han sido las prevalecientes.

Inicialmente, los tribunales mexicanos exigieron el registro de la empresa extranjera para poder actuar en México y, además, sancionaron la ausencia del registro con *el desconocimiento de personalidad incluso para defender sus derechos.* El legislador mexicano, por su parte, consideró que no era suficiente que la persona moral se constituyera en el extranjero o se registrara allá, sino que también se registrara en México.

De acuerdo con la antigua jurisprudencia, la sociedad extranjera que no se registrase en México se convertía en la "nada jurídica".[4] Un desconocimiento total del tráfico jurídico internacional. La avestruz con la cabeza dentro del suelo. Este principio se concretó en el célebre caso de Palmayolivo, donde se le desconoció a la sociedad Palmolive (una persona jurídica extranjera) su personalidad jurídica para actuar en juicio, lo que significó una violación de los derechos mínimos de defensa. Sin embargo, en 1926, con la *Ley General de Sociedades de Seguros* y más tarde con la *Ley de Sociedades Mercantiles* de 1932, se le reconoció a la persona moral extranjera la capacidad para demandar y ser demandada, pero no para ejercer actos de comercio, capacidad que sólo se adquiere después de su registro en México.

En un principio, la incapacidad de demandar se admitió para el caso de los actos en que la persona moral extranjera realizara "ocasional o esporádicamente"

1 Véase Ricardo Couto, "Existencia legal de las sociedades extranjeras en México", en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia,* México, 1930, pp. 590 y siguientes.

2 Véase Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado, notas sobre el principio territorialidad y el sistema de conflictos en México,* UNAM, México, 1976.

3 Véase el desarrollo de esta jurisprudencia en Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado. Recepción judicial en México,* Porrúa, México, 1999.

4 Tercera Sala, Quinta Época, t. XXVI, p. 1172, AR, Koppel Industrial Car & Equipment Co., junio de 1929.

comercio, y luego para aquellos en que se ejercía en forma permanente. Hasta 1987, como una de las consecuencias de la apertura de México al mundo, se reconoció a esas sociedades el pleno derecho al ejercicio del comercio. Se argumentó entonces que la falta de registro no debía ocasionar la prohibición de las prácticas comerciales, sino una sanción administrativa.[5]

La decisión de la Suprema Corte prohibió que las sociedades extranjeras no inscritas en el Registro ejercieran el comercio en México y que pudieran defender sus derechos en litigios judiciales derivados de las transacciones que realizaban en nuestro país. Con la decisión de la Corte se buscaba condicionar la posibilidad de defensa eventual de los derechos de una empresa al registro previo. Un acto de control de la sociedad extranjera por parte de los tribunales, pero con una sanción desproporcionada. Contrariamente al objetivo que se perseguía, esta decisión derivó en una verdadera *denegación de la justicia,* pues debido a los cortos plazos fijados por los códigos de procedimientos para contestar una demanda, frente al amplio plazo que se acostumbraba para lograr el registro de una empresa extranjera, de hecho se le imposibilitaba para comparecer en un juicio.

En realidad, los tribunales fueron "más allá" de lo que la ley establecía. Ésta sólo exigía el registro para poder ejercer el comercio, pero no que hubiera que registrarse para adquirir la personalidad jurídica que le permitiera comparecer en un juicio.

En años posteriores se establecieron nuevas restricciones para el desempeño de las sociedades extranjeras en México, algunas muy importantes, pero sin la severidad de la época inicial. En el decreto del 29 de junio de 1944 (ya abrogado), el Poder Ejecutivo se atribuyó facultades extraordinarias con motivo de la entrada de México en la Segunda Guerra Mundial. Con base en ellas dictó una serie de medidas para limitar la *participación de extranjeros en sociedades mexicanas con capital extranjero y en sociedades extranjeras* en un amplio *número de sectores* de la economía, donde el capital extranjero tiene aún diversas restricciones.

Una parte de esas restricciones fue incorporada a la *Ley de Inversiones Extranjeras* de 1973. Después de un periodo de más de 60 años, la inversión extranjera recobró el terreno que antes le fue limitado,[6] con lo cual las sociedades extranjeras pueden gozar de mayor libertad, llevar a cabo sus actividades productivas y contribuir al desarrollo del país.

Para actuar en México, las personas morales extranjeras tienen las posibilidades siguientes:

- En el caso de un proceso judicial, pueden demandar en contra de quien tienen un derecho, por ejemplo, a quien le concedió un crédito en el extranjero

5

6 Para un desarrollo de estos criterios judiciales, véase Jorge Alberto Silva, *op cit.,* pp. 301 y siguientes. Para mayor información de este periodo histórico de las inversiones en México, véase Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op.cit.*

y que ahora se encuentra en México; también pueden comparecer defendiéndose de demandas que se interpongan en el país en contra de ellas.
- Asimismo, tienen la posibilidad de realizar actos de comercio en México, ya sea por inversiones directas o indirectas o mediante apoderado.
- Adquirir los bienes necesarios para el desarrollo de sus actividades.

Las personas morales extranjeras generalmente se presentan en México:

- A través de una sucursal o filial.
- Como accionistas de una persona moral constituida en México.
- Como empresas que en el extranjero son exportadoras de bienes o servicios que llegan a México.

En el último caso, pueden tener desde una representación que les permita distribuir y vender sus productos hasta la capacidad de concurrir ante tribunales y autoridades como por ejemplo la celebración de contratos, la constitución de sociedades mexicanas, que se les permita combatir las cuotas compensatorias impuestas por las autoridades mexicanas, o defenderse o demandar en un juicio, etcétera.

Por último, y para comprender mejor la evolución de las sociedades extranjeras en México, conviene referirnos a la historia económica reciente, la que finalmente llevó al país a una apertura económica de tal magnitud que ha cambiado mucho aspectos de la vida nacional.

Durante los 50 años que antecedieron a la apertura económica de 1986 las empresas mexicanas florecieron gracias al proteccionismo basado en una política económica de *sustitución de importaciones*. Más tarde, como resultado de la Ronda de Tokio a mediados de los setenta, se hicieron las primeras negociaciones para el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y una posible adhesión al mismo. Sin embargo, intereses nacionales se opusieron, pues preferían mantener una economía cerrada. En apoyo a estos sectores hubo otros que, dentro del gobierno, se opusieron al amparo del argumento del nacionalismo, pero en realidad deseaban evitar la crítica externa a un sistema político con dominio unipartidista. Durante toda esa época la empresa extranjera recurrió a la constitución de sociedades mexicanas que con capital extranjero se convertían en empresas filiales para compartir el beneficio del proteccionismo y tener mayor libertad en el desarrollo de sus transacciones comerciales.

La política de sustitución de exportaciones se agotó a mediados de los sesenta, lo que causó crisis económicas cíclicas que provocaron un desmedido endeudamiento externo. La inversión extranjera, que siempre ha constituido un ingreso de divisas fue limitada con la ley de 1973, con la que se le impusieron severas restricciones, principalmente a la inversión extranjera directa, y ésta disminuyó. Este hecho, junto con otros de naturaleza estructural de la economía, obligó al gobierno mexicano a recurrir a los financiamientos para cubrir el elevado déficit en divisas extranjeras. La situación de endeudamiento se agravó cuando bajaron los precios del petróleo

exportación y, como consecuencia de ello, se inició una larga época de inflación y de alza en las tasas de interés.

En estas condiciones la política económica se vio forzada a cambiar y se optó por la adhesión al GATT, y así abrir la economía hacia el exterior con un modelo económico de mercado. Pocos años después se inició la negociación de esquemas económicos para establecer áreas de libre comercio. La más importante fue la aprobación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América y Canadá (TLCAN), al cual siguieron otros, incluido el celebrado con la Unión Europea.[7]

Este cambio radical se reflejó en el comportamiento de la política legislativa interna y dio como resultado una legislación en la que se precisaron esquemas para las sociedades extranjeras. Así, lograron liberalizarse las políticas del gobierno para ampliar la participación de las sociedades que representan a la inversión extranjera. Con la ratificación del TLCAN, México se convirtió en territorio aduanero del mercado más importante del mundo. De ahí el interés de las empresas internacionales por invertir en México y gozar de prerrogativas arancelarias en la exportación de sus productos al mercado norteamericano.

16.3. Principios que rigen a las sociedades extranjeras en México

Como es natural, el derecho interno se refiere con mayor atención a las sociedades mexicanas y en menor grado a las extranjeras. Una sociedad extranjera es una persona moral que no reúne los requisitos establecidos por la *Ley de Nacionalidad* para considerarse como mexicana (art. 8o.), según la cual "son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas, y tengan en el territorio nacional su domicilio legal".[8] Es decir, toda persona moral creada con base en leyes extranjeras o constituida conforme a leyes mexicanas pero con domicilio social o legal fuera del territorio nacional, será considerada como persona moral extranjera por los tribunales internos. Como se advierte, la nacionalidad de la persona moral se encuentra conectada con la *ley del lugar de su constitución* y con la ley extranjera donde tenga su domicilio, aun cuando se hubiese constituido en México.

7 México ha celebrado diversos tratados de libre comercio. Hasta la fecha, y después del TLCAN, se han suscrito y aprobado otros Acuerdos de Libre Comercio con Costa Rica, Colombia y Venezuela; Bolivia, Comunidad Europea y sus Estados miembros; Nicaragua, Chile, Israel, El Salvador, Guatemala y Honduras, Asociación Europea de Libre Comercio y República Oriental del Uruguay. Además de los anteriores, en septiembre de 2004 se suscribió un Acuerdo con Japón para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los dos países. José Luis Siqueiros, "El arbitraje de naturaleza privada en el marco del TLCAN", conferencia dada en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez el 10 de marzo de 2006, inédito.

8 Para una explicación más amplia acerca de la nacionalidad de las sociedades puede consultarse Leonel Pereznieto Castro, "La nacionalidad de las sociedades", en *El Foro*, Quinta Época, núm. 27, julio-septiembre, México, 1972.

La *Ley de Inversión Extranjera (LIE)* se refiere a las sociedades extranjeras dent del rubro "Inversionista extranjero", y se definen como personas morales a las " nacionalidad distinta a la mexicana". Se trata de una clasificación por exclusión. S considera inversión extranjera toda aquella que no sea mexicana, y se le identifica p las inversiones que esas sociedades extranjeras lleven a cabo en México conform a la *LIE* (art. 2o., fracc. III).

La regulación específica de las sociedades mercantiles en México se establece e la *Ley General de Sociedades Mercantiles (LGSM)*, que al igual que el resto de la legisla ción en la materia es sumamente escasa en cuanto a la regulación de sociedade extranjeras. Por otro lado, los diferentes ordenamientos generales que regulan a l personas morales o sociedades extranjeras en México reiteran los mismos principio aplicables; sólo varían en algunos aspectos. Estos ordenamientos se encuentran co tenidos principalmente en cuatro cuerpos legales: el *CCFed*, el *CCom*, la *LGSM* y la *L* El primero, como se sabe, es de aplicación supletoria en materia federal y aplicabl por tanto, al derecho comercial o derecho mercantil; establece los principios que ad lante explicaremos.

Antes de presentar la reglamentación relacionada con las personas morales necesario hacer hincapié en que de acuerdo con el derecho mexicano su regulació debe analizarse desde dos ángulos: la persona moral mercantil o comercial y la pe sona moral que no realiza actos de comercio (asociaciones y sociedades civiles). primer caso está regulado por leyes federales, mientras que el segundo, por l leyes de cada entidad federativa, incluido el D.F. En gran medida, en las líne siguientes nos referiremos a las mercantiles, salvo que hagamos alguna aclaración

a) Código de Comercio

Por regla general, a las personas morales extranjeras que realizan actos de comer se les reconoce la calidad de comerciantes; no obstante, se les sujeta a algunas restr ciones. Las disposiciones del *CCom*, aunque anteriores a las del *CCDF*, confirman l principios establecidos en éste. Por ejemplo, señalan que en el derecho mexicano considera comerciantes y, por tanto, con posibilidad de ejercitar todos los derech que el propio *CCom* establece, a "las sociedades extranjeras o las agencias y sucurs les de éstas que, dentro del territorio nacional, ejerzan actos de comercio" (art. 3 fracc. III). Es decir, esta disposición se limita a reconocerles "personalidad de com ciantes" a las sociedades extranjeras por el simple hecho de ejercer actos de comerc sin importar su tipo de establecimiento, por lo que es congruente con la idea de *libertad de comercio*, según la cual toda sociedad puede ejercer actos de comercio cualquier país, donde su personalidad y derechos deben ser reconocidos y respe dos. Por tanto, no se requiere el cumplimiento de requisitos previos, como lo fue otra época el registro.

Si una sociedad extranjera no domiciliada en México requiere ejercer un de cho en nuestro país, debe otorgar un poder a un representante para que éste haga valer; a su vez, dicho poder: *a*) debe ser expedido conforme a las leyes

lugar en que se otorga; *b*) ser otorgado por una persona capacitada para ello, de acuerdo con los estatutos de la sociedad, y *c*) cumplir las formalidades de autenticación del poder ante el cónsul o funcionario diplomático del lugar de su otorgamiento, o ser formalizado de acuerdo con alguna convención internacional de la que México sea parte, como el caso de la apostilla conforme a la Convención de La Haya sobre el particular. Más adelante retomaremos el tema de los poderes (capítulo 20).

El *CCom*, por su parte, se refiere concretamente al establecimiento en México de sociedades extranjeras o de las agencias o sucursales de éstas, así como al derecho que dichas sociedades tienen para ejercer el comercio en nuestro país (art. 15). Dicha disposición sujeta a las sociedades o agencias, en lo referente a su establecimiento y ejercicio, a lo dispuesto por el propio *CCom*; y en cuanto a su *actividad*, a la competencia de los tribunales mexicanos. De manera más específica, los arts. 23, 24 y 25 del *CCom* se refieren a los requisitos que deben cumplir estas sociedades o agencias para su establecimiento en México:

> **Artículo 23.** Las inscripciones deberán hacerse en la oficina del Registro Público de Comercio del domicilio del comerciante, pero si se trata de bienes raíces o derechos reales constituidos sobre ellos, la inscripción se hará, además, en la oficina correspondiente a la ubicación de los bienes, salvo disposición legal que establezca otro procedimiento.
>
> **Artículo 24.** Las sociedades extranjeras deberán acreditar, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, estar constituidas conforme a las leyes de su país de origen y autorizadas para ejercer el comercio por la Secretaría, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales.
>
> **Artículo 25.** Los actos que conforme a este Código u otras leyes deban inscribirse en el Registro Público de Comercio deberán constar en:
>
> I. Instrumentos públicos otorgados ante notario o corredor público;
>
> II. Resoluciones y providencias judiciales o administrativas certificadas;
>
> III. Documentos privados ratificados ante notario o corredor público, o autoridad judicial competente, según corresponda, o
>
> IV. Los demás documentos que de conformidad con otras leyes así lo prevean.

De la lectura de estas disposiciones se desprenden los requisitos siguientes:

- Inscribir en el Registro Público de Comercio el testimonio de la protocolización de sus estatutos, contratos y demás documentos que se refieran a su constitución, el inventario o último balance, si lo tuvieran.
- Demostrar ante el mismo Registro estar constituidas conforme a las leyes de su país de origen y autorizadas para ejercer el comercio por la Secretaría. Los documentos acreditativos deben estar debidamente apostillados o, en su defecto, expedidos por una autoridad diplomática o consular mexicana del lugar de constitución de la sociedad.

Respecto del primer requisito, el notario que haga la protocolización correspondiente debe exigir previamente el permiso que otorgue la Secretaría de Relaciones Exteriores (Permisos, art. 27 constitucional).

b) Ley General de Sociedades Mercantiles

Gran parte de la regulación de las sociedades mercantiles que se encontraba en el CCom pasó, en la década de 1930, a la *Ley General de Sociedades Mercantiles.* El capítulo XII de esta ley dedica dos artículos a las sociedades extranjeras y en ellos reitera los criterios expuestos hasta aquí:

- Las sociedades extranjeras "legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República" (art. 250).
- Este tipo de sociedades "sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro" (art. 251).

Se repite aquí la regla según la cual para inscribirse debe comprobarse que la constitución se realizó de acuerdo con las leyes del Estado del que sean nacionales y con base en otros requisitos, como puede advertirse en su texto:

> **Artículo 251.** Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro.
>
> La inscripción sólo se efectuará previa autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial [ahora Secretaría de Economía], en los términos de los artículos 17 y 17 A de la Ley de Inversión Extranjera.
>
> I. Comprobar que se han constituido de acuerdo con las leyes del Estado en que se constituyó, para lo cual se exhibirá copia auténtica del contrato social y demás documentos relativos a su constitución y un certificado de estar constituidas y autorizadas conforme a las leyes extranjeras expedido por el representante diplomático o consular que en dicho Estado tenga México;
>
> II. Que el contrato social y demás documentos constitutivos no sean contrarios al orden público mexicano;
>
> III. Que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal.
>
> Las sociedades extranjeras estarán obligadas a publicar anualmente un balance general de la negociación visado por un Contador Público titulado.

Se entiende que se trata del ejercicio habitual del comercio en México, pues, como ya quedó asentado, cualquier sociedad extranjera tiene plena capacidad jurídica y personalidad para celebrar actos de comercio y para comparecer ante tribunales con fin de defender sus derechos.

Para llevar a cabo este registro el artículo citado añade: "la inscripción sólo se ejecutará previa autorización de la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial (actual Secretaría de Economía) en los términos de los arts. 17 y 17-A" de la LIE.

Cuando una sociedad mercantil extranjera requiere comprobar ante autoridades mexicanas que la misma se autorizó y constituyó de acuerdo con las leyes del país en donde se estableció, el solicitante deberá comparecer a la representación consular presentando: *a*) el recibo de pago de derechos; *b*) copia certificada ante notario público de la escritura constitutiva y estatutos de la sociedad o documentación local, con la que deberá acreditar que se encuentra constituida legalmente conforme a las leyes locales y que a la fecha del trámite se encuentra operando; *c*) los anteriores documentos se deberán presentar por duplicado y traducidos al español, legalizados o apostillados, en el caso de que hayan sido expedidos fuera de la circunscripción consular, y *d*) copia simple de la última declaración de impuestos de la sociedad, a fin de acreditar que en el momento de la expedición del certificado no se ha disuelto o fusionado.[9]

c) Ley de Inversión Extranjera

De manera complementaria al sistema anterior propuesto por la *Ley General de Sociedades Mercantiles*, la LIE establece que para realizar habitualmente actos de comercio en la República la sociedad extranjera debe obtener la autorización de la Secretaría de Economía (art. 17, fracc. I). Para lograr dicha autorización se requiere (art. 17-A):

a) Que la sociedad compruebe que está constituida de acuerdo con las leyes de su país, esto es, las del lugar de su constitución.

b) Que el contrato social y demás documentos constitutivos no sean contrarios al orden público mexicano.

c) Que la empresa tenga un representante domiciliado en México que pueda responder de las obligaciones que contraiga.

En el primer inciso se advierte que la empresa ha de estar legalmente constituida conforme a la *lex constitutionis*, lo cual se debe demostrar mediante los documentos respectivos. Como se trata de documentos comprobatorios ante autoridad, éstos deben ser autenticados; es decir, que la documentación haya sido apostillada o legalizada en el país de origen y que posteriormente se lleve ante un notario público mexicano. Luego, éste los protocolizará para que puedan presentarse como documentos auténticos ante las autoridades oficiales del gobierno mexicano, en este caso la Secretaría de Economía.

En cuanto al inciso *b*, y a reserva de volver sobre el concepto de orden público, cabe apuntar que en este caso se trata de constatar que el objeto social de la sociedad, como los derechos y obligaciones de los socios, y en general la estructura y funcionamiento de la sociedad, no sean contrarios al orden público mexicano.

---

[9] http://www.apps.cofemer.gob.mx/buscador/ficha.asp?homoclave=SRE-01-001, marzo 16 de 2006.

Ejemplo

No sería aceptable para el derecho mexicano que la sociedad extranjera tuv
entre sus fines el tráfico de armas, la refinación de petróleo, el narcotráfico; o b
restricciones a los derechos de ciertos socios, ya que en este caso violaría los
ceptos constitucionales mexicanos, como el derecho de igualdad, de audie
etcétera.

Por lo que hace al inciso *c*, se trata de que la empresa extranjera tenga un repres
tante en México, por lo que a diferencia del *CCFed* se agrega que debe tener su do
cilio en México, lo cual mejora la reglamentación, asegurándole a las personas c
las que se relacione que en México tendrán a quién reclamarle. Este tema, por
lado, tiene mucha actualidad en las diferentes demandas que mexicanos presen
ante tribunales estadounidenses por pago de daños provocados por servicios, au
móviles y otro tipo de instrumentos diseñados en Estados Unidos. Al establec
disposición que el domicilio de la sociedad extranjera que opera en México debe
vir para cualquier reclamación, se está refiriendo a un criterio de justicia para
los reclamantes puedan tener acceso en su jurisdicción a dicha sociedad, pero si é
estiman que por interés personal (elevados montos de indemnización por dañ
es preferible recurrir a tribunales estadounidenses, el domicilio de la sociedad
México no debe ser obstáculo para una acción de esa naturaleza. Retomaremos
tema más adelante.

De acuerdo con lo establecido por el *Reglamento de la Ley de Inversión Extranj*
y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (art. 18), dentro de los seis me
siguientes a la expedición de los permisos para la constitución de una sociedad se d
rá dar aviso de uso del nombre a la Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE), espe
ficando la inclusión de la cláusula de exclusión de extranjeros o, en su caso,
convenio previsto en el art. 14 del *Reglamento de la Ley de Inversión Extranjer*
del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras (que los socios extranjeros, actuale
futuros de la sociedad se obligan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores a co
derarse como nacionales respecto de las acciones, partes sociales o derechos
adquieran de la sociedad, bienes, derechos, concesiones, participaciones o intere
de que sean titulares las sociedades, y los derechos y obligaciones que deriven
los contratos en que sean parte las propias sociedades); asimismo, deberán inclu
renuncia a invocar la protección de sus gobiernos bajo la pena, en caso contrario,
perder en beneficio de la nación los derechos y bienes que hubiesen adquirido (v
la Cláusula Calvo).

En el caso de las personas morales extranjeras de naturaleza privada come
—como las llama el *CCFed*— no regidas por otras leyes, podrán establecerse en t
torio de la República cumpliendo solamente las disposiciones legales aplicab
previa autorización de la SRE.

En este caso, la SRE debe otorgar una autorización previa para constituir la persona moral. Las facultades de la SRE son revisar la estructura de capital de las sociedades y su concordancia con las restricciones al capital extranjero y su cumplimiento con lo dispuesto en el art. 27 constitucional, así como autorizar el nombre de la persona moral. Con esta última función se estableció un registro federal de denominaciones de sociedades en México, que es un registro diferente del de propiedad industrial para marcas o distintivos. También se pretende evitar que se empleen vocablos reservados para otro tipo de personas morales, según las leyes mexicanas.[10]

Además, la persona moral deberá inscribirse ante el Registro Público de Comercio de su domicilio, si se trata de personas morales mercantiles, o en el Registro Público de la Propiedad (RPP) en el caso de las sociedades civiles, y *también en el lugar de su domicilio*. En el caso del D.F., el *Reglamento del Registro Público de la Propiedad* señala la obligación de registro para las sociedades establecidas en esta localidad (arts. 71 y 72).

d) Código Civil Federal (CCFed)

El *CCFed* considera entre las personas morales a "las personas morales extranjeras de naturaleza privada" (art. 25, fracc. VII). A diferencia de las personas morales dedicadas al comercio, las civiles son objeto de atención por el *CCFed*, así como por las leyes de cada entidad federativa, incluido el D.F. Aunque estas últimas suelen ser reguladas en forma similar a lo que prescribe el *CCFed*, su regulación está referida a las sociedades y asociaciones civiles no dedicadas al comercio. El *CCFed*, por su parte, destaca porque además es supletorio de las disposiciones mercantiles.[11]

En la codificación civil, la persona moral puede "ejercitar todos los derechos que sean necesarios para realizar el objeto de su institución" (art. 26). El ejercicio de sus derechos, así como la capacidad para obligarse, se ejercerán "por medio de los órganos que las representan, sea por disposición de la ley o conforme a las disposiciones relativas en sus escrituras constitutivas y de sus estatutos" (art. 27).

Aquí destacamos en que la capacidad y el ejercicio de los derechos de una persona moral (civil o comercial) se rigen conforme a la *ley del lugar de su constitu*ción, lo cual contrasta con lo que establecen las leyes de otros países, en los que la capacidad se rige por la *ley de su domicilio*. Así ocurre, por ejemplo, en Paraguay[12] y en

10 La Secretaría de Relaciones Exteriores, en términos de lo que establece el art. 13 del *Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera y del Registro Nacional de Inversiones Extranjeras*, otorgará los permisos para constitución de sociedades solamente cuando la denominación o razón social que se pretenda utilizar no se encuentre reservada por una sociedad distinta. http://www.sre.gob.mx/tramites/legales/constitucion_sociedades.html#constitucion, mayo 30 de 2005.

11 A pesar del tiempo transcurrido a partir de la reforma del año 2000, pocos abogados conocen el art. 2o. transitorio, que expresa: "Las menciones que en otras disposiciones de carácter federal se hagan al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, se entenderán referidas al Código Civil Federal", en *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo de 2000.

12 Artículo 26, *CC*.

Rumania, donde la nacionalidad reconocida a una persona moral es la del *lugar donde tenga su sede social.*[13]

Lo mismo sucede en cuanto al régimen interno de las sociedades extranjeras. El *CCFed* dispone que "las personas morales se regirán por las leyes correspondientes por su escritura constitutiva y por sus estatutos" (art. 28). De esta forma, la organización y el funcionamiento interno de las sociedades se realizarán de acuerdo con las *leyes de su constitución.* Este principio de la *lex constitutionis* es, por otro lado, una regla de conflicto que indica al juez mexicano qué ley consultar para saber cuáles son los límites y capacidades para la actuación de este tipo de sociedades en México, y también para saber cuáles son las reglas de su funcionamiento interno y los poderes de representación de sus representantes.

En el caso de que ante un juez mexicano (u otro tipo de autoridad) se cuestione la regulación interna de una sociedad extranjera establecida en México, dicha autoridad tendrá que decidir respecto de su legalidad luego de consultar la ley extranjera del lugar de constitución de la sociedad, el acta de constitución y los estatutos.

Ejemplo

Una persona moral constituida en Paraguay tiene su sede social en Panamá. Cuando un juez mexicano pretende saber cuál es la ley que rige la capacidad de esa persona debe consultar la ley de su constitución. En este caso, consulta la ley de Paraguay. Como ésta prescribe que la ley aplicable es la del lugar donde tiene su sede social, se aplicará la ley panameña. En este caso, la norma de conflicto mexicana señala a la paraguaya, la que su vez remite en reenvío de segundo grado a la ley panameña.

Volviendo al caso de una persona moral extranjera en México, debe recabar, de acuerdo con su actividad, además, las autorizaciones correspondientes de las secretarías de Salud, Gobernación, Educación Pública, etc., y como toda sociedad debe inscribirse en el padrón fiscal y obtener las autorizaciones locales requeridas.

En suma, conforme a estas disposiciones hay dos tipos de regulaciones aplicables para las personas morales extranjeras:

- *Las que rigen la representación de la persona moral frente a terceros* y regulan su régimen interno, regulación que estará en conformidad con las leyes de su constitución, escritura constitutiva y estatutos.
- *Las que rigen la actividad de la persona moral*, la forma de adquirir establecimiento, condiciones sanitarias y de seguridad, etc. Se trata por lo general de regulaciones locales, necesarias para su registro.

13 Artículo 40 de la *Ley sobre la Reglamentación de las Relaciones de Derecho Internacional Privado*

El *CCFed*, en su capítulo VI, Título Décimo, que se compone de un solo artículo, amplía los conceptos antes mencionados. Esta disposición fue reformada en enero de 1988 receptando lo dispuesto en las convenciones interamericanas sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas y la de Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, convenios que analizaremos más adelante.

> **Artículo 2736, *CCFed*:** La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquel del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.
>
> En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.
>
> Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo sustituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.

La disposición transcrita es una regla de conflicto que determina el límite que tiene la persona moral respecto de su capacidad y su actuación por medio de sus representantes. En dicha disposición destacan tres aspectos que explicaremos a continuación:

Primer aspecto

Se trata de una regla conflictual que nos remite a la ley de la constitución de la persona moral, para conocer cómo se rigen su existencia, capacidad y funcionamiento, así como su "transformación, disolución, liquidación y fusión". Ante una demanda que busque un pronunciamiento sobre cualquiera de estos supuestos normativos, el juez mexicano debe consultar la *ley de constitución de la sociedad y conforme a ésta determinar si las formalidades se cumplieron y si quienes otorgaron el acto eran capaces.*

Por *ley de constitución* la ley mexicana entiende el derecho "del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas". Por lo que hace al punto de conexión, se trata de la ley del *lugar de constitución de la sociedad, lugar donde se celebró su escritura constitutiva y expidieron sus estatutos.*

Adviértase, además, que esta regla de conflicto atiende dos supuestos o categorías por regular: la forma y el fondo. En este sentido, tanto la forma como el fondo se regulan por la ley designada. Y esta ley, que en el caso al que nos referimos es la extranjera, será la que el juez deberá aplicar.

Dicho en otros términos, un primer aspecto de la norma que comentamos consiste en resolver si se cumplieron las formalidades exigidas por la ley de constitución —fedatario público que debió conocer del contrato de sociedad, naturaleza de los estatutos, etc.— y el segundo tiene que ver con el hecho de *si se cumplió con las*

disposiciones de fondo; por ejemplo, capacidad de los contratantes, número mínimo de socios y de capital, objeto social permitido, etcétera.

Sin embargo, para efectos prácticos, y como ya mencionamos, una vez hecha la constatación anterior la consulta deberá dirigirse a la escritura constitutiva y los estatutos de la sociedad.

Ejemplo

Una sociedad constituida en Argentina que realiza actividades en México pretende fusionarse con una empresa mexicana. En tal caso, el notario publico y después la autoridad mexicana deben consultar la ley argentina (ley de constitución de la sociedad) para determinar las posibilidades y límites de la empresa argentina respecto de la fusión con una empresa mexicana. Esa fusión realizada en México no tendrá efectos en Argentina hasta que el acto jurídico de la fusión sea reconocido en ese país.

Segundo aspecto

En la disposición que nos ocupa se establece que "el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera... (en ningún caso) excederá al que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó". Aquí está refiriéndose al límite *que tiene la persona moral* en relación con el derecho aplicable a la determinación de su capacidad. Como ya indicamos, la autoridad mexicana debe consultar el *derecho del lugar de la constitución* (el sitio donde se hayan cumplido "los requisitos de forma y fondo") para saber hasta dónde llega la capacidad de tal o cual persona moral para obligarse. Pero, sobre todo, deberán consultarse su escritura constitutiva y sus estatutos.

Ejemplo

Para saber si el contrato que va a celebrar la sociedad se encuentra entre los asuntos permitidos dentro de su objeto social o *si* se requiere la autorización de algún órgano determinado de la sociedad para contraer un adeudo superior a cierta cantidad de dinero.

Volviendo al objeto social de la persona moral (civil o comercial), cabe reiterar que éste se circunscribe al que fue establecido en el acta constitutiva de la misma, siempre que esté dentro de los límites de la ley del lugar de su constitución. En estas condiciones, el objeto social pactado en el extranjero será reconocido en México. No obstante, existe una regla restrictiva: si las facultades propias del objeto social que pactaron en el extranjero van más allá de las facultades que para ese tipo de objeto social establece la ley mexicana, entonces ese objeto social quedará restringido en México a las facultades máximas permitidas en iguales circunstancias a las sociedades mexicanas, con lo cual ésta sería, para los casos específicos de esa naturaleza, la ley del lugar de ejecución de tales actos la que debe regir.

Tercer aspecto

La disposición que nos ocupa establece también que "cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo sustituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión". Como puede observarse, se trata de una excepción a la regla establecida anteriormente y que explicaremos en seguida.

Si la regla general señala que las capacidades y funciones de la persona moral se regularán por la *ley del lugar de su constitución,* en el caso al que ahora nos referimos las facultades del representante las determina, por ministerio de ley, el derecho mexicano. Esto es, el representante legal "está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona...", autorización que, como se advierte, está regulada por la ley mexicana, no por la extranjera. De esta manera, aun cuando la ley externa niegue al representante legal de dicha persona moral esa responsabilidad, la ley mexicana se la impone. Obviamente, se trata de una norma material de derecho interno.[14]

Esta idea surgió en Francia a principios del siglo XX con el nombre de *gares principales*[15] y se refería a la responsabilidad extracontractual que los tribunales mexicanos, 30 años antes, ya habían conocido.[16] Conforme a este principio, para llevar a cabo actividades permanentes dentro de territorio nacional, la sociedad extranjera, sea civil o comercial, entre otras cosas, debe *designar* a un *representante para que responda de cualquier reclamación* o demanda *en contra de la sociedad.*

La disposición mexicana no es extraña si tomamos en consideración que las leyes de otros países fijan una regla similar. Por ejemplo, el derecho suizo señala que debe existir la representación de una sucursal y que uno de los representantes de la persona moral debe estar domiciliado en Suiza,[17] lo cual se establece de manera similar en

14 Debe diferenciarse el caso en que se notifique a una sucursal del caso de notificación a una filial. Véase al respecto Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso,* Oxford University Press, México, 2004, p. 284.

15 Corte de Casación francesa. Sentencia del 15 de junio de 1909, en *Dalloz Periodique,* t. I., París, 1912, pp. 209 y ss. Consúltese Y. Lossuarn y J. Bredin, *Droit du commerce international,* Sirey, París, 1969, p. 328.

16 *SJF,* ejecutoria del 13 de diciembre de 1873, Primera Época, Segunda Parte, t. V., pp. 198 y ss. Sobre el particular puede consultarse Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado, notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano,* UNAM, México, 1977, p. 37.

17 Artículo 160 de la *Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado.*

el derecho mexicano, específicamente en el art. 17-A de la *LIE*, como líneas ar
hemos explicado.

Esa norma también fija la competencia de los tribunales mexicanos para co
cer de dicha actividad. Esto se hace para evitar que quien resulte dañado en la loc
lidad tenga que desplazarse a otra jurisdicción o territorio para demandar a
sociedad, como podría ser el lugar donde se encuentre la sede u oficinas principales
de la persona moral, que en este caso seguramente estarán ubicadas en un lugar dis
tante. Aquí se aplica la vieja regla conflictual de la *lex loci*, tanto en su aspecto sustan-
tivo como en el jurisdiccional o de competencias.[18]

Ejemplo

En una sociedad constituida en el extranjero, el presidente del consejo de admin
tración es el único autorizado para recibir demandas contra la empresa y para com
parecer en juicio. Dicha facultad no se le otorga a sus gerentes. Esta empresa,
establecer una sucursal en México, debió nombrar a un representante en el pa
con poderes de representación y así acreditarlo para su registro. Esta persona se
quien debe responder a las reclamaciones y demandas. Además, los tribunale
mexicanos tienen competencia para conocer de la reclamación.

En lo que se refiere al criterio de competencias aludido, también fue recogido p
la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para
Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, la cual establece lo siguiente:

> **Artículo 1o.** [...] Se considerará satisfecho el requisito de la competencia en la est
> internacional cuando el órgano jurisdiccional de un Estado Parte que ha dictado sente
> cia hubiera tenido competencia de acuerdo a las siguientes disposiciones [...] 3. Respec
> de acciones contra sucursales, agencias o filiales de sociedades civiles o mercantiles
> carácter privado, que las actividades que originaron las respectivas demandas se hay
> realizado en el Estado Parte donde fue pronunciada la sentencia.

La posibilidad de demandar a la persona moral extranjera se concreta en el art. 27
del *CCFed*, que admite la notificación de la demanda al gerente.[19]

Se trata de una facilidad para que quienes tengan relación con las actividades
la empresa o consuman sus productos o servicios puedan reclamar el cumplimien
de las obligaciones contraídas. Sin embargo, la globalización y la imbricación de

18 La ley de sociedades comerciales uruguaya es muy específica sobre el particular: "el emplazam
to a una sociedad constituida en el extranjero podrá cumplirse en la República en la persona
haya actuado en su representación en el acto o contrato que motive el litigio".

19 Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso*, *op. cit.*, p. 285.

economías mexicana y estadounidense abre la posibilidad de demandar en Estados Unidos cuando el daño sea a causa del diseño del producto o de su fabricación en ese país. Conforme al art. 24, fracc. II, del *CFPC*, cuyo texto es similar en los estados del país, se establece que para acciones personales será competente el juez del lugar del domicilio del deudor, en este caso el fabricante. El problema es que los tribunales estadounidenses se declaren competentes o no para conocer de estos casos. La diferencia entre las leyes aplicables y la diferencia aún mayor para acordar distintas cantidades por concepto de pago por daños, ha hecho que las personas que han sido víctimas por esos productos o servicios consideren mejor el foro estadounidense.

e) Algunas notas de derecho extranjero

Es conveniente que nos refiramos a casos no previstos por la ley mexicana. Comencemos por el *traslado del domicilio social de una sociedad a otro país*. La ley portuguesa establece que se le seguirá reconociendo su personalidad, con la condición de que también la ley del otro país se la reconozca.[20] En sentido similar, pero con mejor técnica, se pronuncia la ley suiza, que señala que la empresa debe "satisfacer las condiciones fijadas por el derecho extranjero y poder adaptarse a una de las formas de organización del derecho suizo".[21] La misma ley suiza alude a las "responsabilidades de las personas que actúan en nombre de una sociedad". La responsabilidad de éstas se rige por el derecho suizo en el caso de que las actividades de la sociedad se hubiesen realizado en Suiza (art. 159).

Recordemos por último los problemas de *fusión de sociedades*. Al respecto la ley peruana se refiere a empresas constituidas según leyes diferentes. En este contexto se reconoce la ley del lugar de la fusión cuando ésta se haya hecho en un tercer país, o la peruana si se realizó en Perú (art. 2474, *CC*).

En suma, lo más importante cuando se trata de personas morales dedicadas al comercio:

- Se reconocerá a la persona moral constituida en el extranjero, pero deberá comprobar que se constituyó conforme a la *lex constitutionis*. Debe, además, designar a un representante en México que responda por los actos de la empresa. Si ésta va a invertir, el representante debe tener su domicilio en México.
- La empresa debe inscribir su escritura constitutiva.
- El objeto social de la empresa no podrá ir más allá de lo que establezca la ley de su constitución.
- Tendrá capacidad para adquirir bienes en México destinados al desarrollo de su objeto social.

20 Artículo 5o. del *Código de las Sociedades Comerciales*.

21 Artículo 161 de la *Ley Federal sobre el Derecho Internacional Privado*.

f) Prácticas seguidas en relación con países no signatarios de tratados internacionales

Cabe destacar que las leyes establecidas en el derecho interno serán las aplicables ante la falta de un tratado o convenio internacional. Estados Unidos de América y Canadá, salvo en el caso del TLCAN, no son signatarios de ningún tratado que especifique el derecho aplicable a los diversos supuestos propios de las sociedades mercantiles creadas en alguno de esos países. Así, la capacidad, forma y fondo de una *sociedad creada en el extranjero* serán valorados en México conforme a sus propias reglas de DIPr.

En el renglón de las *capacidades* se tomará en consideración la ley del lugar de constitución de dichas sociedades, con excepción de representantes de sucursales establecidas en México, e incluso la obligación de registrarse para ejercer el comercio, lo cual se realizará de acuerdo con la ley mexicana.

En cuanto a la forma de la *constitución,* seguirá aplicándose la regla de la ley del lugar de su constitución, y respecto del *fondo,* el gobierno, los derechos y las obligaciones de las sociedades serán los que se indiquen en la ley de su constitución y de su acta constitutiva, salvo en las reglas especiales a las que ya nos hemos referido.

Ejemplo

Una sociedad unimembre constituida en Estados Unidos de América podrá ser reconocida en México, aun cuando conforme a la ley mexicana no pueda constituirse una empresa mercantil de esta naturaleza.

16.4. Derecho convencional internacional

En este apartado examinaremos dos tipos de instrumentos internacionales de los que México forma parte y que por virtud del art. 133 constitucional son ley suprema en toda la Federación. Se trata de las convenciones interamericanas sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas y la referente a Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles, del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, y de los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones celebrados con Suiza, España y Argentina.

En el primer caso, el de las convenciones interamericanas, como veremos en seguida, establecen *principios tradicionales* en materia de sociedades mercantiles; en cambio en el segundo caso se emplean los principios denominados *modernos,* los cuales derivan de una realidad internacional que tiene que ver con la interdependencia

entre Estados, la promoción de las inversiones extranjeras y su libre desarrollo y protección.

Como ya indicamos, las normas convencionales internacionales de las que México forma parte son bastante escasas, sobre todo si las comparamos con otro tipo de tratados, convenios y entendimientos vigentes en otros países y de los que México no es Estado parte, los cuales revelan los acuerdos alcanzados sobre el derecho societario en el ámbito internacional.[22]

a) Convenciones interamericanas

En cuanto a las convenciones interamericanas, cabe señalar que los fundamentos establecidos en estos instrumentos internacionales, salvo excepciones, son los *principios tradicionales* contemplados en todas las legislaciones del continente y, por supuesto, en el derecho mexicano, a los que ya nos referimos.

Algunos de los conceptos de estas convenciones fueron adoptados en el CCFed en 1988 y, con ello, hicieron más claras sus disposiciones. Los principios así recogidos mejoran, modernizan y apoyan la precisión de los conceptos. Un aspecto importante del desarrollo convencional en materia de DIPr consiste en que gran cantidad de estas normas convencionales han pasado a formar parte del derecho interno.

Pese a la precisión y claridad que estos instrumentos aportaron a las legislaciones latinoamericanas, y en especial las convenciones interamericanas, en algún momento se discutió su utilidad. Quienes las defendieron opinaron que se trataba de uniformar las reglas de conflicto en el plano continental y que si bien todos los derechos internos aceptaban dichos principios, su consagración internacional garantizaba que fueran aplicados de manera homogénea por los países miembros de las convenciones, contribuyendo con ello a la previsión y la seguridad jurídicas.

A partir de la CIDIP-V, celebrada en México, se observó un cambio en las propuestas, de modo que en la CIDIP-VI fueron la base para temas vinculados con los procesos de libre comercio. Ahora se incluyen temas como las garantías mobiliarias para dotar al tráfico de mercancías de los apoyos crediticios que requieren, y se establece un tipo de documentación uniforme en materia de transporte de mercancía por carretera que sirva para garantizar el libre tráfico de éstas.

22 Estos convenios pueden consultarse en Antonio Ortiz-Arce de la Fuente, *Derecho español y derecho comunitario. Selección de textos de derecho internacional privado,* Universidad Complutense, Madrid, 1998. Entre otras disposiciones de derecho convencional internacional vale destacar las siguientes:

a) Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 9 de marzo de 1968, relativa a las garantías que cada Estado exige a fin de proteger los intereses de socios y terceros. Este documento regula la publicidad de las sociedades respecto de su escritura constitutiva, su registro y validez de los compromisos de la sociedad.

b) Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 13 de diciembre de 1976, que estableció medidas de coordinación para proteger los intereses de los socios y terceros en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificación de su capital.

b) Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas

Esta Convención establece que se aplicará a las personas jurídicas o morales, en este último caso con la terminología que se emplea en México, constituida en alguno de los Estados (art. 1o.). La Convención también define qué se entiende por persona jurídica y afirma que se trata de "toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas de las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución".

De esta definición es posible derivar dos aspectos. Primero, la independencia de la persona moral respecto de la de sus miembros, característica que constituye uno de los elementos distintivos de las personas morales mercantiles modernas y, segundo, *mediante una norma de conflicto* se le indica al juez que cuando deba consultar la ley del lugar de constitución, *califique conforme a esa ley;* es decir, que no sólo la aplique sino que la interprete igual que lo haría el juez del Estado de donde procede la norma. Se exige entonces que indague la manera en que esa ley ha sido interpretada por la jurisprudencia y la doctrina de aquel Estado y que en su conclusión defina si el derecho consultado considera o no al ente que está investigando como *persona moral* o *persona jurídica,* tal como la denomina la Convención. De esta forma, el juez mexicano puede aceptar como persona moral o jurídica a un ente no contemplado por el derecho mexicano, siempre que no sea contrario a su orden público. La Convención establece un criterio de gran amplitud para comprender cualquier ente que se constituya de acuerdo con los sistemas jurídicos nacionales del país miembro de la Convención.

La Convención de referencia también establece el principio *lex loci constitutionis* que, como hemos visto, determina como punto de conexión *el lugar donde la persona moral fue constituida* (art. 2o.). Al mismo tiempo, este principio es una regla de conflicto que le indica al juez mexicano cuál es la ley que debe consultar para saber si tal o cual ente presentado a su consideración es una persona moral y, por tanto, susceptible de regirse por la Convención.

La misma Convención define la *ley del lugar de su constitución* como la ley del Estado parte de la Convención donde se cumplan los requisitos de forma y fondo necesarios para la creación de dichas personas. Esta regla de conflicto, como se sabe,

c) Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 25 de julio de 1978 relativa a las cuentas anuales de determinadas formas de sociedades. En general se refiere al balance, cuentas de pérdidas y ganancias memoria.

d) Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 9 de octubre de 1978 relativa a las fusiones de sociedades.

e) Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 17 de diciembre de 1982 relativa a la escisión de las sociedades anónimas.

f) Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 13 de junio de 1983 relativa a las cuentas consolidadas.

g) Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas del 10 de abril de 1984 relativa a la autorización de las personas encargadas del control legal de documentos contables.

tiene un doble carácter en la medida que remite al juez a constatar si se cumplieron los requisitos no sólo de *forma* del acto, que de acuerdo con la ley del lugar pueden ser —como en el derecho mexicano— solemnes, tales como el constituirse ante un fedatario público, sino que también el juez verifique el cumplimiento de los *requisitos de fondo* del acto, como puede ser que quienes participan en él tienen capacidad para celebrarlo, o bien, si conforme a esta ley de constitución el objeto social de la sociedad es permisible, etcétera.

Ya hemos señalado tres cuestiones a que se refiere la Convención: que las *personas jurídicas privadas*, como las llama la Convención, constituidas en un Estado miembro, *deben ser reconocidas en los otros Estados.* Sin embargo, ese reconocimiento se sujeta a ciertas condiciones y límites. La condición consiste en que el Estado que reconoce puede "exigir la comprobación de que la persona jurídica existe conforme a la ley del lugar de su constitución"; y el límite (de naturaleza restrictiva) establece que la capacidad de la persona moral reconocida no "podrá exceder de la capacidad que la ley del Estado parte de reconocimiento otorgue a las personas jurídicas constituidas en este último" (art. 3o.).[23]

La Convención regula algunas de las situaciones comentadas con anterioridad y establece que también el ejercicio del objeto social de la sociedad queda sujeto a la ley del lugar donde se realicen los actos correspondientes; señala además que en los casos en los que se decida establecer "la sede efectiva de su administración", el Estado receptor podrá obligar a la persona moral a cumplir los requisitos que la ley de este último disponga para dicho efecto (arts. 4o., 5o. y 6o.). Finalmente, define la necesidad de contar con un representante para que responda acerca de las obligaciones contractuales y extracontractuales de la persona moral en el desempeño de su actividad.

También, la Convención se refiere a casos no tratados anteriormente: los relacionados con las personas jurídicas de derecho público, así como con las personas jurídicas internacionales.

A las "personas jurídicas de derecho público" se les otorgan los mismos derechos que los fijados para las "personas jurídicas privadas" (art. 6o.). A las personas jurídicas de derecho público también se les permite adquirir *derechos reales,* "sin perjuicio de que puedan invocar, en su caso, la inmunidad de jurisdicción". Dicho en otras palabras, por el simple hecho de tratarse de "personas jurídicas de derecho público", pueden eximirse de responsabilidad invocando su inmunidad de jurisdicción. Sin embargo, la Convención no contempla que ese tipo de personas puedan desarrollar actividades mercantiles. Establece que *estarán exentas de responsabilidad,* pero deben diferenciarse los actos de *iure gestionis* de los de *iure imperii* (que abordaremos más

23 No está por demás recordar que otros países, Madagascar por ejemplo, disponen que ninguna persona moral extranjera podrá ejercer *más derechos que los reconocidos en la ley del lugar de su constitución,* y tampoco mayores derechos que los reconocidos a las empresas de Madagascar (art. 23). Aquí debe quedar en claro que serán los Estados parte del acuerdo, o la institución internacional que cree a la "persona jurídica internacional", los que precisen el estatus de esos entes. Por tanto, la Convención sólo constata la existencia de éstos, sin que aporte más datos al respecto.

adelante), por lo que la exención sólo se refiere a los actos propiamente gubernamentales y no a los propios del comercio. Tal es el caso, por ejemplo, de Petróleos Mexicanos que aun cuando es una empresa pública, realiza actividades mercantiles. En este caso la Convención establece una disposición tan genérica que parecería que una empresa de este tipo se puede librar de los tribunales del Estado receptor, lo que no es así cuando se trate de actos meramente comerciales o actos que generen responsabilidades extracontractuales.

La Convención objeto de estudio se refiere a un hecho que existe y está regulado por su propia normatividad. Se trata de lo que la misma Convención llama *personas jurídicas internacionales creadas por un acuerdo* internacional entre Estados o por una resolución internacional (art. 8o.). Aquí debe quedar en claro que serán los Estados parte del acuerdo, o la institución internacional que cree a la "persona jurídica internacional", los que precisen el estatus de esos entes. Por tanto, la Convención sólo constata la existencia de éstos, sin aportar más datos al respecto.

> Ejemplos de este tipo de sociedad fueron las compañías aéreas Air Afrique, creadas por el Tratado de Yaundé del 20 de marzo de 1961, y la Scandinavian Airlines System, constituida por acuerdo internacional entre Suecia, Noruega y Dinamarca el 8 de febrero de 1951.[24] Podemos citar también la Eurochemic, cuyos accionistas fueron algunos gobiernos europeos y se creó en 1957 para producir combustible nuclear. Asimismo, destaca la compañía creada para construir el túnel Monte Blanco mediante un acuerdo franco-italiano. En esta empresa, ambos países comparten la administración del túnel.[25]

Además de estas sociedades o personas morales extranjeras, están las que surgen mediante acuerdos gubernamentales o que son creadas por algún organismo internacional como la ONU o la OEA. Varias de esas personas morales existen en México y son reconocidas en el país. La ley interna mexicana no hace referencia a este tipo de personas morales que nacen de acuerdos internacionales. En cambio, la ley peruana estima que éstas "pueden adquirir derechos y contraer obligaciones en el país, de conformidad con las leyes peruanas" (art. 2072, CC). La ley portuguesa, por su parte, agrega que esas personas colectivas internacionales se rigen por la ley establecida en el acuerdo constitutivo, y a falta del mismo, por la ley del país donde radiquen su sede principal (art. 34, CC

c) Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades Mercantiles

Esta Convención, al igual que la anterior, trata de las sociedades mercantiles constituidas en cualquiera de los Estados parte (art. 1o.). La existencia, capacidad, funcionamiento

24 Véase Leonel Pereznieto Castro, "Algunos aspectos de la constitución y la personalidad jurídica de las sociedades internacionales", en *Estudios de derecho económico*, núm. 1, UNAM, México, 19 pp. 73 y siguientes.

25 Wolfgang Friedman, *La nueva estructura del derecho internacional*, s. d., p. 225.

disolución de dichas sociedades se rigen por la "ley del lugar de su constitución"; esta ley será aquella del Estado donde "se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas sociedades" (art. 2o.).

Ejemplo

La sociedad extranjera "X" es accionista de la sociedad mexicana "Z". En este caso las reglas para la designación del presidente del consejo de administración, de sus gerentes, valor de las acciones, peso de los votos, etc., no se rigen conforme a la ley del lugar de creación de la empresa "X" (aun cuando ésta sea accionista mayoritaria), sino de acuerdo con la ley de la constitución de la sociedad "Z", ley mexicana.

Por otro lado, la Convención determina que las sociedades mercantiles debidamente constituidas en un Estado "serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados" (art. 3o.). Es decir, no se hace otra cosa que repetir y destacar una práctica extendida en todo el mundo. Sin embargo, ese reconocimiento —continúa en su segundo párrafo el art. 3o.— "no excluye la facultad del Estado para exigir la comprobación de la existencia de la sociedad conforme a la ley de su constitución". Es una disposición similar a la que exige el derecho interno mexicano y que hemos visto anteriormente.

Esta disposición, que ya comentamos, limita igualmente la capacidad de dichas sociedades al reconocimiento que el Estado haga de ellas. En otras palabras, se acepta que el país donde la sociedad extranjera ejerce su objeto social limite la capacidad de ésta a lo que tenga previsto para *sus propias sociedades*. Como se advierte, se trata de una derogación del principio general que establece que toda sociedad tendrá la capacidad delimitada por la ley de su creación, su escritura constitutiva y sus estatutos. Esta derogación se justifica a partir de un principio de igualdad: no dar más derechos a una sociedad extranjera que los otorgados a las sociedades nacionales.

La Convención que nos ocupa se refiere a dos cuestiones diferentes pero reguladas por la misma ley (art. 4o.). En primer lugar, sujeta el ejercicio directo o indirecto de los actos a la *ley del Estado donde se lleven a cabo*. Por otro lado, se aplica "al control que una sociedad mercantil que ejerza el comercio en un Estado obtenga sobre una sociedad constituida en otro Estado". Es decir, se trata del control que una sociedad extranjera podría llegar a tener sobre una mexicana. Este control, como mencionamos, se rige por la *ley mexicana*.

Ciertamente, el texto de la Convención no es claro, por lo que fue objeto de una intensa polémica cuando se planteó durante la Cuarta Sesión Plenaria de la CIDIP-II, que se celebró en Montevideo, Uruguay, en 1979. Incluso hubo propuestas en el sentido de que no se incluyera la disposición que rige *el control de una sociedad* por parte de otra, porque era evidente que todo control sería regido por la ley del país donde éste se tratara de ejercer. Ésta fue la opinión del delegado de México en el debate, José Luis Siqueiros, quien manifestó: "Es inobjetable... que cualquier adquisición

de acciones o de participaciones sociales por parte de un inversor extranjero quede sujeta a la previa aprobación del país receptor, es decir, donde están constituidas las sociedades nacionales cuyas acciones o partes sociales pretende adquirir o controlar en forma mayoritaria la sociedad extranjera".[26]

Sin embargo, pese a las objeciones que se formularon a petición de otros delegados, el texto fue incluido, aunque no quedó redactado correctamente.

Como tendremos la oportunidad de constatar, los *actos de control* de una sociedad situada en otro Estado son reales. El concepto de control de una sociedad sobre la otra no aparece definido en la ley, pero es verificable fácilmente en la medida en que la controladora suministre todos los activos comerciales: marca, *know-how*, contrato de franquicia, etc., a la controlada.

Si una de las sociedades procedentes de cierto Estado parte decide establecer su domicilio social o "sede efectiva de su administración" en el territorio de otro país miembro, éste podrá —indica la Convención— obligarla a *cumplir los requisitos establecidos en su propia legislación* (art. 5o.).

Como hemos señalado, las sociedades también quedan sujetas a la *competencia de los tribunales del país donde llevan a cabo* las actividades propias de su objeto social (art. 6o.). Es decir, hay concurrencia de la ley sustantiva y de la competencia orgánica (el *ius* y el *forum*). La primera, como dijimos, regula las actividades de la sociedad y puede incluso limitarlas; conforme a la segunda —competencia orgánica—, el ejercicio de estas actividades implica la competencia de los tribunales del lugar donde dichas actividades se realicen.

Conviene comentar que esta Convención, al igual que la Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas jurídicas, sólo está vigente entre unos cuantos Estados parte,[27] y no son con los que México mantiene importantes corrientes de comercio.

d) Convenciones de nuevo cuño

Dijimos que en este apartado nos referiríamos a un tipo diferente de convenciones, que obedecen a una realidad internacional caracterizada por una interdependencia entre los Estados y, consecuentemente, por un amplio desenvolvimiento del comercio internacional, que requiere a su vez la promoción de las inversiones extranjeras y de su libre desarrollo. Éste es el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) y de los acuerdos para la protección recíproca de las inversiones celebrados con un amplio número de países.

26 OEA, *Actas y documentos. Segunda Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado*, vol. III, Washington, 1980, p. 131.

27 Hasta enero de 2006 eran Estados parte de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado: Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guatemala, Haití, México, Nicaragua, Uruguay y Venezuela.

e) Tratado de Libre Comercio de América del Norte

El TLCAN fue concertado entre México, Estados Unidos de América y Canadá, tres Estados que también son miembros del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT),[28] que fue el acuerdo rector del comercio durante las negociaciones del TLCAN. En su art. XXIV, el GATT establecía la posibilidad de concertar convenios regionales de libre comercio. De ahí que el TLCAN haya adoptado los principios rectores del GATT: trato de la nación más favorecida, transparencia y, sobre todo, trato nacional, los cuales se desglosan en el art. 102 del TLCAN, que se refiere a los objetivos del tratado. Cabe recordar que el GATT fue incluido como uno de los acuerdos multilaterales de comercio que ahora administra la Organización Mundial de Comercio (OMC).

Para el tema que nos ocupa, estos principios se aplican en el TLCAN no sólo a productos y servicios, como en el GATT, sino también a las inversiones a las que se refieren los capítulos XI y XIV del tratado y que se mencionan a continuación.

Principio de la nación más favorecida

Conforme al principio de "trato de la nación más favorecida, México deberá otorgarles a los inversionistas de Estados Unidos de América y Canadá un trato no menos favorable que el que [se] otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de otra parte o de un país que no sea parte, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de inversiones". Así, México se compromete a otorgar a esas sociedades todos los beneficios que se pueden derivar de los tratados interamericanos que tiene suscritos con otros países. También se compromete a que cualquier beneficio que otorgue a sociedades incorporadas en Estados Unidos de América se haga extensivo a Canadá, y viceversa (art. 1103).

Ejemplo

Si EUA celebra un convenio con países europeos en el que se establecen ventajas tales como acceso de esa inversión dentro de áreas reservadas (aeroespacial, televisión, telecomunicaciones, etc.) para sus empresas cuando éstas realicen actividad comercial dentro de EUA, el beneficio será extensivo a las empresas mexicanas y canadienses que participen en el mercado estadounidense.

En términos más prácticos, México se obliga a no fijar *requisitos de desempeño* a sociedades constituidas en Estados Unidos de América y Canadá, tales como obligarlas

28 De 1947.

a exportar cierto porcentaje de bienes o servicios, o bien alcanzar determinado porcentaje de contenido nacional, etc. (art. 1106).

México tampoco podrá obligar a esas sociedades a que sus puestos de alta dirección sean ocupados por personas de una nacionalidad en particular, pero sí podrá exigir que la mayoría de los miembros del consejo de administración o de un consejo afín de una sociedad constituida en Estados Unidos de América o Canadá sean de una nacionalidad determinada, o que tengan una residencia específica en alguno de estos países, con la salvedad de que el requisito no menoscabe materialmente la capacidad del inversionista para ejercer el control de su inversión (art. 1107).

Los beneficios y el trato que tienen las sociedades constituidas en los países mencionados se extienden a otras tres áreas, que son las siguientes:

- **Transferencias de recursos.** Podrán realizarse al extranjero con base en los diferentes rubros que establece el art. 1109.
- **Derechos de indemnización.** Se derivan de expropiaciones, siempre que éstas se lleven a cabo con los requisitos que fija el art. 1110.
- **Derecho a que las autoridades informen.** Las sociedades mencionadas recibirán información acerca de leyes, reglamentos, estadísticas y todos los datos que les sean necesarios para el desarrollo de su actividad.

De gran importancia para las sociedades incorporadas en Estados Unidos de América y Canadá es la opción que éstas tienen de recurrir a los tribunales mexicanos, o al mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones previsto en la sección 13 del capítulo XI del TLCAN, cuando consideren que sus derechos han sido violados. Mediante este mecanismo, una sociedad de ese tipo puede pedir que se lleve a cabo un proceso arbitral como el previsto en la sección B de dicho capítulo.[29]

En mayor o en menor medida los diferentes acuerdos de libre comercio que México ha celebrado con distintos países de América Latina contienen disposiciones análogas a las ya mencionadas, por lo que sugerimos consultar directamente esos tratados.[30]

Principio de trato nacional

En lo que corresponde al "nivel de trato", de acuerdo con el art. 1104 México se compromete con las sociedades incorporadas en Estados Unidos de América o en

29 Acerca de los mecanismos para la solución de controversias en el TLCAN se puede consultar Leonel Pereznieto Castro, "Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el tratado norteamericano de libre comercio", en *Revista Jurídica*, núm. 23, Universidad Iberoamericana, 1994, pp. 35 y ss. Asimismo, José Luis Siqueiros, "La solución de controversias en el marco del TLCAN", en *Revista Jurídica*, núm. 24, Universidad Iberoamericana, 1995-1, pp. 389 y siguientes.

30 Entre otros tratados, los celebrados con Chile, *DO* del 23 de diciembre de 1993 (este tratado tuvo modificaciones el 17 de abril de 1998 que aún no se publican en el *DO*); con Colombia y Venezuela *DO* del 9 de enero de 1995; con Costa Rica, *DO* del 10 de enero de 1995; con Bolivia, *DO* del 11 enero de 1995, y con Nicaragua, *DO* del 26 de mayo de 1998.

Canadá a otorgarles el mejor de los tratos, tanto desde la perspectiva de trato nacional como de trato de naciones más favorecidas.

Ejemplo

Se podrá estimar como disposición que pugne contra el TLCAN aquella que hipotéticamente se pronunciara en México estableciendo que "en toda la producción de bienes de una empresa extranjera (de EUA o de Canadá) deberá incluirse como mínimo 30% de materia prima mexicana".

Los Estados se comprometen a otorgarle a los inversionistas de otro Estado parte, al igual que a sus inversiones, un trato no menos favorable que el que otorguen, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones.

Lo anterior, en la práctica, significa que las sociedades incorporadas en los países parte del TLCAN deben cumplir los requisitos establecidos por ley para todas las sociedades extranjeras en México. Además, para su operación, y salvo las limitaciones de orden constitucional que existen para extranjeros, las sociedades extranjeras o las sociedades mexicanas con socios extranjeros pueden realizar libremente sus actividades *sin que se les puedan imponer restricciones mayores* que las que se aplican para actividades similares a las sociedades mexicanas, a menos que esas sociedades "sean propiedad o estén controladas por nacionales de un país no parte" en el TLCAN (art. 1113).

En el caso expuesto, la cláusula de trato nacional no se aplica. Lo importante ahí es que, al margen de las disposiciones tradicionales, el fin de esta reglamentación moderna es lograr la mayor equiparación posible entre las sociedades que proceden de los Estados parte en el tratado con las sociedades nacionales. A diferencia de lo que sucedió en el pasado (cuando se privilegió la inversión nacional), ahora se busca que la inversión extranjera sea llevada a cabo por sociedades extranjeras o por sociedades mexicanas con capital extranjero.

Ejemplo

Si las autoridades fiscales de Estados Unidos de América otorgan un trato fiscal específico y benéfico a las empresas estadounidenses, el mismo beneficio deberá otorgarse a las empresas mexicanas y canadienses.

Como la mayor parte de los países latinoamericanos, México no tiene un ahorro interno que le permita realizar una inversión en el desarrollo de su comercio, industria

o servicios, e incrementar con ello los niveles de vida de la sociedad. La inversión extranjera viene a llenar esos vacíos, por lo que su permanencia y desenvolvimiento deben considerarse importantes para el país. Por tanto, los vehículos en los cuales esa inversión se manifiesta —sociedades, empresas, coinversiones, etc.— deben ser protegidos y asimilados. De ahí el cambio radical hoy en día en el tratamiento de la inversión extranjera y de las sociedades extranjeras.

f) Los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones

Entre los instrumentos internacionales modernos, el tratamiento correspondiente al rubro de sociedades extranjeras beneficia particularmente a las sociedades constituidas en los países con los que se celebró algún convenio. Se trata de acuerdos bilaterales, de ahí su denominación internacional de *Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones* (conocidos por sus siglas APPRI).[31] Dichos principios son, en suma, los siguientes:

a) Otorgamiento de trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas a las sociedades que procedan de los Estados parte, conforme al derecho internacional. O sea, que en estos aspectos las partes ya no se remiten a la normatividad acordada en su convenio internacional, como vimos en el caso del TLCAN; tampoco a su derecho interno —aplicable en las convenciones interamericanas—, sino al *derecho internacional*. Con ello se abren amplias posibilidades para aplicar normatividad, jurisprudencia, usos y costumbres y doctrina internacionales. Si el paso que se dio en el TLCAN en materia de tratamiento de sociedades extranjeras en México fue muy grande, en este tipo de acuerdos es todavía mayor. Pero, en todo caso, estos instrumentos internacionales abstraen a ese tipo de sociedades del derecho interno para los rubros específicos que se señalan (trato justo y equitativo, protección y seguridad). Se trata de principios generales sumamente amplios y cuya aplicación e interpretación quedarán en manos de los paneles (tribunales específicos de arbitraje) para la solución de las controversias a las que aluden los acuerdos que nos ocupan y no para los tribunales locales de los Estados parte.

31 Por orden cronológico se han celebrado con varios países, entre otros, y publicados en el *DOF*, los siguientes: Reino de España (22 de junio, 1995); Confederación Suiza (10 de julio, 1995); Argentina (13 de noviembre, 1996); Unión Económica Belgo-Luxemburguesa (16 de febrero, 1998); Reino de los Países Bajos (13 de mayo, 1998); República de Austria (29 de junio, 1998); República Federal de Alemania (25 de agosto, 1998); República Francesa (12 de noviembre, 1998); República de Finlandia (27 de febrero, 1999); Reino de Dinamarca (13 de abril, 1999); República del Uruguay (30 de junio, 1999); República Portuguesa (11 de noviembre, 1999); República Italiana (24 de noviembre, 1999); Reino de Suecia (3 de octubre, 2000); República de Corea (14 de noviembre, 2000); República Helénica (30 de noviembre, 2000); República de Cuba (30 de mayo, 2001); República Checa (4 de abril, 2002). Tomado de José Luis Siqueiros, "El arbitraje de naturaleza privada en el marco del TLCAN", *op. cit.*

b) Otorgamiento de la cláusula de la nación más favorecida. Conforme a ésta, cada parte otorgará a la otra un "trato no menos favorable que el que se le otorgue en circunstancias similares a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de un tercer Estado". También se establece el compromiso de las partes a no imponer requisitos de desempeño, como hemos mencionado, a las sociedades procedentes de los Estados contratantes.

c) Se fijan compromisos para otorgar *libertad de transferencia de divisas y libre convertibilidad* de pagos relacionados con la inversión.

d) Se señalan reglas según las cuales una parte contratante puede *expropiar o nacionalizar por causa de utilidad pública,* así como reglas que detallan el régimen correspondiente de indemnizaciones.

e) Se acepta la *cláusula de la nación más favorecida* para el caso de "indemnización por pérdidas".

f) Se acepta también la cláusula de subrogación.

g) Finalmente, se establece un *sistema de solución de controversias* con base en el arbitraje comercial internacional y del tipo del establecido en el TLCAN, o sea, a través de paneles internacionales.

En suma, se trata de una nueva etapa en la que se pretende una mayor asimilación de las sociedades extranjeras a la realidad y a la economía mexicanas, y en la cual, consecuentemente, los derechos de dichas sociedades serán protegidos e igualados a los derechos de las sociedades mexicanas.

16.5. Desconocimiento de los actos de las sociedades extranjeras

Hasta ahora nos hemos referido a la manera en que una persona moral extranjera puede ser reconocida en México. En seguida examinaremos los casos en que ciertos actos de una persona de ese tipo podrán ser *desconocidos.* Nos referiremos brevemente a situaciones que pugnan contra el orden público mexicano, a si la empresa se constituyó en fraude a la ley mexicana o sus actividades contrarían alguna ley imperativa, situaciones que, a pesar de que son poco frecuentes, no queremos dejar de mencionar.

Estos casos suponen lo siguiente:

a) Que una norma de conflicto estableciera que la competencia legislativa o la competencia de la sociedad se regula por una ley extranjera. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una sociedad extranjera que solicite su reconocimiento en México cuando su objeto social es contrario al orden público o a las normas imperativas mexicanas (por ejemplo, tráfico de armas o actividades de refinación de petróleo, etcétera).

b) Que al tratar de aplicar una ley extranjera o de reconocer al órgano extranjero que conoció del asunto, descubramos que vulnera el orden público mexicano, como en los casos en que un accionista pretenda que se le reconozcan facultades amplísimas, o en que alegara que en los estatutos se prevé la sumisión de las decisiones a ese único accionista que tiene derecho de veto en contra de las decisiones tomadas por la asamblea. Sería una hipótesis muy remota, pero seguramente contraria a las disposiciones de orden público en materia de sociedades, en donde se debe respetar el derecho de participar en las asambleas y decidir libremente a todos los socios.

c) Que la actividad realizada por la empresa pretenda que le sea amparada por la ley de su constitución o cualquiera otra que pugne con alguna norma imperativa mexicana. Pensemos, por ejemplo, en una empresa hotelera ligada a EUA que pretenda cumplir o ejecutar en México leyes incompatibles con el sistema jurídico mexicano.

d) En los casos anteriores, la autoridad mexicana debe rechazar la aplicación de la ley extranjera que en principio fue declarada aplicable.

e) Al rechazarse la aplicabilidad de la ley extranjera, se procurará aplicar la mexicana, y en su caso quedará libre la posibilidad para que un órgano mexicano pueda conocer del negocio.

Estas excepciones operan tanto en las reglas de derecho interno como en las de derecho convencional internacional. Se trata de casos conforme a los cuales se le desconocen efectos extraterritoriales a las sociedades constituidas, modificadas, fusionadas o liquidadas en el extranjero. A continuación explicaremos esas excepciones.

a) Contrariedad con el orden público mexicano

La cláusula de contrariedad al orden público, consagrada en el *CCDF* y en la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Sociedades (art. 7o.), establece que la ley declarada aplicable por dicho código o por la Convención podrá no ser aplicada si se considera contraria al orden público. Esto implica que la ley conforme a la cual se constituyó la sociedad sea contraria al orden público del foro, en cuyo caso no se reconocerá la sociedad constituida según esa ley. Sin embargo, es difícil que se presente una situación de este tipo, por lo que podríamos encontrarnos con un caso de exclusión parcial. Si ésta se refiere a un aspecto secundario de la ley aplicable a la constitución de la sociedad, y si dicha sociedad puede llevar a cabo sus actividades aun con esa exclusión parcial, entonces podrá operar en el Estado de destino.

Ejemplo

La elección de delegados de la sociedad no está sujeta al voto de los asociados, sino a la designación por parte de una persona ajena a la sociedad. Como se advierte, se trata de una fórmula inaceptable para México, en cuya legislación, en todo momento, se atiende al derecho de los asociados.

Debido a que el derecho local no admitirá una disposición de este tipo, tal exclusión puede ser sustituida por la ley interna, la cual determinará si se ha de reconocer a la sociedad extranjera. Sin embargo, si la disposición de que debe quedar excluida por aplicación del orden público resulta esencial para el funcionamiento de la sociedad (objeto social, por ejemplo), ello equivaldría al no reconocimiento de dicha sociedad. En este sentido, la cláusula del orden público no sólo será interruptora del libre desempeño de la norma de conflicto, sino que además será una cláusula derogatoria de la aplicabilidad de la norma extranjera. No obstante, esta situación es poco probable, pues hoy en día existe cierta homogeneidad en lo que se considera comercial, y más aún en materia de sociedades mercantiles en el mundo, lo que haría remota una situación como la que acabamos de plantear, pero es un buen ejemplo de lo que tratamos de decir respecto del orden público.

b) Fraude a la ley

Un caso trascendental de la jurisprudencia francesa para desconocer a una sociedad constituida en el extranjero lo protagonizó Moulin Rouge Atractions Limited. Esta empresa se constituyó fuera de Francia en un lugar distinto del sitio donde funcionaba, pues mientras Moulin Rouge, negocio principal, se ubicaba en París, los socios prefirieron darle vida a la empresa en un lugar que fiscalmente les convenía más. El tribunal francés consideró esto como un fraude a la ley y desconoció a la persona moral.

Este ejemplo ilustra el rechazo en cuanto al reconocimiento de una sociedad que, a pesar de ser poco común, no es imposible jurídicamente.

c) Violación a una ley imperativa mexicana

Hay casos en que cabe reconocer a la empresa extranjera, pero que los actos específicos que realice sean rechazados al estimarse contrarios a una ley imperativa o de aplicación inmediata mexicana.

Un ejemplo de este caso fue el que se presentó en febrero de 2006 en el hotel María Isabel Sheraton, de la Ciudad de México, empresa subsidiaria de otra de EUA (Starwood Hotels & Resorts Worldwide, Inc.), cuando después de haber admitido a unos clientes cubanos, delegados a una reunión de trabajo, fueron desalojados del hotel, denegándoseles el servicio y perdiendo sus depósitos. La gerencia del hotel informó que lo hacía en cumplimiento a la *Ley para la Libertad y la Solidaridad Democrática Cubanas* (*Ley Helms-Burton*) de EUA, que impide que las empresas de ese país mantengan relaciones comerciales con cierta categoría de personas cubanas. Brookly McLaughlin, vocera del Departamento del Tesoro de EUA, informó que se

pidió a los propietarios del hotel expulsar a la delegación cubana debido a q
Estados Unidos prohíbe a empresas estadounidenses hacer negocios con cuba
"El hotel en la Ciudad de México —dijo— es una subsidiaria estadounidense y p
tanto le está prohibido proveer un servicio a Cuba o a sus nacionales."

El acatamiento de la ley extranjera por parte del gerente del hotel produjo, a
más, una violación a los derechos humanos, puesto que fueron objeto de discrimi
ción algunas personas.

Se trata de una ley extranjera (*Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*
1996) que es contraria a la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminaci*
(*DOF*, 11 de junio de 2003), así como a la *Ley de Protección al Comercio y la Inversión*
Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional (*DOF*, 23 de octu
de 1996), también conocida como *Ley antídoto*.[32]

Conforme a la *Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación* (art. 9o.)
prohíbe toda práctica discriminatoria que tenga por objeto impedir o anular el re
nocimiento o ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades, q
se enumeran detalladamente en diversos incisos de la ley. En el amplio apart
ejemplificativo de actos discriminatorios aparecen los de aplicar cualquier tipo
uso o costumbre que atente contra la dignidad e integridad humanas, impedir
acceso a cualquier servicio público o institución privada que preste servicios al púb
co, así como limitar el acceso y, en general, cualquier otra conducta discriminato
En suma, se trata de la aplicación por parte de México de leyes imperativas aun
contra de las leyes que, en circunstancias extremas como éstas, una sociedad extr
jera pretende que le sean aplicables.

16.6. La nacionalidad de las sociedades[33]

a) Consideraciones generales

El tema de la nacionalidad de las sociedades fue una de las consecuencias de
Primera Guerra Mundial y volvió a ser discutido durante la Segunda Guerra Mundi
después de ésta. En aquella época se intentó determinar la nacionalidad de
sociedades para saber cuáles de ellas pertenecían al enemigo y, por consiguie
proceder a su incautación. Por otro lado, la nacionalidad de las sociedades se trató
relación con implicaciones fiscales. Antes de que se aceptara el criterio de la r
dencia en materia impositiva en el ámbito internacional, muchas legislaci

32 Véanse las notas y declaraciones en la prensa del 7 de noviembre de 2006, así como la respue
gobierno de México al de Cuba, http://www.sre.gob.mx/comunicados/comunicados/2006/
ro/b_024.htm.

33 La información contenida en este apartado fue tomada de Leonel Pereznieto Castro, "La nació
de las sociedades", en *El Foro*, Quinta Época, núm. 27, julio-septiembre de 1972, pp. 55 y siguie

nacionales consideraban causantes de impuesto a las sociedades según su nacionalidad, de ahí que fuera relevante conocer con precisión su origen.

En México se otorgaron subvenciones y subsidios a empresas nacionales con el fin de que pudieran desarrollarse, por lo que también era importante determinar la nacionalidad de las sociedades, política económica que ya desapareció. Sin embargo, el tema sigue atrayendo el interés, sobre todo porque diversas legislaciones, entre ellas la mexicana, se refieren a la nacionalidad de las sociedades (art. 8o. de la *Ley de Nacionalidad*). En este apartado incluimos el tema por razones de tipo histórico y cultural, pero sobre todo porque la ley mexicana sigue sosteniendo este criterio.

Existieron dos grandes tendencias de opinión: una apoyaba que las sociedades tuvieran una nacionalidad y otra era contraria a esta última. La primera se denominó *doctrina clásica*, y la segunda, *doctrina contraria a la nacionalidad de sociedades*.

La doctrina clásica que defiende la nacionalidad de las sociedades. El punto de partida de esta doctrina fue la pretendida igualdad de derechos y obligaciones para personas físicas y morales. La persona moral, cabe decir, es un ente independiente de sus socios. Aunque se trate de sociedades mercantiles, los principios generales pueden ser aplicados a otro tipo de sociedades.

La persona moral contrata, compra, vende, se compromete, exige derechos; es decir, la vía judicial está abierta para ella y jurídicamente no se diferencia mucho de la persona física; por tanto, tiene derecho a gozar de una nacionalidad, como aquélla. Si la persona física vive y trabaja en favor de su país, de la colectividad que forma su nación, y ésta tiene el inalienable derecho de darle una nacionalidad, la persona moral no es menos, pues con su actividad beneficia también a su colectividad, ofrece oportunidades a sus conciudadanos, paga impuestos, ayuda al desarrollo económico del país y trabaja en tiempo de guerra para la defensa de su patria, lo cual no puede pagarse con algo menos que con el otorgamiento de la nacionalidad.

Una sociedad "nace" según las leyes de un país y normalmente "vive" de acuerdo con ellas. El solo hecho de su creación y de su sumisión como ente jurídico de un país determinado es requisito suficiente para otorgarle una protección, una identificación, en fin, una nacionalidad. No es posible que, una vez formada, se le abandone después en su existencia jurídica o se le ignore; es necesario darle ese nexo con el país de origen cuyas leyes permitieron su existencia.

Esta doctrina, fuertemente criticada, "se basa sobre una profunda asimilación de las personas morales a las físicas y tuvo su inicio en la época cuando la concepción de la realidad de las personas morales comenzaba a eclipsar a aquella de la ficción; de ahí la influencia".[34]

En cuanto al aspecto técnico-jurídico implícito en el otorgamiento de la nacionalidad mexicana a las personas morales, el art. 5o. de la *Ley de Nacionalidad y Naturalización* de 1934, que se reproduce idéntico en el art. 8o. de la *LN*, fue criticado

34 Loussuarn-Bredin, *Droit du Commerce International*, Sirey, París, 1969, p. 30.

en su época por Eduardo Trigueros: "Pecando contra los más elementales principios de la técnica para la elaboración jurídica, puede la ley usar la palabra *nacionalidad* para significar, en forma abreviada, el conjunto de los derechos y deberes que, en relación con un Estado, tienen las personas jurídicas formadas al amparo de sus leyes, domiciliadas en su territorio, o al servicio de intereses nacionales." El autor nos dice además: "Pero es notorio que es indebido usar así tal concepto, ya que su sentido jurídico es distinto y ese sentido está aceptado en la Ley Fundamental precisamente para señalar quiénes son los individuos que integran el pueblo del Estado mexicano." Y concluye con la afirmación de que "las personas jurídicas no pueden ser unidades del pueblo mexicano; es impropio hablar de su nacionalidad mexicana, y esta impropiedad en la legislación trae confusiones innecesarias".[35]

En el sistema jurídico mexicano, los defensores de la tesis en favor de la nacionalidad de las personas morales encontrarían, sin lugar a dudas, buen material al cual recurrir para defender su postura; en este sentido, el art. 8o. de la *Ley de Nacionalidad* dice: "Son personas morales de nacionalidad mexicana..." Con frecuencia se habla en nuestros ordenamientos jurídicos de la distinción entre "sociedades nacionales" y "sociedades extranjeras", figuras que utiliza el legislador más bien para poner de relieve una diferencia que para tratar de sostener una posición al respecto.

La doctrina contraria a la nacionalidad de las sociedades. Esta doctrina cobró fuerza después de la Primera Guerra Mundial. Pépy, y después Niboyet, cada vez con más intensidad, se mostraron contrarios a la nacionalidad de las sociedades. El segundo insistía en que es imposible que una sociedad, una simple creación emanada de un contrato privado, pueda engendrar una relación de tipo político entre ésta y el Estado, de la misma forma que una persona física. Aceptar que las sociedades tengan una nacionalidad, comentaba el tratadista, es aceptar que cualquier otra "cosa" pueda ser dotada de nacionalidad, como los navíos, que tan sólo son portadores del pabellón de un país.

La nacionalidad es un acto soberano, unilateral, por medio del cual un Estado determina quiénes son sus nacionales. En cambio, un juez puede, con base en varios elementos, determinar a qué país pertenece una sociedad, lo que nunca podrá hacer con una persona física, a la que tan sólo podrá llegar a definir como extranjera.

Henri Batiffol, considerado en la década de 1970 el principal tratadista francés del DIPr, sostiene que la nacionalidad es "la pertenencia jurídica de una persona a la población constitutiva de un Estado" y que la población de un Estado está integrada solamente por personas físicas y no morales.[36]

La famosa frase de Hauriou de que "una nacionalidad es una mentalidad", la cual complementa al señalar que "los accidentes de la historia" van consolidando y configurando una manera de ser, de actuar, de pensar, nos lleva a desechar la idea de que

35 Eduardo Trigueros, *Evolución doctrinal del Derecho Internacional Privado*, Polis, México, 193[illegible] p. 34.

36 Henri Batiffol-Lagarde, *Droit International Privé*, 5a. ed., LGDJ, París, 1970-1971, pp. 62 y 235.

una sociedad pueda tener, *stricto sensu*, una nacionalidad. Nuestra opinión es que actualmente se emplea dicha expresión por comodidad. La doctrina clásica que afirma lo contrario no tiene seguidores hoy en día.

De acuerdo con Niboyet, podemos distinguir dos situaciones: *a*) saber si una sociedad es "nacional" o "extranjera" nos lleva por un lado al campo del derecho internacional privado, es decir, a saber —según la nacionalidad que el juez asigne a determinada sociedad, y con base en la regla de conflicto de leyes del propio juez— cuál será la ley que deberá aplicarse, y *b*) en el orden político, se trata de saber si la sociedad es o no nacional para efecto del goce de derechos, el ejercicio de ciertas actividades o el otorgamiento de apoyos económicos para su desarrollo. En otras palabras, sólo si dicha sociedad es nacional podrá gozar de ayudas, prerrogativas, facilidades y exenciones tributarias, cada día más escasas, que el Estado otorga a las empresas de este tipo.

Si la sociedad es nacional, podrá realizar actividades en sectores que las leyes mexicanas reservan a ese tipo de organizaciones; si no lo es, puede impedírsele el acceso a dichas áreas.

b) La nacionalidad de las sociedades en la legislación mexicana

Se considera que son personas morales de nacionalidad mexicana las constituidas de conformidad con las leyes del país y que se establezcan en territorio nacional. Aquí se atiende a dos criterios: uno *formal*, que tiene que ver con la constitución de la sociedad de acuerdo con las leyes mexicanas; y otro *real*, el del establecimiento del domicilio legal en territorio nacional. Dentro del criterio formal se encuentra el concepto del sistema anglosajón de la *incorporation*, y dentro del criterio real el del domicilio del *territorialismo mexicano*. Se pueden ver con claridad en esta distinción los dos criterios prevalecientes en diversas épocas: la del comerciante británico en sus negocios en ultramar, teniendo siempre como sede jurídica de sus negocios la ley británica (siglo XIX), y al lado de ella el CCDF en pleno, aunque posrevolucionario (1932), donde se establece un territorialismo que se suavizó con la reforma de 1988 que introdujo en dicho *Código* el concepto del domicilio como fórmula atenuada, forma que por cierto desapareció con las reformas en el 2000, en las que se volvió sobre el criterio territorialista anterior, en el cual basta la presencia de la persona en territorio nacional para que se le apliquen las leyes mexicanas, sin exclusión. En 1928 había razones, pero hoy en día es un dispositivo totalmente inadecuado para la apertura de México hacia el mundo, proceso en el que con mayor frecuencia deberá definirse con precisión la capacidad de extranjeros o de sociedades extranjeras en México. Afortunadamente ha quedado la ancha playa en lo comercial al aplicársele a éste el CCFed como supletorio y el que sí admite la regla del domicilio.

El sistema mexicano parte, pues, de los dos criterios enunciados, pero se complementa con otros de tipo regulatorio, más políticos y proteccionistas de nuestros recursos naturales. En efecto, se establece que en la escritura constitutiva de las sociedades mexicanas, civiles o mercantiles

que deseen estar en posibilidad de admitir socios extranjeros y de adquirir en cual
forma el dominio directo sobre tierras, aguas y de las acciones fuera de la zona
hibida o concesiones de explotación de minas, aguas y combustibles minerales
República Mexicana se consigne expresamente que todo extranjero que, en el ac
constitución o en cualquier tiempo ulterior, adquiera un interés o participación soci
la sociedad, se considerará por ese simple hecho como mexicano respecto de uno y
y se entenderá que conviene en no invocar la protección de su gobierno bajo la pen
caso de faltar a su convenio, de perder dicho interés o participación en beneficio d
nación.

Debiéndose solicitar previamente, tanto para la constitución como en cada ca
adquisición de los bienes de referencia, de la Secretaría de Relaciones Exteriores, el
miso que exige la fracc. I del art. 27 de la *Constitución*.

Esta disposición contiene dos aspectos: en uno se defiende lo que se ha consider
propiedad que originalmente corresponde a la nación, con el consecuente dere
de transmitir el dominio (de propiedad) a los particulares, constituyendo la pro
dad privada; de esta forma el Estado se reserva el control directo de los sectores c
siderados de importancia estratégica para el desarrollo de México. Asimismo, se h
mención de la zona restringida. En verdad, se trata de una disposición sin fundame
hoy en día, sobre todo porque miles de extranjeros en México tienen la posesión
muchas propiedades en esta zona, y con una disposición de este tipo no se atien
una realidad que debe ser regulada de manera moderna en México.

El otro aspecto aborda la renuncia que debe hacerse respecto de la protec
diplomática, factor político; el citado precepto hace suya la famosa Cláusula C
elaborada por el jurista sudamericano Carlos Calvo y de amplia difusión en las le
laciones latinoamericanas.

Por el simple hecho de que los extranjeros se considerarán como mexicanos y
invocarán la protección de su gobierno, nuestras leyes asimilan en principio
sociedades integradas por éstos dentro de las constituidas íntegramente por mex
nos. No obstante, se establecen otras disposiciones en cuanto al régimen accion
dentro de los sectores de explotación, producción y distribución en sectores más
tringidos, donde no pueden tener acceso sociedades con miembros extranjeros
señalan igualmente los requisitos a los cuales deben ajustarse los extranjeros par
compra de sociedades existentes, etcétera.

Como lo comentamos, se controla la participación extranjera en las socied
para efectos de protección política y de los recursos, pero se omite precisar más so
la naturaleza de las sociedades en cuanto a su nacionalidad. Es obvio que una emp
sa integrada por capital extranjero que responda a motivaciones e intereses disti
de los nacionales, por el solo hecho de estar constituida en México, de acuerdo
las leyes mexicanas y tener su domicilio en el territorio de la República, no puede
en la práctica, una sociedad mexicana, a pesar de que las leyes traten de consid
la como tal. Si las sociedades extranjeras, según nuestra legislación, están some
a un régimen diferente, resulta incongruente que las sociedades mercantiles,

especial las anónimas integradas por extranjeros o las filiales de compañías extranjeras, sean consideradas mexicanas y asimiladas a éstas, cuyos elementos constitutivos son mexicanos en su totalidad. Sin embargo, el TLCAN asigna el mismo tratamiento a las sociedades estadounidenses y canadienses que el Estado mexicano otorga a las sociedades mexicanas (art. 1o.).

Para determinar el origen de las sociedades la *Ley de Nacionalidad* sólo toma en consideración los dos criterios indicados, por lo que es necesario analizarlos junto con otros.

c) Diferentes criterios para la determinación de la nacionalidad de sociedades

El criterio formal

Dentro de éste abordaremos el referido al lugar de constitución de la sociedad, así como al de la incorporación.

El lugar de constitución de la sociedad. Éste es el criterio más simple y seguro para resolver el conflicto de leyes; se basa en el principio de la regla *locus regit actum*. Como el lugar donde se celebra el acto es fácilmente detectable, se puede deducir la ley aplicable al mismo. Consagrado en el derecho mexicano, no representa el mismo valor en lo que atañe a la determinación de la nacionalidad de las sociedades que en lo que se refiere al goce de derechos, sobre todo ahora que con el TLCAN y otros tratados comerciales sólo se otorgan exenciones aduaneras a ciertas sociedades según procedan o no del país con el que se tiene firmado un acuerdo. Sin embargo, es un elemento secundario que puede tomarse en cuenta.

Pillet sostenía que el país donde se constituye la sociedad es el único y primer lugar en que ésta se crea; ahí mismo, el legislador es el único facultado para otorgarle personalidad moral; por tanto, resulta ilógico pensar que sean las leyes de otro país las que rijan dicha sociedad. Este argumento, como puede observarse, se basa en una idea territorialista, pues circunscribe forzosamente a la sociedad dentro del ámbito territorial de un Estado. Esto implica que una vez sobrepasado ese límite, la empresa no tenga ningún efecto, lo que es contrario a las necesidades del comercio internacional y entorpece las operaciones de las sociedades fuera del Estado donde fueron constituidas.

Este criterio ofrece otros inconvenientes, pues como en el caso de *la incorporation*, que estudiaremos en seguida, presenta un vacío desde el principio. El hecho de la constitución de la sociedad es únicamente un indicador para determinar en primera instancia a qué país pertenece, y es por ello que siempre, o casi siempre, como lo hace nuestra legislación, dicho aspecto debe ser acompañado de otro u otros criterios que, una vez combinados, ayuden a precisar la ubicación de la sociedad y, en consecuencia, la determinación de su nacionalidad.

El criterio de la incorporation. Es el criterio de mayor difusión en el sistema jurídico del *common law.* Su indiscutible sentido práctico permitió su auge en Inglaterra desde la época de la Revolución industrial. Ese país, con gran potencial económico en aquel tiempo, requería nuevos mercados y explotaciones, lo cual sólo podía llevar a cabo mediante compañías en ultramar que, dependientes del Imperio británico, fueran suficientemente protegidas por éste. La protección diplomática ofrecida de esa manera contribuyó en mucho a que proliferaran las sociedades inglesas en todo el mundo.

Pero también existen razones de tipo jurídico. Inglaterra, país basado en un derecho consuetudinario en el que no existen disposiciones específicas para la organización y funcionamiento de la sociedad, necesitaba elaborar un sistema de naturaleza tal que únicamente regulara el inicio de la misma. En Estados Unidos de América, las sociedades obtienen con ese sistema la nacionalidad del país, en el cual, por cierto, las formalidades de creación se realizan sin otra consideración y dejan un amplio margen de libertad a la empresa para su futuro desarrollo. En otras palabras, la sociedad es "incorporada" al país donde se registró, sin importar el lugar en el cual se establecerá para realizar sus actividades futuras. A continuación veremos los inconvenientes de esto, pero también las ventajas.

Dicho sistema presenta un beneficio social por su contribución al desarrollo del comercio internacional. Tan pronto se constituye una empresa puede ser establecida en cualquier sitio, obtener ayudas y facilidades de su país de origen y estar sujeta sólo a las leyes de éste, aspecto que, por su certeza legislativa, es de interés primordial para el inversionista privado.

Debido a su gran libertad de actuación, la sociedad cuenta con un sinnúmero de recursos que, ejecutados por múltiples medios, la ayudan a lograr una actividad más apropiada de acuerdo con la época, sin importar mucho el lugar donde se encuentre.

Sin duda, mediante ese sistema el país de origen otorga una confianza ilimitada a los fundadores y directivos de la sociedad, la cual es retribuida por éstos con el pago de sus impuestos, la acumulación de divisas y la repatriación de beneficios. Este argumento no tiene la misma fuerza hoy en día, ya que las sociedades internacionales estructuradas en grandes pirámides llevan ganancias a los paraísos fiscales, lo cual es una cuestión de interés de los socios y no tiene nada que ver con su nacionalidad.

Entre los inconvenientes del sistema de la *incorporation* destacan los siguientes: lo que menos se toma en cuenta es la nacionalidad "efectiva" de la sociedad. Poco importa que esté constituida por socios extranjeros, que se encuentre establecida en un país distinto, que subsidiariamente se le apliquen otras leyes; lo importante es tenerla agregada e incorporada, mediante su nacionalidad, al país de su constitución.

Una sociedad de este tipo, con un contenido jurídico sumamente elástico para su funcionamiento, no puede ser controlada y, en consecuencia, no es fácil determinar la conformación de mínimos o máximos de su capital social ni su integración administrativa, y tampoco la dirección de sus decisiones superiores. El criterio se ha vuelto tan complejo hoy en día que no es del todo eficiente.

El criterio real

Éste abarca los criterios que atienden la nacionalidad de los asociados, el centro de explotación, el domicilio social y el criterio de control.

La nacionalidad de los asociados. En la determinación de la nacionalidad de los asociados este criterio busca la nacionalidad de la sociedad. Es un concepto importante en la medida que se toma en cuenta en México para determinar el acceso a ciertos sectores de la economía a sociedades mexicanas con participación de capital extranjero, pero resulta incompleto. Resolver sobre la posesión de las acciones cuando éstas se hallan al "portador" es muy difícil; además, aplicar este criterio con todo el rigor y en el supuesto de que los poseedores del capital social pudieran ser detectados, equivaldría a cambiar de nacionalidad a la sociedad cada vez que cierto grupo poseyera la mayoría del capital social de la empresa.

Sin embargo, debemos considerar que un nuevo grupo mayoritario de socios extranjeros dentro de una sociedad determinada podría indicar el grado de asimilación que ésta pudiera tener con el país de recepción. También nos daría una aproximación de la posible nacionalidad de la sociedad o si se le debe considerar definitivamente extranjera. En México éste es un criterio, como acabamos de mencionar, muy usual, y en ocasiones determinante para permitir a cierta sociedad su acceso a sectores reservados a empresas formadas totalmente con capital mexicano.

El centro de explotación. Este criterio, considerado secundario por casi todos los autores, ofrece algunas ventajas. El centro de explotación es el lugar donde se "materializa" la acción de la empresa; ahí aflora toda la actividad y, por tanto, es de muy fácil localización (hoy en día se le llama en varias convenciones internacionales, de las que México forma parte, *centro principal de los negocios*). En ocasiones concuerda con la dirección de la empresa, con su centro de decisiones. En estos casos, raros por cierto en el ámbito internacional, el criterio puede ser perfectamente sostenible; sin embargo, en la práctica resulta todo lo contrario. La fábrica, el taller, la construcción, la planta están la mayor parte de las veces alejados del lugar en donde se dirige la empresa. Pueden existir centros de explotación en diferentes lugares; es más, como sucede con frecuencia con las grandes corporaciones, éstos y la dirección de la empresa pueden hallarse en países diferentes.

Domicilio social o legal. Es el lugar donde reside la administración de la empresa, donde se reúnen los directivos y se toman decisiones. Es, sin duda, uno de los criterios más completos, pero tiene sus fallas. En ese lugar no siempre se reúne la asamblea de socios o el consejo de administración ni se realizan juntas en las que se tomen decisiones fundamentales para la vida de la sociedad. El domicilio social o legal está casi siempre bajo las órdenes de un director o presidente o de un administrador, quien no es más que el ejecutor o intermediario de las decisiones que se toman en un nivel de asamblea.

Algunos autores han esgrimido este criterio para afirmar que las sociedades tienen una nacionalidad. Ésta se da como consecuencia de dos elementos fundamentales: el formal y el real. Si bien en este caso no se manifiesta el primero, el segundo sí identifica el domicilio legal de la sociedad.

El criterio del control. Este criterio tiene sus orígenes en la Primera Guerra Mundial, cuando se tomaron medidas de secuestro sobre los bienes que pertenecían a ciudadanos de las potencias enemigas. La confiscación de esos bienes exigía criterios realistas que fueran aplicables al fondo del asunto. Había que recurrir a todos los elementos posibles a fin de encontrar, por diferentes medios, la nacionalidad "efectiva" de las sociedades. Como es natural, en un momento de conflicto bélico como aquél las personas podían perderlo todo, por lo que ocultaban sus propiedades en todas las formas posibles. El criterio del control es, a diferencia de los expuestos, múltiple. En efecto, en primer lugar se busca la nacionalidad de los asociados y de los cuadros directivos de la sociedad. Los primeros pueden ser fácilmente disimulables, al contrario de los segundos. Pero en el caso de las sociedades anónimas, esos dos elementos se diluyen con facilidad y el único que subsiste, aunque en ocasiones es difícil determinarlo, es el del origen de los capitales; en este caso, se toma como punto de partida un criterio de tipo económico, contable y administrativo.

Concluimos así este capítulo dedicado a las sociedades extranjeras en México, que todavía continúa como un tema sujeto a debate, pero que definitivamente es un tema en el cual la evolución del sistema jurídico mexicano, aunque a veces penosa, es fácilmente constatable.

Contratación internacional 17

17.1. Introducción

Las obligaciones convencionales en el DIPr, y concretamente la contratación internacional, son de los temas centrales tanto de esa disciplina como del derecho en general. A pesar de su importancia, no hay en el sistema jurídico mexicano un cuerpo homogéneo de normas de DIPr sobre esta materia; lo que existe es una disposición en el *CCFed*,[1] que analizaremos más adelante, y algunas otras complementarias, relativas a los acuerdos obligacionales que celebran las partes y que pueden tener efectos internacionales.

La jurisprudencia ha dicho poco al respecto[2] y la doctrina mexicana ha sido escasa[3] sobre el particular. En este capítulo intentaremos ofrecer un panorama de las

1 Artículo 13, fracc. V.

2 Sin embargo, cabe señalar que durante el siglo XIX los tribunales mexicanos conocieron y se pronunciaron acerca de obligaciones convencionales en el campo del derecho internacional privado. En este sentido, entre otras sentencias, *cfr.* sentencia del juez civil núm. 5 de la Ciudad de México, 6 de marzo de 1871, en la revista *El Derecho* del 25 de marzo del mismo año, t. I, núm. 12. Asimismo, las sentencias de la Suprema Corte de Justicia del 11 de marzo de 1872, en *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Época, Segunda Parte, t. II, p. 730, y del 27 de junio de 1878, en la revista *El Foro*, t. IV, núm. 9, 12 de julio de 1878, p. 35.

3 Un trabajo publicado hace 30 años y otros cuatro recientes: Leonel Pereznieto Castro, "Las obligaciones convencionales en el Derecho Internacional Privado Mexicano", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, Sexta Época, núm. 6, 1976, pp. 43 y ss.; y trabajos recientes: Rogelio López Velarde, "Derecho aplicable en materia de contratos internacionales", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, núm. 5, octubre de 1998, pp. 37 y ss., y otros trabajos en que se trata a las obligaciones internacionales desde la perspectiva convencional. Véanse Leonel Pereznieto Castro, "Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos", en *Revista de Derecho Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, año 5, núms. 13, 14 y 15, enero-diciembre de 1994, pp. 137 y ss.; Hernani Veytia Palomino, "La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, México, núm. 25, 1995-H, pp. 383 y ss., y Francisco González de Cossío, "La Convención Interamericana y los contratos internacionales", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, México, núm. 27, 1997, pp. 119 y ss. Afortunadamente, después de la aparición de la primera edición de este libro se han publicado otros estudios.

obligaciones convencionales internacionales y analizar los preceptos del derec interno en la materia, complementándolos con los que actualmente se derivan derecho convencional internacional. Con este objeto, haremos en primer término rápido repaso de conceptos básicos y después estudiaremos lo que existe sobr tema en el derecho interno y en el derecho internacional.

17.2. Conceptos básicos

En este apartado se busca que el lector recuerde y actualice sus conocimiento materia de las obligaciones convencionales internacionales, a fin de que adquiera perspectiva lo más amplia posible.

a) Diferentes aspectos de la obligación

¿Qué entendemos por *obligación*? En lo correspondiente al derecho interno, saber que se trata de la "prestación que deriva del vínculo obligatorio que se encuentr cargo del deudor".[4] Pero, ¿en el derecho internacional? Aquí hay una diferencia, consiste en que en el primero —en el derecho interno— hay un legislador y tribu les judiciales que tienen asegurada una interpretación por lo general homogénea su ley; existe además una doctrina que también contribuye a esa homogeneid interpretativa, por lo que pueden alcanzarse definiciones comúnmente precisas. el caso del derecho internacional, la obligación, si bien parte de los principios fund mentales de la obligación en general, difiere en aspectos como la lejanía física de partes en la relación obligacional, el hecho de que cada una de éstas se halle some da a sistemas jurídicos distintos que pueden ser divergentes, que existan criteri diferentes entre los jueces de un país y otro, y que las obligaciones en el comerc internacional se formen y estén sujetas a una rápida evolución junto con modalid des distintas que, por lo demás, se manifiestan en los usos y costumbres de cada g mio o de cada rama de la industria.

Para valorar las particularidades de la obligación en el contexto internacional métodos de análisis propios.[5] En el DIPr son dos: el tradicional de los *conflictos leyes* y el de *derecho uniforme*.

En el método tradicional de los *conflictos de leyes* existe una amplia legislaci jurisprudencia y doctrina en la materia. Este método permite establecer un vínc entre la ley aplicable a la obligación y sus efectos. El método de *derecho unifor* por su lado, pretende fijar una misma o semejante normatividad que sea aplic

4 De todas formas, en el inc. *b*) de este apartado hacemos referencia al concepto de obligación más citamos la definición de Manuel Borja Soriano.

5 En la parte general de esta obra (*Derecho Internacional Privado. Parte general*, 8a. ed., University Press, México, 2003) se habló, por primera vez en México, de los diferentes méto sistema conflictual tradicional.

por diferentes sistemas jurídicos nacionales con el objeto de que las soluciones internacionales sean homogéneas. De este método hablaremos al final del capítulo.

Mencionamos que la obligación en el DIPr, específicamente en materia de contratación internacional, tiene características propias, por lo que es importante analizarla desde distintos ángulos. Primero el concepto de obligación *lato sensu;* en seguida su ubicación en el derecho mexicano; por último, cómo el concepto puede armonizarse con conceptos afines en otros derechos a fin de encontrar respuestas que den continuidad internacional a las obligaciones contraídas y aseguren que las obligaciones internacionales alcancen los principios de seguridad, previsibilidad y justicia e igualdad.

b) Diferentes enfoques de la obligación

Tradicionalmente la obligación ha sido conceptuada[6] como una relación jurídica entre dos personas que implica la posibilidad de que el *acreedor* exija del *deudor* una prestación determinada. En sentido estricto, la obligación es la prestación derivada del vínculo obligatorio, la cual se encuentra a cargo del deudor.

La fuente de la obligación puede ser convencional o no. La que nos interesa por el momento es la primera. La responsabilidad extracontractual, de gran importancia en el comercio internacional, la mencionaremos en este estudio aunque de manera limitada.[7] La diferencia específica de la obligación convencional estriba en que es el resultado de un acuerdo de voluntades. El acto jurídico generador de obligaciones convencionales puede ser un acto bilateral o unilateral, que se puede expresar conforme a un derecho para que tenga efectos en otro, o que ambas voluntades coincidan en el derecho de un tercer país.

Desde otra perspectiva, el contrato como fuente creadora de obligaciones convencionales puede ser analizado como norma jurídica, es decir, como la individualización y concreción de una norma jurídica general y abstracta. El contrato será entonces fuente de producción jurídica. Esta manera de enfocar la experiencia jurídica denominada *contrato* ofrece la ventaja de poder analizarla en sus respectivos ámbitos de validez, de los cuales el *espacial* y el *personal* son los de mayor interés para la teoría general de conflictos de leyes.[8]

En cuanto a los ámbitos espaciales y personales de la norma, han surgido otros métodos que tratan de armonizar las cuestiones más relevantes de aquéllos en el derecho del comercio internacional. El más difundido hoy en día es el de *derecho*

6 M. Planiol y J. Ripert, *Tratado práctico de derecho civil francés*, Cultural La Habana, 1940, pp. 7 y ss.; G. Marty y P. Raynaud, *Droit Civil*, t. II, Sirey, París, 1962, p. 7, entre otros.

7 La razón de que no le dediquemos mucho espacio a la obligación extracontractual se debe a que en México los montos de indemnización por concepto de daños y perjuicios todavía permanecen bajos, lo que les resta interés, incluido el llamado *daño moral*.

8 El estudio del contrato como norma jurídica se debe originalmente a Hans Kelsen, especialmente en su monografía *El contrato y el tratado*, Imp. Universitaria, México, 1943.

uniforme. Como ya mencionamos, mediante este método se intenta establecer u normatividad en el plano internacional que se aplique homogéneamente a fin de el minar las diferencias que existen en los sistemas nacionales. La forma de hacerlo e por medio de convenciones internacionales o de leyes modelo o guías legislativas qu incorpora el legislador nacional en su derecho interno. Las partes pueden acorda este derecho en su contrato y convertirlo en ley entre ellas, principios que luego serán reconocidos por los tribunales nacionales en caso de que se suscite un conflicto. La normatividad internacional sobre uniformidad de derecho también puede darse mediante *leyes modelo,* a las cuales nos referimos en el capítulo 2. Volveremos más adelante sobre este método.

Como se sabe, en el derecho interno mexicano las normas que rigen el contrato son las contenidas en el derecho común a todos los actos jurídicos (art. 1859, *CCFed*), las cuales, a su vez, son la fuente principal de las obligaciones convencionales.[9] A diferencia del *Código Civil* de 1884 (art. 1326), el vigente no define la obligación. Borja Soriano la entiende como "la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra, llamada acreedor, a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir al deudor".[10] Este concepto comporta tres elementos principales: *sujetos, relación jurídica* y *objeto.* El primero lo constituyen las personas que entran en relación; el segundo, la relación propiamente dicha, es decir, la acción que el acreedor puede ejercitar eventualmente ante un juez para obtener la prestación objeto de la obligación, "o bien su equivalente",[11] y el tercero, el objeto de esa relación.

Como aspectos esenciales de la obligación convencional tenemos el consentimiento y el objeto (art. 1794, *CCFed*), y para su validez, la capacidad, la licitud (arts. 1795, 1813, 1830 y 1831, *CCFed*) y la forma, en los casos establecidos por la ley. Puesto que el contrato es la fuente primordial de las obligaciones convencionales en el derecho positivo mexicano, se analizará en relación con el DIPr mexicano.

c) El contrato en el DIPr mexicano

La doctrina moderna en el DIPr, y específicamente en la teoría general de los conflictos de leyes, sigue dos tendencias. Una busca la determinación del ámbito de validez espacial de las normas jurídicas, y la otra, sin desconocer este supuesto, intenta determinar, a partir de situaciones jurídicas concretas, ciertas características, con el objetivo de establecer la norma que les será aplicable.[12] Estos enfoques nos permitirán analizar el contrato desde ángulos diferentes.

9 Según consta en el capítulo I, título primero, primera parte, del libro cuarto del *Código Civil.*

10 M. Borja Soriano, *Teoría general de las obligaciones,* t. I, 5a. ed., Porrúa, México, 1966, p. 81. En mismo sentido, Rafael Rojina Villegas, *Compendio de derecho civil,* t. III, Porrúa, México, 1974, p.

11 M. Borja Soriano, *op. cit.,* p. 83.

12 En la primera de las tendencias señaladas pueden situarse, en nuestra opinión, los autores que se h denominado *unilateralistas, territorialistas* o *internistas;* en la segunda, los llamados *internacionalist*

Tradicionalmente el contrato ha sido estudiado como acto jurídico; es decir, desde la perspectiva de la puesta en práctica del derecho y la ejecución de las normas. En estas condiciones, los sujetos que participan en el contrato aplican la regla de derecho *pacta sunt servanda* a un caso concreto, a fin de regular sus relaciones jurídicas. Conceptuar así el fenómeno jurídico equivale a admitir que su situación es estática y, en consecuencia, podría aceptarse de antemano que el sistema jurídico, entendido como un conjunto de normas jurídicas, no sufrirá ninguna modificación, ya que éstas son únicamente aplicadas y ejecutadas. La experiencia jurídica en la conclusión del contrato se reduciría a la sola producción de sus efectos.[13] Cuando hablamos de DIPr debemos ubicar en diferentes leyes —algunas veces contradictorias entre sí— los efectos del contrato, lo cual no es tarea fácil. Sin embargo, hay otra manera de enfocar el tema.

La experiencia jurídica puede ser sensiblemente distinta si se analiza el contrato como norma jurídica; es decir, como fuente de producción jurídica.

Con su contrato, las partes crean derechos y obligaciones que de manera individualizada y concreta no existían con anterioridad a aquél. Este poder de creación jurídica deriva de una norma superior, general, abstracta. Desde esta perspectiva, el sistema normativo, en tanto que conjunto de normas, se altera: con su contrato las partes han continuado el proceso de creación normativa. "La norma o el orden creados por la convención son, pues, una regla o un orden de grado inferior a la regla o al orden que instituye la convención, como procedimiento creador de normas jurídicas."[14] Podemos ilustrar esta forma de analizar el contrato con un ejemplo frecuente en el comercio internacional.

Las reglas de los gremios y de las diferentes ramas de la industria configuran el tipo, la modalidad y las características de las obligaciones que integran los contratos que se presentarán después ante los tribunales nacionales. En la generación de esas reglas no hay un sistema jerarquizado de normas y menos aún un Estado que lo soporte; se trata de reglas nacidas de forma descentralizada, creadas por esos gremios o ramas de la industria, y aunque tienen pleno valor obligacional para dichos gremios y ramas, no siempre lo tienen en el ámbito estatal. No obstante, cuando conforman el contrato, cuando las partes las incorporan en sus contratos, se constituyen en ley entre ellas; entonces, por la voluntad de las partes esas reglas se convierten en normas que luego serán reconocidas por los sistemas jurídicos de los Estados nacionales. Como ejemplo específico de estas reglas pueden mencionarse, entre otras, el empaque o embalaje a que están sujetos determinados productos o las formas como debe entregarse cierto tipo de mercancías o la manera de prestación de determinados

o *autonomistas.* Respecto de la doble clasificación en las tendencias doctrinales señaladas se puede consultar a P. Gothot, "Le renoveau de la tendance unilateraliste en droit international privé", en *Revue critique de droit international privé,* núm. 1, enero-marzo de 1971, París, pp. 9 y ss.; asimismo Ph. Francescakis, "Conflicts de lois", en *Repertoire Dalloz de droit international,* núm. 67, París. Por cuanto se refiere a la división doctrinal por autores se puede consultar J. Yanguas Messía, *Derecho Internacional Privado. Parte general,* 3a. ed., Reus, Madrid, 1971, capítulos VI y siguiente.

13 H. Kelsen, *El contrato y el tratado, op. cit.,* pp. 3 y siguientes.

14 *Idem,* p. 10.

servicios, el tipo de transporte, la transmisión de riesgo y los INCOTERMS. Estas reglas representan o significan en lo jurídico una recepción centralizada, por parte de los derechos nacionales, de una normatividad creada descentralizadamente, experiencia jurídica poco estudiada en el derecho interno.[15] Es decir, se trata de reglas que, como acabamos de mencionar, son creadas todos los días por los múltiples gremios o sectores de la industria a lo largo y ancho del mundo, y aquellos operadores del comercio internacional que deseen vender, comprar o distribuir productos o prestar servicios estarán obligados a acatarlas, y al acordarlas en sus convenios y contratos las convierten en leyes susceptibles de ser reconocidas por los tribunales nacionales.

Respecto del contrato como norma jurídica, la condición del deber jurídico puede ser producto de una "manifestación unilateral o, mejor, heterónoma, autocrática, de voluntad", o bien de "una manifestación bilateral o, mejor, autónoma, democrática, de la misma". Aquí vale la pena hacer una precisión: se tratará de la voluntad de la oferente o de las partes en el contrato. En cambio, en el comercio internacional la condición del deber jurídico también puede expresarse por grupos (gremios) o sectores de la industria al generar reglas de comportamiento determinadas de acuerdo con el tipo de actividad; así que quien desee actuar con dichos grupos o en dichos sectores deberá aceptar sus reglas y comportarse con apego a las mismas, pues en caso contrario su mercancía no será aceptada o considerada entregada conforme a los usos y costumbres del gremio o sector de la industria de que se trate.

Por ejemplo, los operadores del comercio internacional dedicados a la venta de flores —producto altamente perecedero— tendrán reglas de comportamiento diferentes de las establecidas para los operadores en el sector de la compraventa de maquinaria usada para la industria de las artes gráficas. En todo caso, las reglas que se generan en cada actividad son obligatorias únicamente para los operadores de dichos ámbitos; se crea así un deber que puede ser equiparable al deber jurídico que nace en un sistema legal como el mexicano, como veremos a continuación.

De acuerdo con el sistema jurídico mexicano, la manifestación de la voluntad de las partes en el contrato constituye la continuación del proceso de formación legal de la voluntad estatal, es decir, del contenido del orden jurídico, mediante la conversión de las normas generales y abstractas en normas individuales y concretas.[16] En este proceso, la obligación convencional existe a partir del momento en que la norma jurídica concreta e individualizada se perfecciona, lo que en el derecho positivo mexicano equivale al acuerdo de voluntades respecto de un objeto lícito determinado (arts. 1794 y 1796, *CCFed*). En cuanto a sus consecuencias, la vinculación jurídica resulta única y exclusivamente de la condición a la que se imputará, en la medida que en "la esfera de la imputación kelseniana, no se intenta buscar la causa de un comportamiento humano sino determinar, simplemente, quién debe responder de él".[17]

15 Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.*, pp. 184 y 185.
16 Hans Kelsen, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Nacional, México, 1959, p. 1
17 Rolando Tamayo y Salmorán, "La imputación como sistema de interpretación de la conducta", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año IV, núm. 12, 1971, pp. 449 y 450.

El deber jurídico puede analizarse a partir del derecho que le da origen. Aunque el resultado es o debe ser el mismo, pues se trata de la definición de obligaciones a cargo de las partes y de su cumplimiento, lo que varía es la fuente. En el derecho interno tenemos una fuente más o menos homogénea y, sobre todo, general. En el *CCFed* y en el *CCom* hay disposiciones claras pero generales —como es usual en un sistema jurídico, tratándose de cuerpos legales generales— que determinan las obligaciones de las partes; sin embargo, en el derecho del comercio internacional la situación es distinta.

Las fuentes de las obligaciones son diversas, como lo son las actividades del comercio. Por ejemplo, las reglas que rigen la conducta de un naviero, un armador, un cargador o un transportista son de fuentes distintas de las de un productor (industrial, prestador de servicios) o de un comerciante (quien comercializa productos o servicios). Hasta aquí, estas diferencias. Por otro lado, cabe señalar que en el derecho interno el *CCom* establece que los usos y costumbres son fuente de derecho, lo que implica que junto con un derecho legislado puede existir otro fincado en los usos y costumbres de un gremio o de una rama de la industria. La diferencia básica es la fuente, porque el derecho interno, por ejemplo, es parte de un sistema jurídico que a su vez es creado y recreado por las instituciones del Estado, y este sistema es conocido, interpretado y modificado por los tribunales estatales. En cambio, en el derecho del comercio internacional en primer lugar, lo que tenemos originariamente son reglas sin un sistema estatal que las respalde. Quien las acepta es porque forma parte o está relacionado con los gremios o trabaja normalmente dentro de algún sector de la industria. Estos operadores del comercio saben, además, que aceptar las reglas y cumplirlas es la forma en que pueden operar dentro del gremio o del sector de determinada industria.

Cuando surge un conflicto, las diferencias se resuelven por lo común con base en medios alternativos de solución de controversias, ya sea a partir de la mediación o conciliación, o mediante el arbitraje comercial internacional. Sólo en aquellos casos en los que el demandado no cumple, a pesar de tener un laudo arbitral en contra, se debe recurrir al poder coactivo del Estado. En efecto, es éste el que reconoce y da valor a los laudos arbitrales para efectos de ejecución interna. Laudos que se han basado, por lo general, en las reglas que las partes hicieron suyas en el contrato.

Éste no es más que un principio ampliamente conocido, según el cual la obligación surgida de estas reglas, cuando las partes las incluyen en sus contratos, tiene la misma fuerza que en el caso de normas jurídicas positivas generadas por el Estado. La conversión se da gracias a la autonomía de la voluntad de quienes concluyen un contrato o de quienes, simplemente, para comerciar aceptan en sus acuerdos las reglas de gremios o de industrias.

En la hipótesis planteada en el párrafo anterior —la de normas nacidas de gremios o de la industria— podemos encontrar que la naturaleza de las reglas referidas tiene como origen —ya lo hemos dicho— una recepción centralizada, por parte de los derechos nacionales, de una normatividad creada en forma descentralizada por los diversos gremios y sectores de la industria aunque, claro está, ese enfoque no es

único. Ya en la *Parte general* de esta obra, cuando se trató el caso de la *lex mercatoria* se dijo que ese fenómeno jurídico podría analizarse, además, como una suerte de derecho creado a partir de una delegación efectuada por los derechos nacionales a los órganos descentralizados, o también como un sistema descentralizado, convalidado por la costumbre internacional y admitido por los sistemas nacionales.[18] Muchas de estas reglas pueden encontrarse en los llamados *contratos tipo, condiciones generales y reglas para la interpretación de términos comerciales internacionales,* algunos de los cuales ya estudiamos en el capítulo 2 de esta obra, cuando revisamos la labor de UNCITRAL.

Dijimos que al ser el contrato una norma jurídica, tendrá un ámbito personal y espacial de validez[19] y que, al contratar, las partes estarán generando una producción jurídica individual y concreta, de acuerdo con un sistema normativo determinado previamente escogido por ellas, ya sea sistema jurídico estatal o reglas internacionales en los términos en que las hemos descrito. Por tanto, jurídicamente el único límite a la voluntad de los contratantes es el concepto de legalidad, o sea, de no contradicción con el sistema conforme al cual están contratando o según aquel en el que pretendan prevean ejecutar sus acuerdos, ni en contradicción con el concepto tradicional de orden público que puede quedar subsumido en el anterior.

El sistema jurídico mexicano es en principio *territorialista* (primera parte del artículo 12 del CC),[20] y por excepción un sistema que acepta la aplicación de la ley extranjera.[21] Esto significa que las partes pueden escoger la ley aplicable al contrato, aun cuando sea extranjera. También cabe la posibilidad de ejecutar en México un contrato formado en el extranjero. En el capítulo dedicado al derecho internacional sobre el proceso veremos este último tema con mayor detalle. Por ahora retomaremos el análisis del contrato como acto jurídico.

El contrato, de acuerdo con el derecho positivo mexicano, comporta dos fases principales: la de su formación y la de su ejecución.

Formación del contrato

La formación del contrato implica la libertad contractual y sus límites, así como los elementos de esencia y validez del contrato. La libertad contractual se ha estudiado tradicionalmente a partir de la teoría de la autonomía de la *voluntad, y* en su presentación moderna con base en la noción de la *causa.*

18 Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.,* pp. 183 y siguientes.

19 Para mayor información acerca de los diferentes órdenes de validez de las normas jurídicas, véase Hans Kelsen, *Teoría general del derecho y del Estado,* trad. Eduardo García Máynez, 3a. ed., UNAM, México, 1969, pp. 247 y siguientes.

20 En su primera parte establece: "Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes..."

21 En su segunda parte establece: "salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte".

Respecto de la teoría de la autonomía de la voluntad, su inicio se debe a la escuela francesa del siglo XVI, y específicamente a Charles Dumolin (o Carolus Molineaus). Este autor, en su comentario al título *De summa trinitate* y en su *consilium 53,* establece dos tipos principales de estatutos: los que rigen a las personas y las cosas muebles, y los que rigen la forma de los actos y juicios. Aparte de estos dos, establece *los estatutos supletorios o supletivos* que rigen el fondo de los actos, y que dependen de la autonomía de la voluntad de los contratantes.[22] Esta idea, retomada por la filosofía jurídica del siglo XVIII, afirmó el principio según el cual la independencia y la libertad del individuo no pueden limitarse más que por su sola voluntad. En su expresión clásica, se consagró en el *Código Civil* mexicano de 1884 (art. 1419); en el *Código* vigente, el principio de libertad contractual volvió a adoptarse.[23]

La autonomía de la voluntad en el *Código* vigente tiene dos momentos: primero, el de la libertad de contratar; segundo, el de la libertad para determinar las condiciones a las cuales se sujetará el contrato, sin más límite que el del orden público (art. 6o., CCFed). Borja Soriano opina que en un contrato las partes pueden estipular "todo lo que no sea contrario a una ley, y aun pueden convenir en lo que sea contrario a una ley si ésta no es de interés público, sino sólo supletorio de la voluntad de las partes".[24] Lo que debe entenderse por *interés público* u *orden público* en el derecho positivo mexicano ha sido determinado por la jurisprudencia y por la doctrina. De acuerdo con la primera, la Suprema Corte de Justicia ha dicho: "para que el orden público esté interesado, es preciso que los intereses de que se trate sean de tal manera importantes que, no obstante [...] la aquiescencia del interesado, el acto prohibido pueda causar un daño a la colectividad, al Estado o a la Nación".[25] Por lo que corresponde a la doctrina, Ignacio Galindo Garfias opina que "el orden público es la expresión del interés social [...] las leyes de orden público forman un conjunto en razón de su imperatividad absoluta, que se denomina *jus cogens.* Las leyes de interés privado constituyen lo que se conoce como *jus dispositivum.* En estas últimas la voluntad de los particulares, • autonomía privada, encuentra un ámbito de libertad para crear las normas aplicables a los negocios jurídicos que realicen sus autores."[26] De ahí que en el contrato las partes podrán decidir con libertad acerca de qué ley regirá su relación contractual.

22 En una consulta acerca de capitulaciones matrimoniales, en 1525 estimó con base en su principio, que el matrimonio Gency había sometido tácitamente su contrato a la ley del domicilio matrimonial. Para una consulta más amplia sobre este autor véase A. Lainé, *Introduction au droit international privé, contenant un étude historique et critique de la theorie des status et des rapports de cette theorie avec le Code Civil,* F. Pichon, París, 1888-1892, p. 225; M. Gutzwiller, "Le developpement historique du droit international privé", en *Recueil des cours,* La Haya, t. IV, 1929, pp. 320 y ss.; y E. M. Mejiers, "Historie des príncipes fondamentaux du droit internacional a partir du Moyen age, specialment dans l'Europe Occidentale", en *Recueil des cours,* La Haya, t. III, 1934, pp. 643 y siguientes.

23 Aunque cabe señalar que en la exposición de motivos del *Código* se insiste en la necesidad de relegar a segundo término el principio de la autonomía, por tratarse precisamente de una idea perteneciente a la filosofía liberal.

24 Manuel Borja Soriano, *op. cit.,* p. 143.

25 *Semanario Judicial de la Federación,* t. XXXVIII, p. 1834, Pedro Díaz Rubin, s/f.

26 Ignacio Galindo Garfias, *Derecho civil,* Porrúa, México, 1973, pp. 124 y siguientes.

La ley aplicable a la formación de un contrato entre ausentes varía según se trate de un acto jurídico o de una declaración de voluntad efectuado en México o en el extranjero. Si la oferta o solicitación es emitida en México, de acuerdo con el sistema de la información o *recepción* reconocido por el *Código Civil* vigente (art. 1807), la ley aplicable a la formación del contrato es la mexicana. Será aplicable la ley extranjera si el acto es mercantil de conformidad con el sistema de la expedición adoptado por el *Código de Comercio* (art. 80).[27] Si, por el contrario, la oferta o policitación se efectúa en el extranjero, variará dependiendo de la ley del oferente, y en este caso la calificación quedará a cargo de la ley extranjera aplicable. En el próximo apartado volveremos sobre el contrato entre ausentes, tanto en el *CCFed* como en el *CCom*, que es la forma usual de contratar en el comercio internacional.

La determinación y sanción de los elementos de esencia y validez del contrato quedan a cargo de la ley aplicable a la formación del mismo (la ley mexicana o la extranjera). Si se trata de esta última, el contrato podrá producir efectos jurídicos en México siempre que no contraríe lo establecido en el art. 6o. del *CCFed;* por tanto, los efectos serán válidos aun cuando dicha ley extranjera establezca elementos de esencia y validez distintos de los señalados por la ley mexicana.

Ejecución del contrato

La ejecución del contrato se encuentra regida por la ley contractual, pero lo importante es determinar cuál será esta ley, ya que de ella dependen cuestiones decisivas como la entrega del producto, pago, transmisión de riesgos y transporte —en el caso de compraventa de mercaderías, obligaciones del mandatario respecto del mandante y viceversa.

Es importante apuntar al menos una posibilidad: saber si de acuerdo con el derecho positivo mexicano los compromitentes pueden regir sus obligaciones con base en disposiciones consuetudinarias internacionales (contratos tipo, condiciones generales, reglas para la interpretación de términos comerciales internacionales, etc.), o bien, con las reglas de gremios y de sectores industriales que ya mencionamos. Consideramos que sí. La costumbre y los usos son fuente del derecho mercantil positivo mexicano (arts. 280, 590, 726, 731, 854, 896 y 1132 del *CCom*, entre otros), opinión que se encuentra confirmada por la doctrina. Joaquín Rodríguez y Rodríguez afirma que "la aplicación de la costumbre [...] mientras no sea contra ley, no contra dice el texto expreso del art. 10 del *Código Civil,* ni disposición constitucional alguna", y no hay por qué limitarse a los usos y costumbres de origen nacional, especialmente hoy en día, cuando este tipo de reglas se han incrementado con la ampliación de los mercados internacionales, en los que México participa.

---

27 Cabe señalar que el art. 21 de la *Ley sobre el Contrato del Seguro* establece el sistema de la "información", que es una variante del sistema de la recepción.

28 Joaquín Rodríguez y Rodríguez, *Derecho mercantil, op. cit.,* t. I, p. 21. En el mismo sentido Jorge Barrera Graff, *Tratado de derecho mercantil,* Porrúa, México, 1957, *op. cit.,* t. I, pp. 34 y siguientes.

La ejecución en México de un contrato formado en el extranjero debe analizarse a partir del límite establecido en el art. 6o. del *CCFed.* Por otro lado, la sujeción del contrato a la ley extranjera, en lo referente a su ejecución, tiene un límite que debe considerarse. Las obligaciones y su respectivo cumplimiento tienen un asiento, como diría Savigny,[29] o bien, un *centro de gravedad,* en terminología de Girke;[30] es decir, en el caso de la ejecución del contrato, el lugar donde ésta se efectúa. Si el cumplimiento y la ejecución del contrato van a efectuarse en un país determinado, la doctrina tradicional[31] se pronuncia por la *lex loci executionis,* y en caso contrario, cuando el contrato deba ser ejecutado en dos o más Estados, por la *lex loci contractus.* Sin embargo, como veremos más adelante, estas conexiones tradicionales han cambiado, aun cuando siguen teniendo validez, y en algunos casos fueron sustituidas por puntos de contacto o puntos de conexión, cuya evolución ha obedecido a las transformaciones de las necesidades del comercio internacional.

Estudiaremos ahora algunas instituciones del derecho interno. Comenzaremos en el orden en el que lo planteamos, con la institución del consentimiento, en lo relativo a la capacidad para contratar.

17.3. Derecho interno

En el derecho interno mexicano, como se ha dicho, hay muy pocas normas dirigidas a regular la contratación internacional; sólo una hace referencia expresa a este tipo de contratación y es de tipo general en materia de derecho aplicable (art. 13, fracc. V, *CCFed*).[32] El resto de la normatividad se establece mediante la interpretación de

---

29 M. F. C. von Savigny, *Derecho romano,* t. VI, 2a. ed., trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, s. d., p. 235.

30 Citado por J. Verplaeste, *Derecho Internacional Privado,* Estades, Madrid, 1954, p. 66.

31 Entre otros, véase A. Ehrenzweig, *Private International Law,* Oceana Publ., Nueva York, 1967, p. 137; A. Schnitzer, "Die zovordnung der vërtrage im internationalen privatrecht", en *Rabels Zeitschrift,* núm. 1, 1969, pp. 17 y ss.; R. H. Graveson, *The Conflict of Laws,* 6a. ed., Londres, 1969, pp. 424-438; y Batiffol y Lagarde, *op. cit.,* p. 214. Por su parte, la jurisprudencia inglesa se ha pronunciado en este sentido: "The Fehman", en *Weeky Law Reports,* 1958, p. 159, y Philipson Stow, en *Privy Council Cases,* 1961, p. 760. El segundo *Restatement* utiliza la frase *the most significant relationship,* en el art. 333 b, primer párrafo. Respecto de comentarios acerca de este artículo véase R. Weintraub, "The contract proposals of the second Restatement of Conflict of Laws-a critique", en *Iwoa Law Review,* vol. 46, núm. 4, 1961, pp. 723 y ss. Finalmente, cabe indicar que en el proyecto de Convención sobre Derecho Internacional Privado para la Comunidad Económica Europea, en el art. 1o. párrafo cuarto, se utiliza la expresión *the most closely connected.* Para un comentario a este respecto puede consultarse L. Collins, "Contractual obligations the E. C. C. preliminary draft convention on private international law", en *The International and Comparative Law Quaterly,* vol. 25, núm. 1, 1976, pp. 39 y siguientes.

32 Se considerará como derecho aplicable a los efectos jurídicos de actos y contratos "el derecho del lugar de ejecución", "a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicación de otro derecho".

principios generales, como en lo referente a las capacidades, por medio de normas an
guas y tradicionales establecidas en el *CCFed* o en el *CCom*, relativas a la contratació
entre ausentes que se efectúa fundamentalmente por correspondencia y cuyos prin
pios se toman en cuenta para aplicarlos a la contratación internacional. Veamos ca
uno de estos temas.

a) Capacidad para contratar

Constitución general del país

La *Constitución* general de la República garantiza que todo individuo "gozará de las
garantías que otorga" ésta por el solo hecho de encontrarse en territorio nacional
(art. 1o.), derechos que únicamente la propia Ley Fundamental puede limitar cuan
do así lo indique. De la misma manera, "a ninguna persona podrá impedírsele que se
dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos
(art. 5o.). Sin embargo, en el art. 27, fracc. I, existe una limitación a la capacidad de
los extranjeros.

En efecto, se trata de una excepción al principio general de que toda persona
goza de las garantías y derechos que la misma *Constitución* otorga, incluido el régi
men de sus capacidades. En este sentido, el art. 27 constitucional, en su fracc. I, esta
blece que el dominio de tierras, aguas y sus accesiones —no la propiedad, pues ésta
según el mismo precepto constitucional, pertenece "originalmente" a la nación
podrá ser concedido a los extranjeros "siempre que convengan ante la Secretaría de
Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes
en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a
aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar a su convenio, de perder en beneficio de la
Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo" (*Cláusula Calvo*).

Esta disposición es más una admonición a los extranjeros que una realidad, pues
en la práctica no ha tenido ninguna aplicación. En el siglo y medio transcurrido en que
ese precepto consta en las diferentes constituciones del país —salvo un caso de poca
relevancia reseñado a mediados del siglo XIX—, ningún extranjero ha sido despoja
do de sus bienes en apego a esa disposición.[33] Sin embargo, desde el punto de vista
jurídico resulta evidente que se trata de una restricción a los extranjeros y a las socie
dades extranjeras, puesto que la posesión de tierras, aguas y sus accesiones está con
dicionada a la aceptación de dicha cláusula y, en consecuencia, a la no invocación de
una protección (la diplomática), condición a la que, por razones obvias, no están
sujetos los mexicanos ni las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de
extranjeros. Sin embargo, igualmente esta disposición ha quedado superada (en
orden práctico) por lo que México acordó en el Tratado de Libre Comercio de
América del Norte (TLCAN), donde aceptó que las inversiones extranjeras (procedent

33 Véase, en este sentido, Leonel Pereznieto Castro, *La Cláusula Calvo y la zona prohibida o zona restringida, dos mitos del derecho mexicano, op. cit.*, pp. 111 y siguientes.

de los Estados miembros del Tratado) puedan ser resueltas por tribunales (paneles) internacionales y sus resoluciones sean obligatorias para los Estados parte del Tratado, particularmente los capítulos XI y XIV del TLCAN.

La misma disposición constitucional citada prevé, en su segunda parte, una derogación completa a la capacidad de los extranjeros y de las sociedades extranjeras cuando establece lo siguiente: "En una faja de 100 kilómetros a lo largo de las fronteras y de 50 en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir dominio directo sobre tierras y aguas" (zona restringida). En este caso la disposición es clara y contundente en el sentido de retirarles a los extranjeros la capacidad para adquirir ese tipo de bienes.

Sin embargo, esta limitación tajante ha sido relativizada por una ley secundaria, lo cual es claramente anticonstitucional. Así, la *LIE* permite a extranjeros adquirir "el dominio de bienes inmuebles ubicados en la zona restringida destinados a la realización de actividades no residenciales" (art. 10, fracc. I); es decir, dichos bienes podrán ser destinados a actividades comerciales, industriales o turísticas. Como puede observarse, la *LIE* es una norma secundaria que pretende derogar el principio constitucional. A este respecto caben dos comentarios: el precepto constitucional ya no tiene una eficacia práctica y los acontecimientos de la vida nacional han demostrado su inoperancia. Tanto es así que durante el régimen de uno de los presidentes furibundamente nacionalistas el precepto fue eludido por decreto. En efecto, el presidente Luis Echeverría Álvarez dictó un decreto (1971) que estableció las reglas para que, mediante fideicomiso, los extranjeros adquirieran el goce y uso de inmuebles dentro de la "zona restringida". Dicho conjunto de reglas fueron reproducidas en la ley de 1973, y lo que ahora sucede en el plano legislativo es simplemente la expresión de ese pragmatismo, pese a que va en contra del precepto constitucional. De esta forma, como hemos visto, en la actualidad se otorga a los extranjeros derechos de dominio sobre dichos inmuebles sólo con la firma del convenio al que se refiere el art. 27, fracc. I, de la *Constitución,* acuerdo que es establecido como condición para que los extranjeros adquieran el dominio de tierras y aguas, pero fuera de la zona restringida.

El segundo comentario sobre la disposición de la *LIE* tiene que ver con lo siguiente: se plantea que el Ministerio Público, como autoridad responsable, es la instancia facultada para solicitar la nulidad de actos contrarios a la *Constitución*. No hay antecedentes en la historia de México, salvo el único caso mencionado, de que esta autoridad haya hecho uso de esas facultades, y menos cabría decir que actuaría hoy en casos similares, pues sería una conducta incongruente del Poder Ejecutivo, que fue el que envió la iniciativa de ley de la ahora *LIE* al Congreso, por lo que es posible que el art. 10, fracc. I, de dicha ley sea un precepto que de hecho otorgue a los extranjeros el dominio directo de propiedades dentro de zona restringida que la *Constitución* general les niega. Por ello es importante considerar la inseguridad que representa para los extranjeros la adquisición, por esa vía, de bienes inmuebles en zona restringida. La pregunta lógica es: ¿no sería mejor derogar la disposición constitucional? Hacerlo causaría una polémica interminable, debido a la existencia de grupos que todavía sostienen un nacionalismo decadente y que verían en un planteamiento de esta

naturaleza un atentado contra la soberanía nacional. Nosotros consideramos que con excepción de la franja fronteriza, donde aún podría justificarse el precepto constitucional, éste parecería no tener efectividad para el resto del territorio nacional.

La adquisición por extranjeros de bienes inmuebles dentro de zona restringida destinados a fines residenciales, es posible por medio de fideicomiso (art. 10, fracc. II, *LIE*).

Código de Comercio

Por su parte, el *CCom* contiene disposiciones específicas sobre capacidades para contratar en materia mercantil. Como vimos en el capítulo anterior, dicho *Código* reconoce como *comerciantes* a "las sociedades extranjeras o las agencias y sucursales de éstas que dentro del territorio nacional ejerzan actos de comercio" (art. 3o., fracc. III). Por otra parte, los extranjeros (personas físicas) tienen libertad para ejercer "el comercio según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones y lo que dispusieron las leyes que arreglen los derechos y obligaciones de los extranjeros" (art. 13).

En materia de capacidad de las sociedades extranjeras, sus agencias o sucursales, el *CCom* remite a la sección dedicada a las "sociedades extranjeras" (art. 15). En este sentido, como mencionamos en el capítulo anterior, la parte relativa a sociedades en el *CCom* fue derogada por la *Ley General de Sociedades Mercantiles,* que prevé dos hipótesis respecto de las empresas extranjeras que llevan a cabo actividades en México o las que lo hacen en forma más o menos permanente. De acuerdo con la primera, "las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República" (art. 250). En estas circunstancias, cualquier empresa extranjera que se haya formado legalmente fuera del país tendrá la capacidad que estipulan la ley de su constitución, su escritura y estatutos. La segunda hipótesis es que esa sociedad extranjera se establezca en México para el ejercicio habitual de su comercio, en cuyo caso necesitará inscribirse en el registro correspondiente y contar con la capacidad de sus representantes; igualmente será seguida por su escritura constitutiva y por sus estatutos.[34]

Existen otros ordenamientos jurídicos en el país que se refieren a la capacidad de los extranjeros en México, a las sociedades extranjeras y a las sociedades mexicanas con capital extranjero. Veámoslos brevemente.

Ley General de Población (LGP)

Otro cuerpo legal que tiene disposiciones relacionadas con la capacidad de los extranjeros es la *Ley General de Población;* en el capítulo 3, relativo a las personas, vimos las restricciones que tienen para celebrar en México actos relativos a su estado civil. Ahora vamos a referirnos a las disposiciones que existen en relación con la

[34] Respecto de este tema véase el cap. 16, Sociedades extranjeras.

capacidad para contratar, para celebrar negocios y para desarrollar el comercio, no sin antes dejar en claro que no se trata de restricciones a la capacidad, sino de *requisitos administrativos* que deben cumplirse para que determinadas autoridades queden facultadas con el fin de celebrar cierto tipo de actos o contratos. Sin embargo, en la práctica esas restricciones se convierten en limitaciones significativas a la libertad para contratar. Aquí cabe diferenciar dos tipos de cuestiones: por un lado, la adquisición de valores o de bienes inmuebles por parte de extranjeros, y por el otro, la realización de depósitos bancarios y la celebración de actos y contratos diferentes de los anteriores.

Adquisición por extranjeros de valores y bienes inmuebles y realización de depósitos bancarios

En este caso la *LGP* señala expresamente que, sin importar la calidad migratoria del extranjero en México, éste puede "adquirir valores de renta fija o variable y realizar depósitos bancarios, así como adquirir bienes inmuebles urbanos y derechos reales sobre los mismos, con las restricciones señaladas en el art. 27 constitucional, en la *Ley de Inversión Extranjera* y demás leyes aplicables" (art. 66). El art. 122 del *Reglamento* de la *LGP* indica que este tipo de actos podrá realizarlos el extranjero en forma directa o a través de su representante, independientemente de que aquél se encuentre en el país, y agrega que los extranjeros pueden celebrar cualquier acto de dominio sobre los bienes que les sean propios sin requerir ningún permiso para ello (art. 123 del *Reglamento*).

Celebración de actos y contratos con fines de lucro

Por lo que respecta a otro tipo de actos, diferentes de los señalados, las reglas son las siguientes: en primer lugar, si el extranjero desea celebrar actos para los cuales no se le exige autorización previa es indispensable, sin embargo, contar con la documentación migratoria que acredite su *legal estancia en el país;* es decir, haber ingresado en éste conforme a una de las calidades migratorias que señala la *LGP.* El único caso que se excluye de esta regla general es el de la persona que haya ingresado en territorio nacional con la característica migratoria de transmigrante, la cual, por disposición expresa de la ley, no le permite a quien la tiene realizar actos jurídicos en México (art. 122, último párrafo, del *Reglamento*).

Suponiendo que el extranjero celebre un contrato sin haber obtenido el permiso previo, ello no invalida o produce la nulidad del contrato. La ausencia de permiso sólo producirá una sanción administrativa.

Ahora bien, si el acto o el contrato por celebrarse implica una actividad comercial o que represente fines de lucro para el extranjero, éste deberá tener una calidad migratoria que le permita celebrar tales actos. Por disposición expresa de la ley, toda autoridad del país, notarios y corredores públicos deberán exigir a los extranjeros que realicen las gestiones para acreditar su condición y calidad migratoria antes de realizar dicho acto o contrato (art. 67).

La limitación señalada es muy importante en la práctica, ya que el extranjero cuya documentación no lo autorice para celebrar actos comerciales debe solicitar una autorización especial al Instituto Nacional de Migración, la cual, por la naturaleza de su trámite, no se obtiene en forma inmediata. El mismo Instituto no expide autorizaciones cuando el extranjero entró en el país en calidad de turista o con una característica migratoria que no acepte la celebración de actos comerciales o con fines de lucro. En este caso, deberá procederse a cambiar la calidad migratoria por otra que permita celebrar dichos actos. Conviene tener en cuenta todo esto cuando se pretenda documentar a un extranjero que entrará en el país para celebrar determinadas actividades con fines de lucro, actos comerciales u otros de carácter corporativo (participación en consejos de administración, votación en asambleas, etcétera).

Ley de Inversión Extranjera (*LIE*)

Los extranjeros, las sociedades extranjeras y las sociedades mexicanas con inversión extranjera tienen prohibido o limitada su capacidad para celebrar actos y contratos en tres sectores de la economía, con las salvedades que establece la *LIE*. Dichos sectores son:

- "Actividades reservadas" al Estado, es decir, en las que sólo éste puede participar. En esta categoría se encuentran 13 áreas.[35]
- "Actividades reservadas sólo a mexicanos", integradas por seis ámbitos o sectores económicos.[36]
- "Actividades y adquisiciones con regulación específica", en las que existen diferentes porcentajes de participación para extranjeros: hasta 10% en sociedades cooperativas de producción, hasta 25% en transporte aéreo nacional, aerotaxi y transporte especializado, y hasta 49% en 24 sectores de la actividad económica.[37]

[35] **Artículo 5o.,** *LIE*: petróleo y demás hidrocarburos, petroquímica básica, electricidad, generación de energía nuclear, minerales radiactivos, comunicación por satélite, telégrafos, radiotelegrafía, correos, ferrocarriles, emisión de billetes, acuñación de moneda y control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos.

[36] **Artículo 6o.,** *LIE*: transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga; comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo; servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión; uniones de crédito; instituciones de banca de desarrollo y prestación de servicios profesionales.

[37] **Artículo 7o.,** *LIE*. "En las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación la inversión extranjera podrá participar en los porcentajes siguientes: [...]

III. Hasta 49% en:

a) Sociedades controladoras de grupos financieros.
b) Instituciones de banca múltiple.
c) Casas de bolsa.
d) Especialistas bursátiles.

Hay otras áreas en las que la inversión extranjera puede participar y adquirir hasta 49% de acciones, pero para ello se requiere una "resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras"; estamos hablando de 12 sectores.[38] No obstante las limitaciones citadas, para el caso de los extranjeros que son personas físicas la *LIE* considera la posibilidad de que su inversión sea asimilada en paquetes de inversión mexicana cuando estén en calidad de inmigrados (art. 3o), "salvo aquella realizada en las actividades contempladas en los títulos primero y segundo de esta ley"; es decir, las actividades reservadas y en zona restringida y las que los extranjeros deben realizar por medio de fideicomisos para adquirir bienes inmuebles.

En síntesis, existen las capacidades personales, que se rigen por la ley del domicilio; las societarias, que se determinan por la ley de constitución de la sociedad, por su escritura y sus estatutos, y las limitaciones a la capacidad de los extranjeros en

e) Instituciones de seguros.
f) Instituciones de fianzas.
g) Casas de cambio.
h) Almacenes generales de depósito.
i) Arrendadoras financieras.
j) Empresas de factoraje financiero.
k) Sociedades financieras de objeto limitado.
l) Sociedades a las que se refiere el art. 12-*bis* de la *Ley del Mercado de Valores*.
m) Acciones representativas del capital fijo de sociedades de inversión.
n) Sociedades operadoras de sociedades de inversión.
o) Administradoras de fondos para el retiro.
p) Fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos, municiones y fuegos artificiales, sin incluir la adquisición y utilización de explosivos para actividades industriales y extractivas, en elaboración de mezclas explosivas para el consumo de dichas actividades.
q) Impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en territorio nacional.
r) Acciones serie 'T' de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales.
s) Pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva, sin incluir acuacultura.
t) Administración portuaria integral.
u) Servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior en los términos de la Ley de la materia.
v) Sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, con excepción de cruceros turísticos y la explotación de dragas y artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria.
w) Suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones y aeronaves y equipos ferroviarios.
x) Sociedades concesionarios en los términos de los arts. 11 y 12 de la Ley Federal de Telecomunicaciones.

IV (Derogada).

Los límites para la participación de inversión extranjera señalados en este artículo no podrán ser rebasados directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, o cualquier otro mecanismo que otorgue control o una participación mayor a la que se establece, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta Ley."

[38] **Artículo 8o.,** *LIE*: servicios portuarios, de educación y legales; sociedades navieras; concesionarios de aeródromos, de información crediticia, calificadoras de valores; agentes de seguros; telefonía celular; constitución de ductos para petróleo; perforación de pozos petroleros y gas; construcción y operación de vías férreas.

México (personas físicas o sociedades) para adquirir bienes inmuebles, así como para celebrar actos y contratos, ya sea en beneficio personal o con fines de lucro o comerciales.

Código Civil Federal

Como indicamos, no existen normas especiales de DIPr que permitan conocer cuáles son las aplicables para determinar la capacidad de las personas en el caso de la contratación internacional, por lo que debemos recurrir al *CCFed*.[39] En su art. 13, fracc. II, prevé que "el estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio"; es decir, para efectos de la validez de la contratación por parte de personas físicas, éstas deberán tener capacidad para obligarse conforme a las *leyes de su domicilio,* como lo establece la disposición. En el caso de las personas morales extranjeras de naturaleza privada, en el capítulo anterior vimos cómo en su art. 2736 el *CCFed* regula la capacidad de estas personas para ser titulares de derechos y obligaciones, además de establecer que se regirán por el *derecho de su constitución;* señala asimismo que quienes actúen como sus representantes para obligarlas o comprometerlas deberán ser personas autorizadas conforme a la ley de constitución de la sociedad, su escritura y estatutos.

b) Derecho aplicable a la forma y el fondo del contrato

Nos hemos referido hasta aquí a las disposiciones de fuente interna reguladoras del contrato. Hemos explicado la capacidad para contratar y queda pendiente la *forma* que ha de asumir el contrato, así como el *fondo* del mismo.

Respecto de la forma, el *CCFed*, el *CCDF*, así como el de las demás entidades federativas siguen la regla clásica *locus regit formam*. Varios códigos agregan que podrá elegirse la forma del contrato establecida en la ley mexicana cuando ese contrato, constituido en el extranjero, hubiese de producir efectos en México (art. 13, fracc. IV, *CCFed*). Lo que no se prescribe es la posibilidad de celebrar un contrato siguiendo alguna forma establecida en alguna ley extranjera.

El fondo o contenido del contrato se suele regular por separado en México, prescribiéndose al respecto una propia ley aplicable. Por lo pronto, debemos hacer una explicación previa. Las obligaciones y derechos a que se sujetan los contratantes

[39] Este *Código* corrió en un mismo cuerpo legal que el *CCDF* hasta el año 2000. Una vieja decisión de la SCJN había indicado que el derecho común era supletorio del *CCom* y que el derecho común era el *CC* de la entidad federativa correspondiente. La reforma del año 2000 reencauzó el criterio para establecer que cualquier remisión al *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* deberá entenderse que es al *CCFed*. Art. 2o. transitorio del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Diario Oficial de la Federación*, 29 de mayo de 2000.

surgen con motivo del contrato. Es por eso que a estas relaciones también se les conoce como *efectos del contrato*. Esto es, mediante los efectos del contrato se concretan los derechos y obligaciones, lo que también suele conocerse como el *fondo del contrato*. Hecha esta aclaración, proseguimos con el derecho aplicable a los efectos del contrato.

Aunque el *CCDF* y el *CCFed* se establecieron en un mismo cuerpo legal hasta el año 2000, el *CCFed* continúa conservando el mismo texto introducido en 1988, mientras que el *CCDF* se modificó posteriormente y produce resultados diferentes. A ambos textos nos referimos en seguida.

El *CCFed* permite que el fondo del contrato se rija por el *ordenamiento jurídico elegido por los compromitentes* y, a falta de acuerdo, por la *ley del lugar de ejecución del contrato* (art. 13, fracc. V).

El *CCDF*, con mala sintaxis, no establece la posibilidad de que quienes pactan en el D.F. puedan elegir el derecho aplicable a los efectos de su contrato. Admite, en cambio, que quienes pacten fuera del D.F. puedan elegir el *CCDF* si en esta entidad va a producir efectos el contrato. Esto es, acoge un territorialismo encubierto.

La última línea del texto del *CCDF* prescribe que los contratantes pueden designar la aplicabilidad de otro orden jurídico, pero, y aquí lo sorprendente, sólo podrán elegirlo quienes contrataron fuera del D.F., lo que, en cierta manera, significa, según el *CCDF*, que los contratantes que pactaron en el D.F. no pueden elegir la ley aplicable a su contrato.

Al contrastar ambos códigos (*CCDF* y *CCFed*) sale mejor librado el federal, que a partir del año 2000 es supletorio del *CCom*, lo que le da una amplia cobertura a los contratos mercantiles.

Continuamos con algunos otros aspectos relacionados con el derecho aplicable. El *CCom* establece que en "las convenciones mercantiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que la validez del acto comercial dependa de la observancia de formalidades o requisitos determinados" (art. 78). En otras palabras, esta disposición general permite ubicar el hecho conforme al cual las partes escogieron como ley aplicable a su contrato una ley determinada, ya sea la de una entidad federativa diferente o la de un país dado. Por tanto, esta ley será la que se aplique, pues ambas partes, según la disposición citada, han actuado con plena autonomía de su voluntad y saben (o se supone que saben) las consecuencias que ocasionará la ejecución de una u otra ley.

Sólo en caso de que el contrato requiera formalidades o solemnidades, de acuerdo con el propio *CCom*, la validez del mismo se supeditará a ellas. Dicho *Código* agrega: "los contratos celebrados en país extranjero en que la ley exige escrituras, formas o solemnidades determinadas para su validez [...] (serán necesarias) aunque no las exija la ley mexicana"; por tanto, la *validez del acto dependerá de dichas formalidades* o solemnidades (art. 79).

En el caso de un negocio, puede ser invalidado en México por un juez que constate que no se cumplieron las formalidades que disponía *la ley del lugar de constitución*, sobre todo cuando el derecho mexicano no requiere esas formalidades. Ante

esta disposición, sin embargo, el juez puede actuar en forma diferente: consid
que la solemnidad del acto, de acuerdo con el lugar donde se celebró, tiene tal imp
tancia que debe hacerla valer en México, no obstante que aquí no sea necesaria. L
segunda opción es que el juez verifique, con base en la ley local, que efectivamen
requiere una formalidad que no fue cumplida, pero que, sin embargo, esa misma i
titución en México no la somete a dicha formalidad. De acuerdo con la disposici
del citado art. 13, fracc. V, el juez debe validar el contrato, pues si bien la disp
ción del *CCom* es expresa y no hace excepciones, la interpretación debe ser en be
ficio del nego*cio* (*favore negotti*), en virtud de que las partes, al celebrar el contra
tenían como voluntad cumplirlo en todos sus efectos. Al admitir esta solución, el
juez mexicano estaría admitiendo también que la voluntad de las partes preval
sobre la anulación; lo más importante en este punto es que si dicho juez anula con
forme a una solemnidad no cumplida en el extranjero o en una institución que el
derecho mexicano contempla pero que implica sujeción a dicha formalidad, estar
aplicando una anulación no contemplada para la institución mexicana semejante, lo
cual podría considerarse un acto *contrario* a la *política legislativa nacional.*

Si las partes no designaron la ley aplicable a su contrato, el *CCom* nada dice al res
pecto, por lo que aplica la norma supletoria del *CCFed* según la cual "los actos y con
tratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las
partes hubiesen designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho" (art. 13,
fracc. V). En el caso de los contratos celebrados entre ausentes —como ya lo
vimos—, la ley aplicable será la del destinatario, por perfeccionarse ahí el contrato;
sin embargo, el oferente debe conocer esa voluntad de aceptación del contrato.
También cabe la posibilidad de que en el contrato las partes hayan designado expre
samente un tercer país donde deba ejecutarse el acuerdo; en este caso, la ley ejecuta
ble será la de ese tercer país.

Por otro lado, en cuanto al art. 13, fracc. V, tenemos dos cuestiones que comen
tar. La primera, como ya dijimos, consiste en que ante el silencio de las partes se apli
cará la *ley del lugar de ejecución del contrato.* Sin embargo, puede suceder que existan
diversos lugares de ejecución de la obligación; en este caso, tal criterio o punto de la
conexión se debilitaría. Para contrarrestar tal debilitamiento se recomienda entonces
aplicar la *ley del lugar de la prestación principal,* aunque aquí puede suceder que no
haya una sola prestación principal. En la doctrina contemporánea se habla de *la pres
tación característica*, que define o da carácter o naturaleza a las obligaciones asumi
das por las partes. En conclusión, el criterio del lugar de ejecución ya no es hoy en
día totalmente seguro, porque el comercio internacional tiene una diversidad de
modalidades y de opciones que no necesariamente se expresan con tal nitidez que
permitan definir el lugar de ejecución del contrato.

La segunda cuestión se refiere a la libertad de las partes para elegir la ley aplica
ble y está consagrada en esta disposición, con un límite. Se trata de la designación de
la ley aplicable cuando haya sido hecha de una forma "válida", según lo prevé la ley.
Es evidentemente un concepto poco preciso, por lo que cabe una explicación. Para
ello enunciaremos dos criterios que pueden guiar en este sentido.

1. Las partes designaron la ley aplicable a su contrato teniendo en cuenta los siste
mas jurídicos con los cuales dicho contrato iba a tener relación. Es decir, consideraron
que su libertad de designación de ley aplicable estaba limitada precisamente por esos
sistemas jurídicos. Entonces hicieron una designación "válida" de acuerdo con el *CCFed.*

2. Las partes consideraron que la autonomía de su voluntad era tan amplia que
decidieron escoger como derecho aplicable el de un tercer país, que no tenía ningu
na relación con su contrato. ¿Hasta qué punto su elección es válida en los términos
planteados por el *CCFed?* La respuesta nos la dará la jurisprudencia. Sin embargo, por
el sentido en que está planteada esta disposición, parecería que una elección de ese
tipo podría invalidarse en virtud de que no habría una relación directa entre el dere
cho elegido por las partes y el contrato. No obstante, en la práctica es poco común
una designación de esta naturaleza, pues por lo general las partes no desean someter
su contrato a un derecho que ni una ni otra conocen o que se encuentra alejado de
sus intereses.

Como veremos más adelante, hoy en día la libertad para las partes es absoluta, por lo
que a la luz de los acontecimientos actuales los tribunales mexicanos podrían optar
por validar incluso el segundo de los criterios señalados.

c) Regulación del contrato entre ausentes

Código de Comercio

Los códigos mexicanos consagran reglas que en mayor o en menor medida fueron
planteadas en códigos civiles del siglo XIX y que regulan la forma de contratar por
correspondencia. A continuación analizaremos el contrato celebrado entre ausentes
según el *CCom,* y más adelante estudiaremos esa institución a partir del *CCFed.*

El *CCom* adopta la *teoría de la declaración*, conforme a la cual la perfección del
contrato se establece cuando el destinatario recibe la oferta y declara que la acepta,
dejando así exteriorizada su respuesta. "Desde este momento las voluntades coin
ciden en un mismo punto jurídico, y esa coincidencia se ha manifestado exterior
mente; desde ese propio momento se ha formado el contrato."[40] En este sentido, el
art. 80 establece: "Los contratos mercantiles que se celebren por correspondencia
quedarán perfeccionados desde que se conteste aceptando la propuesta o las condi
ciones con que ésta fuere modificada." Es una tendencia que se conserva hasta la
actualidad; gracias a los medios de comunicación modernos, el oferente puede hoy
tener la certeza de que su oferta llegó al destinatario y enterarse de su respuesta tan
pronto el destinatario acepte o no la oferta. En el DIPr, si el contrato se perfecciona en
el momento de la declaración por parte del destinatario —y si las partes no escogie
ron el derecho aplicable al contrato—, la ley aplicable sería la del país de éste.

[40] Felipe de J. Tena, *Derecho mercantil mexicano, op. cit.*, p. 303.

La cuestión de los plazos es decisiva en este aspecto. La oferta es en sí un acto unilateral, sólo obligatorio para el oferente hasta el momento en que el destinatario lo acepta. Esta aceptación o el rechazo de la oferta pueden ser inmediatos si el oferente así lo requiere, o bien, puede concedérsele al destinatario un plazo para su respuesta, que es el procedimiento común. Sin embargo, el *CCom* no establece un plazo para la contestación de la oferta en caso de que ésta hubiese sido silente sobre el particular. Aquí habría que aplicar la disposición supletoria del *CCFed,* que establece el plazo de tres días más el tiempo de ida y vuelta en el correo público, tomando en cuenta también las distancias y la facilidad o dificultad de las comunicaciones. Como se advierte, este plazo es ambiguo porque se sujeta a circunstancias variables; no obstante, será el juez el que, en última instancia, decida sobre el particular.

En conclusión, tenemos claro quiénes, y con qué capacidad, pueden celebrar un contrato; y en el caso de la celebración a distancia de éste, contamos con las reglas básicas para que, a partir de cierto momento, se considere perfeccionado. Asimismo, sabemos cuáles son las reglas del DIPr en cada caso para determinar la ley aplicable. La importancia de estas reglas estriba en el hecho de que gran parte de la contratación internacional, y especialmente la de mercaderías, se celebra a la distancia y mediante oferta.

Código Civil

El *CCFed* regula el contrato entre ausentes receptando la *teoría de la información*; es decir, resulta necesario que la oferta que envió el oferente no sólo sea recibida por el destinatario y que éste la acepte; se requiere, además, que el oferente reciba esa aceptación.

> **Artículo 1807.** El contrato se forma en el momento en que el proponente reciba la aceptación, estando ligado por su oferta según los artículos precedentes.

La idea en esta disposición es que el oferente o proponente quede enterado de la aceptación por parte del destinatario. "Con el instante en que se verifica ese conocimiento o información coincide el instante de la perfección del contrato [...] y [...], el lugar en que se halle el proponente será donde se forme el contrato."[41] El sistema de información planteado en un código tan antiguo tenía como fin que ante los avatares del correo en el siglo XIX y durante los inicios del siglo XX, el oferente pudiera estar seguro de que el destinatario había recibido la oferta y la había aceptado. En este sistema no tiene que ver tanto la precisión técnica del momento en el cual se cruzan los consentimientos para fundirse en una voluntad única y, en consecuencia, perfeccionar el contrato.[42] Lo que en este concepto se busca en realidad es que el oferente

41 Felipe de J. Tena, *Derecho mercantil mexicano, op. cit.*, p. 301.

42 Sobre el particular, consúltese Leonel Pereznieto Castro, "Las obligaciones convencionales internacionales en el Derecho Internacional Privado mexicano", en *El Foro,* Barra Mexicana de Abogados, Sexta Época, núm. 6, 1976, pp. 43 y siguientes.

quede perfectamente informado de que su oferta fue aceptada por el destinatario y que éste así se lo ha manifestado con la carta que aquél ahora tiene en sus manos.

La Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías,[43] a la que ya nos referimos y de la que México forma parte, adopta este criterio: art. 18, fracc. I: "Toda declaración u otro acto del destinatario que indique asentimiento a una oferta, constituirá aceptación [...]."[44]

En cuanto a la revocación de la oferta, el *CCFed* establece que "ésta se considerará como no hecha si la retira el autor y el destinatario recibe la retractación antes que la oferta. La misma regla se aplica al caso en que se retire la aceptación" (art. 1808). Como puede observarse, aquí la retractación tiene el efecto de que no se declare la voluntad, ya sea del destinatario o del oferente, a fin de que no se dé la confluencia de voluntades y, en consecuencia, no se perfeccione el contrato. En el DIPr se consideraría como *ley aplicable al contrato la del oferente,* siempre que las partes no hayan escogido otro derecho. La razón es sencilla: de acuerdo con este sistema, el contrato se perfecciona en el momento en que el autor de la oferta recibe la aceptación del destinatario.

17.4. La contratación internacional en el sistema convencional. La Convención de México

La contratación internacional ha sido un tema vasto en la bibliografía y en la jurisprudencia de los tribunales extranjeros.[45] Es el vehículo fundamental del comercio internacional. Ello ha dado motivo para que varias convenciones internacionales dediquen al tema parte de sus disposiciones. Hay dos convenciones internacionales importantes

43 Sobre este tema, véase C. Esplugues, *et al.*, "Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías", en *Derecho del Comercio Internacional, MERCOSUR* –Unión Europea, Reus–, Editorial IB de F., México, 2005, pp. 345 y siguientes.

44 Sobre otras opciones en la aplicación de la ley en esta Convención, véase J. Fawcett, *et al.*, *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*, Oxford, 2005, pp. 1278 y siguientes.

45 Entre los trabajos que se han publicado sobre el tema pueden consultarse los siguientes: W. Wengler, "L'evolution moderne du droit internacional privé et la prévisibilité du droit applicable", en *RCDIP,* 1990, 4, pp. 657 y ss.; *Contratación internacional,* Tirant le Blanc, Valencia, 1994 (Carlos Esplugues, coord.); *Derecho del comercio internacional,* Enzo, Lex, Madrid, 1996 (José Carlos Fernández Rozas, ed.); C. Jarrosson, "Le contrat de transaction dans les relations commerciales internacionales", en *RCDIP,* 1997, 4, pp. 657 y ss.; N. de Araujo, *Contratos internacionais, autonomía da vontade, Mercosul e convençoes internacionais,* Renovar, Río de Janeiro, 1997; R. López Velarde, "Derecho aplicable en materia de contratos internacionales", en *RMDIP,* México, 1998, 5, pp. 37 y ss.; Santos Balandro, R., *El derecho aplicable a los contratos internacionales,* Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1966; y sobre todo, la obra más importante publicada hasta hoy en materia de DIPr sobre la compraventa internacional: J. Fawcet, *et al.*, "International Sale of Goods in the Conflict of Laws", *op. cit.*

donde se plantea la contratación en general: la Convención de Roma de 1980 sob... Obligaciones Convencionales, sólo aplicable a los países de la Unión Europea, y... la Convención de México (Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable... los Contratos Internacionales),[47] que analizaremos a continuación.

a) Antecedentes

El tema de la contratación internacional fue objeto de discusión en la Conferen... Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-II), celebra... en Montevideo, Uruguay, en 1979, con motivo de la aprobación de la Convención sob... Normas Generales de Derecho Internacional Privado.[48] Más tarde, en la CIDIP-... de 1984 el tema volvió a ser discutido durante el debate de la Convención sob... Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentenci... Extranjeras, en lo relativo a la prórroga de jurisdicción en los contratos mercantil... internacionales.[49] En 1986 la Asamblea General de la Organización de Estad... Americanos (OEA), en vista del interés sobre el tema de la contratación internacion... resolvió incluirlo como asunto por tratar en la CIDIP-IV, que se realizó nuevamente e... Montevideo en 1989.[50] Por su parte, el Consejo Permanente de la OEA acató la resolu... ción de la Asamblea y la incorporó en el temario de la citada conferencia.[51] La Secretar... General de la OEA, en cumplimiento del mandato del Consejo Permanente, acord... constituir un grupo *ad hoc* para que delineara el marco jurídico dentro del cu... debería considerarse el tema de la contratación internacional. El trabajo de dich... grupo *ad hoc* se publicó posteriormente.[52] Al mismo tiempo, la Secretaría Gener...

46 Sobre esta Convención puede consultarse François Rigaux, "Examen de quelques questions l... sées ouvertes per la Convention de Rome sur loi applicable aux obligations contractuelles", *Cahiers de Droit Européene*, 1988, 2, pp. 306 y ss.; P. Lagarde, "Le nouveu droit internacional priv... des contrats apprés l'entrée en vigeur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", en *RCDIP*, 199... 2, pp. 287 y ss. Sobre el tema en general, véase O. Lando, *et al.*, *Principios de Derecho Contractu... Europeo*, Colegios Notariales de España, Madrid, 2002.

47 Sobre esta Convención, consúltese Leonel Pereznieto Castro, "Introducción a la Convenci... Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Rivista di Diritto Intern... zionale Privatto e Processuale*, año XXX, núm. 4, 1994, Milán, pp. 765 a 776; H. Veytia Palomino, "... Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Jurídica*, ... núm. 25, 1995, pp. 383 y ss.; M. B. Noodt Taquela, "Convención Interamericana sobre derecho ap... cable a los contratos internacionales", en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umb... del siglo XXI*, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado ... la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997, pp. 89 y ss.; F. K. Juenger, "Contra... choice of law in the Americas", en *RMDIP*, 1997, pp. 3 y ss.; y E. González de Cossío, "La Convenci... Interamericana y los Contratos Internacionales", en *Jurídica*, núm. 27, México, 1997, pp. 11... siguientes.

48 Véase doc. OEA/Ser.K/XXI.5.CIDIP-V/4/93, p. 5.

49 *Idem*.

50 Documento OEA.AG/RES.834 (XV-0/86).

51 Documento OEA.CP/RES.486 (717/87).

52 Documento OEA/Ser.K/XXI.4, CIDIP-IV/doc. 14/89, del 29 de marzo de 1989.

encargó al profesor argentino Antonio Boggiano la preparación de un documento que sirviera de apoyo a las labores de la CIDIP-IV.[53]

En la primera sesión plenaria de la CIDIP-IV, celebrada el 9 de julio de 1989, se asignó a la Comisión II el estudio del punto 3 del temario: "Contratación internacional".[54] Después de varios debates sobre el tema, se propuso que se aprobaran ciertas bases para la futura elaboración de un proyecto de Convención "en virtud de haberse considerado que la temática no está aún suficientemente decantada a nivel regional como para ser articulada".[55] En el informe del relator de la Comisión II se dijo igualmente: "Influyó también en esta decisión la circunstancia de que no es unánime en la región la predisposición a la aceptación del principio de la autonomía de las partes para elegir la ley contractual."[56] Cabe apuntar que el documento de trabajo de la Comisión II fue un proyecto conjunto presentado por las delegaciones de México y Uruguay. Como conclusión de los trabajos de la Comisión II se aprobó el documento titulado "Bases propuestas por la Comisión II para trabajos futuros en relación con el tema de la ley aplicable en materia de contratación internacional".[57]

Por resolución de la Asamblea General de la OEA[58] se convocó a una reunión de expertos en materia de contratación internacional, previa a la realización de la CIDIP-V. Por su parte, el Consejo Permanente de la OEA decidió incluir el tema en la agenda del Comité Jurídico Interamericano de Río de Janeiro, que en su sesión de agosto de 1990 nombró a José Luis Siqueiros como relator quien, además, elaboró la exposición de motivos y el proyecto de Convención Interamericana sobre Ley Aplicable en Materia de Contratación Internacional aprobado por dicho Comité.[59] Por cierto, este proyecto resultó muy bien logrado; fue la base de discusión en la reunión de expertos sobre

53 Trabajo publicado en el documento OEA/Ser.K/XXI.4. CIDIP-IV/doc. 8/88 del 23 de septiembre de 1988, documento que, por cierto, no tuvo la utilidad deseada porque el autor excedió el tema que le fue encargado y lo concluyó refiriéndose únicamente al tema de la prórroga de jurisdicción, además de que en sí el trabajo resultó confuso.

54 La presidencia de la Comisión II recayó en la persona del profesor Gonzalo Parra Aranguren, la vicepresidencia correspondió al doctor Peter H. Pfund y la relatoría al doctor Ronald Herbert. La jefatura de la delegación mexicana estuvo a cargo del licenciado Ricardo Abarca Landero y el representante de la delegación en la Comisión II fue Leonel Pereznieto Castro. Además del documento que se refiere en la nota 50, la Comisión II tomó en cuenta el proyecto de Convención en materia de contratación internacional presentado por la delegación mexicana y contenido en el documento CIDIP-IV/doc. 22/89.

55 "Informe del Relator de la Comisión II referente al tema de contratación internacional", documento OEA/Ser.K/XXI.4 CIDIP-IV/103. vol. I, del 28 de febrero de 1991.

56 *Idem*.

57 Documento CIDIP-IV/doc. 37/89.

58 1024 (XIX/0/89).

59 Documento CJI/RES.II 6/91. En la exposición de motivos del proyecto, José Luis Siqueiros señala que las "fuentes de inspiración universales e interamericanas fueron: la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y las Convenciones satélites a ésta sobre representación y prescripción; la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a las ventas de carácter internacional de 1955; la Convención de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones convencionales de 1980; la Convención de La Haya sobre la ley aplicable a los contratos de compraventa de

contratación internacional, celebrada en Tucson, Arizona, en noviembre de 1993, de donde salió un nuevo proyecto,[60] el cual se discutió durante la celebración de la CIDIP-V.[61]

b) Introducción a la Convención

Antes de abordar la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, aprobada en la tercera sesión plenaria de la CIDIP-V del 17 de marzo de 1994 y de la que México es Estado parte, nos referiremos brevemente a tres de los antecedentes que sirvieron de base para la elaboración de este instrumento internacional. Se trata de las dos convenciones de La Haya, una sobre la Ley Aplicable a las Compraventas Internacionales de Bienes Muebles Corporales, del 15 de junio de 1955, y otra sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, del 22 de diciembre de 1986; y la Convención sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales de Roma de 1980. De ninguna de ellas México es Estado parte, por lo que sólo las presentamos como referencia.

En la Convención de La Haya de 1955 por primera vez se acepta en el nivel internacional la plena autonomía de la voluntad de las partes para designar la ley aplicable a su contrato.[62] Asimismo, se establece que ante la falta de designación expresa de las partes, la venta sea regida por la *ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual* en el momento de recibir el pedido; si éste es recibido en un establecimiento del vendedor, la venta se rige por la ley del país de dicho establecimiento.[63] Este criterio subsidiario se fundamenta en la prestación a cargo del vendedor, lo que más tarde se tradujo, en buena medida, en el punto de conexión de la prestación, característica que a su vez parte del principio del *lugar de ejecución del contrato,* con todos los problemas que un punto de conexión de esta naturaleza puede provocar.

Tanto el concepto de residencia habitual como el de establecimiento en materia de compraventa internacional de mercaderías fueron retomados por las convenciones internacionales ulteriores.[64] El límite a la autonomía de las partes en la designación de la ley aplicable es el *orden público del foro.*[65]

mercaderías de 1986; los trabajos del UNIDROIT; la experiencia generada en las Conferencias Especializadas Interamericanas, así como los avances habidos en varios países latinoamericanos en sus legislaciones iusprivatistas y el segundo Restatement de los Estados Unidos".

60 Doc. OEA/Ser.K/XXI.5. CIDIP-V/15/93.

61 Sobre esta reunión de expertos, consúltese el informe correspondiente, OEA/Ser.K/XXI.5. CIDIP-V/14.93.

62 **Artículo 2o.,** primer párrafo. "La vente est régie per la loi interne du pays designé per les parties contractantes." Sin embargo, en el segundo párrafo establece una fórmula un tanto limitativa: "Cette désignation doit faire l'objet d'une clause expresse, ou résulter indubitablement des dispositions du contrat."

63 Artículo 3o.

64 Incluida la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa de mercaderías de 1980, que no es de ley aplicable, sino de derecho uniforme.

65 Artículo 6o.

A su vez, la Convención de Roma, que como se sabe fue negociada y aprobada por los países miembros de la entonces Comunidad Económica Europea, parte de varios de los principios mencionados en la Convención de La Haya de 1955 y agrega otros de gran importancia, como los siguientes: sus reglas se aplican a las obligaciones contractuales en general, salvo las exclusiones que la propia Convención establece.[66] En caso de ausencia de designación de la ley aplicable por las partes, el contrato se regirá por la *ley del país con el que presente "los vínculos más estrechos",* con lo cual supera el complicado sistema de subsidiariedad establecido en la Convención de La Haya y al que ya nos referimos.[67] Al mismo tiempo, admite el *depeçage* tanto en la libertad de elección como en defecto de tal elección: "No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro país, podrá aplicarse, a título excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país."[68] Establece el principio según el cual las partes tienen la libertad de acordar en cualquier momento que a su contrato se aplique una ley distinta, siempre que no se afecte la validez del contrato ni los derechos de terceros (art. 3o., párrafo segundo). Consagra en el ámbito internacional el concepto de las *leyes de policía* o *leyes de aplicación inmediata,*[69] como las conocemos en México y que, como se sabe, amplían

66 **Artículo 1o.,** segundo párrafo: "[...] 2. No se aplicarán:

a) al estado civil y a la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 11;

b) a las obligaciones contractuales relativas a:
- los testamentos y sucesiones;
- los regímenes matrimoniales;
- los derechos y deberes dimanantes de las relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad, incluidas las obligaciones alimenticias respecto a los hijos no matrimoniales;

c) a las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable;

d) a los compromisos, cláusulas compromisorias y acuerdos de designación de fuero;

e) a las cuestiones reguladas por el derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica;

f) a la determinación de si un representante puede comprometer frente a terceros a la persona por cuya cuenta pretende actuar o si un órgano de una sociedad, de una asociación o de una persona jurídica puede comprometer ante terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica;

g) a la constitución de trusts, a las relaciones que se creen entre los constituyentes, los trustees y los beneficiarios;

h) a la prueba y al procedimiento, sin perjuicio del art. 14.

3. Las disposiciones del presente Convenio no se aplicarán a los contratos de seguros que cubran riesgos situados en los territorios de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. Para determinar si un riesgo está situado en estos territorios, el juez aplicará su ley interna.

4. El apartado precedente no se refiere a los contratos de reaseguro".

67 Véase art. 3o., apartado 1, última oración.

68 Artículo 4o., primer párrafo.

69 Artículo 7o.

el espectro de la noción clásica del orden público —cuyos límites tradicionales son *las buenas costumbres* y *los derechos de terceros*— a otras leyes vinculadas con la estructura del Estado o con la organización de la sociedad.[70] Finalmente, para mencionar sólo los aspectos principales, esta Convención reconoce como derecho supranacional en materia contractual el derivado del derecho comunitario (art. 20).[71]

En lo que corresponde a la Convención de La Haya de 1986 sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, integra los grandes principios formulados en las dos convenciones anteriores y, a la vez, constituye la versión conflictual y complementaria de la Convención de Viena de 1980 sobre Derecho Uniforme Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías.[72] Sin embargo, la Convención de La Haya fue criticada en su momento por haber aceptado principios de la Convención de Roma sin considerar que ésta se refiere a las obligaciones contractuales en general y no a la regulación específica de la *compraventa*, como sucede en la Convención de La Haya.[73] Cabe señalar que el art. 25 de esta Convención establece que los Estados que la ratifiquen y que sean parte de la Convención de La Haya de 1955 habrán consentido así que la primera "reemplaza" (*remplace* o *replace*) a la segunda.

En este contexto del desarrollo convencional internacional se redactó la Convención Interamericana que ahora nos ocupa.[74] Con el objeto de lograr una descripción sucinta de sus partes fundamentales nos referiremos a cinco aspectos: ámbito de

70 A este respecto véase P. Francescakis, *La theorie du renvoi et les conflits de systémes en DIPr*, Sirey, París, 1958. Del mismo autor: "Quelques précisions sur les lois d'application inmediata et leurs rapports avec les règles de conflits des lois", en *Revue Critique de Droit International Privé*, t. IV, núm. 1, París, 1966.

71 Artículo 20. Para una crítica y mejor información sobre esta Convención puede consultarse Fausto Pocar, "La unificación de reglas de conflicto en materia de contratos en la Comunidad Europea", en *Segundo Seminario Nacional de DIPr*, UNAM, México, 1980, pp. 51 y ss.; Henri Batiffol, "Conflictos en materia de contratos", *idem*, pp. 85 y ss., y P. Lagarde, "Le nouveau droit international privé des contrats aprés l'entrée en vigeur de la Convention de Rome du 19 juin de 1980", en *Revue Critique de droit international privé*, núm. 2, París, 1991, pp. 287 y siguientes.

72 Sobre esta Convención puede consultarse, entre otros, J. Vilus, "Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention", en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, UNAM, México, 1989, pp. 1431 y ss.; J. Honnold, "International Sales Law and the open-price contract", *idem*, pp. 915 y ss., y J. Adame, *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, UNAM, México, 1991.

73 Sobre este particular, consúltese Y. Loussouarn, "Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de merchandises", en *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, París, 1986. pp. 271 y siguientes.

74 Como menciona Alejandro M. Carro, existe "no sólo la similitud sino identidad de criterios adoptados por estos tres instrumentos en temas fundamentales como la caracterización de la 'internacionalidad' del contrato; el ámbito de aplicación del proyecto (el de la Convención Interamericana) los temas expresamente excluidos de su órbita", "Armonización y unificación del derecho privado en América Latina: esfuerzos, tendencias y realidades", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, núm. 2, 1993, p. 225 y ss. Por su parte, José Luis Siqueiros, en la exposición de motivos del proyecto de Convención que formuló para el Comité Jurídico Interamericano de Río reconoce la similitud e influencia directa de los instrumentos internacionales antes mencionados. En este sentido, véase doc. OEA/Ser.Q.CH/RES. II-6/91 del 31 de julio de 1991, pp. 16 y siguientes.

aplicación de la Convención; internacionalidad de los contratos; reconocimiento de la plena autonomía de las partes; ámbito de aplicación del derecho aplicable, y reconocimiento de la *lex mercatoria*.

c) Ámbito de aplicación de la Convención

De acuerdo con su art. 1o., la Convención determina el derecho aplicable a todos los contratos internacionales, salvo las exclusiones que el mismo instrumento establece y que son de cuatro tipos:

a) Cuando se trate de contratos celebrados o en que sean parte Estados, entidades u organismos estatales y excluyan expresamente la aplicación de la Convención (art. 1o., tercer párrafo). Durante los debates relativos a ésta se concluyó que sería una práctica sana incluir la contratación gubernamental, sobre todo porque en los países latinoamericanos había una tendencia clara hacia una mayor privatización de este tipo de contratos, especialmente en el ámbito internacional, pero dejando abierta la posibilidad de que los gobiernos o sus entidades pudieran renunciar a la aplicación de la Convención.

b) Cuando se trate de contratos respecto de los cuales cada Estado parte declare que no se aplicará la Convención, en el momento en que ese Estado firme, ratifique o se adhiera a la Convención (art. 1o., cuarto párrafo).

c) En todos los casos a los que se refiere el art. 5o. de la Convención.[75]

d) Cuando sean contratos que internacionalmente tengan una regulación autónoma en el derecho convencional entre Estados parte en la Convención (art. 6o.). Es decir, se pretende que esta Convención no excluya la aplicación de otras convenciones sobre contratación internacional relacionadas con materias específicas, por tratarse aquélla de una Convención referida a la contratación en general. El punto de acuerdo en la discusión de este artículo fue que no interfiriera la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 o cualquier otra convención semejante que pudiera adoptarse en el futuro.[76]

75 "Esta Convención no determina el derecho aplicable a:
a) Las cuestiones derivadas del estado civil de las personas físicas, la capacidad de las partes o las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato que dimanen de la incapacidad de una de las partes.
b) Las obligaciones contractuales que tuviesen como objeto principal cuestiones sucesorias, cuestiones testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas derivadas de relaciones de familia."

76 Sin embargo, de acuerdo con José Luis Siqueiros, la idea original en el proyecto que él preparó y aprobó el Comité Jurídico Interamericano fue la de excluir contratos tales como transporte de mercancías, consumidores, laborales y sobre derechos reales inmobiliarios. En la reunión de expertos de Tucson, a que ya nos referimos, se optó por una fórmula más genérica que fue la de "regulación autónoma".
c) Las obligaciones provenientes de títulos de crédito.
d) Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de títulos en los mercados de valores.

d) Internacionalidad de los contratos

De acuerdo con el segundo párrafo del art. 1o. de la Convención, existen dos criterios para definir la internacionalidad de los contratos:

a) Cuando la residencia habitual o el establecimiento de las partes en el contrato se encuentre en los territorios de Estados parte de la Convención, puede recurrirse al criterio geográfico, cuya determinación no implica grandes problemas.

b) Si el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado parte, quiere decir que, sin tomar en consideración la residencia habitual o el establecimiento de las partes en el acuerdo, los criterios de determinación serán contactos como el lugar de celebración o de ejecución del contrato o bien el lugar de pago, entre otros, con la condición de que dichos puntos de conexión se encuentren vinculados con el territorio de más de un Estado parte de la Convención. Cabe aclarar que este tipo de contactos no siempre suelen ser una buena solución, sobre todo si se les ubica aisladamente. Por ejemplo, el lugar de celebración puede ser fortuito, y es posible que haya más de un lugar de ejecución; de ahí que en situaciones semejantes sea recomendable adoptar métodos de contacto más precisos que permitan una justa determinación de la ley aplicable.[77]

e) Reconocimiento de la plena autonomía de las partes

Continuando con la tradición iniciada en 1955 con la Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a la Compraventa Internacional, el art. 7o. del instrumento que ahora comentamos establece en su primer párrafo: "El contrato se rige por el derecho elegido por las partes." Una fórmula sencilla y a la vez omnicomprensiva. La única limitación a este amplio reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes son las leyes de aplicación inmediata o leyes imperativas del foro, al tenor de lo establecido por el art. 11. De esta manera, puede tratarse de cualquier ley escogida por las partes, incluida una neutral, y su validez dependerá únicamente de las leyes imperativas o leyes de aplicación inmediata del foro, o de las leyes de orden público.

En cuanto a la regulación específica de esta autonomía plena de las partes para designar el derecho aplicable a sus contratos, la Convención establece las disposiciones siguientes:

e) Los acuerdos sobre arbitraje o elección de foro.

f) Las cuestiones de derecho societario, incluso la existencia, capacidad, funcionamiento y disolución de las sociedades comerciales y de las personas jurídicas en general".

77 Entre estos métodos está el propuesto por el profesor Wilhelm Wengler sobre la "neutralidad sustancial de las normas de conflicto", que conduce a la búsqueda de los puntos de conexión "más fuertes" tomando siempre en consideración la mayor gama posible de dichos puntos de contacto. "L'evolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", en *Revue critiqué de droit internacional Privé*, núm. 4, París, 1990, pp. 657 y siguientes.

a) La voluntad de las partes debe ser expresa y, en caso de ausencia de acuerdo expreso, ésta debe desprenderse de la conducta de aquéllas, conducta que deberá ser interpretada con lo expresado en las cláusulas contractuales, las cuales, a su vez, han de ser consideradas en su conjunto. En otras palabras, se pretende que ante la falta de voluntad expresa el juez desentrañe esa voluntad de los elementos que configuran la totalidad de la relación jurídica contractual (art. 7o., primer párrafo).

b) La autonomía de la voluntad establecida por la Convención es suficientemente amplia, pues permite a las partes elegir el derecho aplicable a la totalidad de su contrato o a una parte del mismo; es decir, son libres de someter su relación contractual a uno o más derechos aplicables, como les sea más conveniente y útil. Por otra parte, ésta es una figura del *depeçage* reconocida desde la Convención de Roma y la cual ya se mencionó. Esta disposición es conveniente en la medida en que la Convención comentada se refiere a la contratación internacional en general y, por tanto, hay casos en los que ciertos contratos son acumulativos y referidos a diversos objetos, para lo cual se requiere, en cada caso, una regulación específica.

c) Si el juez no pudiera desentrañar la voluntad de las partes en el contrato, como ya se indicó, o si la elección de las partes resultara ineficaz, entonces el juez deberá acogerse a un método diferente. Cuando se trate de ausencia de voluntad tomará como punto de partida el criterio establecido por el art. 9o. de la Convención, primer párrafo, el de *los vínculos más estrechos*.[78] Para saber cuáles son esos vínculos, la Convención ordena que se tomen en cuenta "todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato", con el fin de determinar su vinculación con el derecho de tal o cual Estado. Los elementos por considerar son, entre otros, la residencia habitual o establecimiento de las partes, el lugar de celebración del contrato o su lugar de cumplimiento, o bien, las conductas o intenciones manifestadas por las partes, los contactos preliminares en la negociación de su contrato, etcétera.

d) Como aspecto novedoso, que comentaremos más ampliamente en el siguiente apartado, está el mandato que hace la Convención al juez para que tome en cuenta,

78 El profesor Friedrich K. Juenger censura el concepto de *los vínculos más estrechos* en su crítica al Tratado de Roma, en los términos siguientes: "Los autores europeos, cayendo víctimas de la moda conflictual contemporánea, se basaron en un principio vago, lo cual es tan insatisfactorio como es novedoso. Emulando el enfoque inglés del *proper law approach* y la noción estadounidense de 'la conexión más significativa', decidieron... en favor de la aplicación del derecho del Estado con el cual el contrato tiene 'los vínculos más estrechos.'", "El derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, México, núm. 23, 1994, p. 50. Cabe señalar que el concepto de *vínculos más estrechos* fue un acuerdo de compromiso al que se llegó en la base núm. 3 formulada con motivo de la CIDIP-V. "La eliminación de estas restricciones hace más que dudosa la posibilidad de ratificación legislativa uruguaya de una futura convención que no recogiera dicho marco limitativo.", Cecilia Fresnedo de Aguirre, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional*, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991, p. 77.

respecto de la determinación de los elementos subjetivos y objetivos antes citados "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales".[79]

e) Finalmente, dentro de esta gran liberalidad para que las partes determinen el derecho aplicable a su contrato, la Convención también dota al juez de facultades para que haga el *depeçage*[80] del contrato en su labor de descubrimiento del derecho aplicable. En este sentido, el tercer párrafo del art. 9o. le indica que si una parte del contrato fuera separable del resto del mismo y tuviera una conexión más estrecha con otro Estado, podrá aplicarse a dicha parte del contrato, a título excepcional, la ley de este otro Estado.

f) Ámbito de aplicación del derecho designado aplicable

Una vez determinado el derecho aplicable conforme a las reglas establecidas en la Convención, como acabamos de señalar, procede que veamos cuál es el ámbito de aplicación de ese derecho. En este sentido, el art. 14 hace una enumeración,[81] de la cual referiremos sólo dos conceptos:

En primer lugar, su *interpretación*. El derecho aplicable será aquel conforme al cual se interprete el contrato; sin embargo, en toda la Convención se lleva a cabo una labor integradora de las costumbres, prácticas comerciales, usos y principios del derecho comercial internacional que deben ser tomados en consideración para complementar la labor interpretativa del juez. Asimismo, el art. 4o. sigue el principio establecido por el art. 7o., primer párrafo, de la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional, en su doble sentido: que para interpretar y aplicar la Convención se tenga en cuenta su carácter internacional, lo que implica

79 Como podrían ser los principios para los contratos mercantiles internacionales elaborados por el "Grupo de trabajo para la preparación de principios para los contratos mercantiles internacionales" del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) contenidos en el doc. UNIDROIT 1994. Estudio L-doc.40 Rev.13, Roma, febrero de 1994, y la traducción al español realizada por el profesor Alejandro M. Garro, de la Columbia University School of Law, junio de 1994.

80 Sobre el *depeçage,* consúltese P. Lagarde, "Le depeçage dans le droit internacional privé des contrats", *en Rivista di Diritto Internationale Privatto e Processuale,* Cedam, Padua, 1975, pp. 649 y siguientes.

81 **Artículo 14.** "El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en el capítulo segundo de esta Convención regulará principalmente:
a) Su interpretación.
b) Los derechos y las obligaciones de las partes.
c) La ejecución de las obligaciones que establece y las consecuencias del incumplimiento del contrato, comprendiendo la evaluación del daño en la medida que pueda determinar el pago de una indemnización compensatoria.
d) Los diversos modos de extinción de las obligaciones, incluso la prescripción y caducidad de las acciones.
e) Las consecuencias de la nulidad o invalidez del contrato."

que el juez nacional no encierre los conceptos establecidos en dicho instrumento en categorías locales, ya que con ello desvirtuaría su sentido y alcance. En la medida de lo posible, deberá interpretar la Convención desde una perspectiva más abierta, informándose incluso acerca de cuáles han sido las tendencias interpretativas en otros países.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, la mencionada tarea integradora deberá promover la uniformidad en la aplicación de la Convención. Los niveles del derecho designado aplicable están perfectamente diferenciados, con el objeto de que si se decide escoger más de un derecho, éstos puedan regir las diversas fases o temas del contrato con sus respectivas consecuencias.

g) Reconocimiento de la *lex mercatoria*

Por *lex mercatoria* entendemos diversas disposiciones apoyadas en los usos, costumbres, prácticas y principios generados por el comercio internacional. Se trata de conjuntos normativos producidos de manera descentralizada por grupos u órganos internacionales (gremios o sectores de la industria) no gubernamentales, y que los operadores del comercio adoptan para regir sus relaciones jurídicas; al hacerlo, ese conjunto de elementos se constituyen en derecho acordado entre las partes. Eventualmente, esta normatividad podrá ser reconocida por los sistemas jurídicos de los Estados nacionales al incorporarla y, a partir de ese momento, convertirla en derecho positivo.

Este nuevo fenómeno de creación normativa o medio novedoso de reconocimiento de la costumbre como fuente de creación del derecho es reconocido ampliamente a lo largo de la Convención que nos ocupa. A diferencia de la Convención de Roma, donde se dedujo que el derecho designado aplicable por ella debe ser el estatal,[82] en la Convención que comentamos ese "derecho" puede constituirse por reglas, usos, costumbres y prácticas, sin que necesariamente hayan sido generados estatalmente. Veamos los cinco casos en los que la Convención da un significado especial a este tipo de reglas, usos, costumbres y prácticas generados por los operadores del comercio internacional. En primer lugar, el art. 10 establece:

a) Además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho comercial internacional, así como 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.

82 En la resolución correspondiente del Instituto de Derecho Internacional, acordada en Basilea en 1991, se menciona concretamente que debe tratarse de "derecho estatal". Para un estudio acerca de la *Lex mercatoria* véase *Estudios sobre Lex mercatoria. Una realidad internacional,* Jorge Alberto Silva (comp), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

b) La idea anterior nos recuerda la afirmación de dos autores que pueden considerarse hoy en día entre los precursores modernos de este tipo de derecho: "el derecho del comercio internacional tiene como objeto el conjunto de reglas que rigen tal actividad. Ciertas reglas son de derecho interno, otras son producto de convenciones o de usos internacionales. Ni su lugar ni su calificación están aún firmemente asegurados. Pero el comercio internacional es una inmensa realidad."[83]

c) En el art. 3o. se establece una fórmula que quizá no sea tan clara como se quisiera pero que, en síntesis, es la llave de entrada para actuales y futuros desarrollos de la contratación internacional. "Las normas de esta Convención —se establece en dicha disposición— se aplicarán con las adaptaciones necesarias y posibles a las nuevas modalidades de contratación utilizadas como consecuencia del desarrollo comercial internacional."[84] Este precepto muestra la naturaleza flexible de una Convención internacional moderna.

d) El criterio subsidiario para la determinación del derecho aplicable establecido en el art. 9o., segundo párrafo, tiene relación directa con esta tendencia integradora de la Convención, ya que para tal efecto el juez también deberá tomar en cuenta "los principios generales del derecho comercial internacional aceptados por organismos internacionales" —organismos gubernamentales o no—, lo cual confirma la idea expresada anteriormente en el sentido de que la Convención engloba estos "principios" dentro de lo que considera "derecho aplicable".

e) Finalmente, en su art. 15, que se refiere al mandato y a la representación de órganos societarios, la Convención ordena al juez tomar en cuenta los principios establecidos en el art. 10 de la misma y que ya mencionamos. O sea que para decidir acerca de estas dos cuestiones lo hará de conformidad con las costumbres, usos, prácticas y principios del derecho comercial internacional, y no únicamente de acuerdo con lo dispuesto en su derecho interno legislado. Se trata en última instancia del reconocimiento en el plano convencional de una normatividad material, en el sentido en que este concepto es aceptado por el DIPr.[85]

De esta manera, la Convención adopta los nuevos criterios para entender el derecho, pues no sólo se queda en la mera estructura formal, sino que introduce criterios apoyados en la realidad y valores. Obviamente, obliga al juez y demás operadores jurídicos a asignar sentidos de razonabilidad[86] a sus disposiciones.

83 Y. Loussouarn y J. D. Bredin, *Droit du commerce international,* Sirey, París, 1969, p. 13.

84 Se trató de una propuesta hecha por la delegación estadounidense para incorporar operaciones contractuales que se realizan a través del intercambio electrónico de datos o mediante la contratación computarizada, entre otras modalidades.

85 Sobre este concepto, consúltese H. Batiffol, "Nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa del 21 de junio de 1950", en *Revue critique de droit international privé,* núm. 4, París, 1950, pp. 6[illegible] y ss.; Adolfo Miaja de la Muela, "Las normas materiales de derecho internacional privado", *Revista Española de Derecho Internacional,* Madrid, 1963, pp. 425 y ss., y Leonel Pereznieto, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.*

86 Explicadas por los teóricos de la argumentación jurídica.

Al amparo de UNIDROIT, en 1994 (y luego en 2004) se dio a conocer el documento conocido como *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, elaborado por un grupo de expertos en derecho comercial internacional y comparado de todo el mundo. El documento tuvo como fuente de inspiración, entre otros, el *American Restatements of the Law of Contracts*, aunque pretendió ser un moderno *ius commune universal* relacionado con el comercio, pero escrito. Se trata de verdaderas disposiciones de *lex mercatoria.*

La estructura de estos *Principios* es prácticamente la que siguió el citado *Restatement* estadounidense, esto es, formulando cada regla relacionada con el comercio internacional, seguida de algunos comentarios, que también son parte del texto principal y no meras notas de pie de página.

La intención que se tuvo en cuenta en el momento de su elaboración no fue que su contenido se transformara en algún tratado o en alguna ley uniforme, sino en una colección de "principios" contractuales (en realidad una normatividad) sin establecer una vinculación con las resoluciones judiciales. Tampoco se pretendió que tuvieran fuerza vinculativa por medio de la coacción (*ratione imperii*), sino sólo persuadir racionalmente (*imperio rationis*) a seguirlos.

No son derecho positivo y tampoco están reconocidos por los derechos estatales o los tribunales estatales de cada país, aunque en algunos casos han sido tomados en cuenta para resolver algún asunto, pero no porque tengan fuerza *per se*, sino por ser acogidos por las partes contratantes.

Aunque llevan el nombre de *principios*, en realidad se trata de un conjunto de disposiciones (119 artículos en nueve capítulos) contractuales para regular los contratos internacionales o ser adaptados a los requerimientos especiales de las transacciones comerciales internacionales.

El mismo documento indica que su objetivo es establecer un conjunto de reglas destinadas a ser utilizadas en todo el mundo, independientemente de las disposiciones estatales que puedan aplicarse. Procuran evitar el uso de una terminología propia de un sistema estatal específico. Su carácter internacional está puesto de relieve por el hecho de que los comentarios que acompañan a cada disposición se abstienen sistemáticamente de hacer referencia a los ordenamientos nacionales para explicar el origen y el motivo de la solución acogida. Sólo cuando la disposición ha sido tomada más o menos literalmente de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), universalmente aceptada, viene mencionada la fuente.

Es significativo que en este documento sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT se asiente en el preámbulo su propósito:

- Estos Principios establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales.
- Estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos.

- Estos Principios pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por los "principios generales del derecho", la '*lex mercatoria*' o expresiones semejantes.
- Estos Principios pueden proporcionar una solución a un punto controvertido, cuando no sea posible determinar cuál es la regla (*rule*) de derecho aplicable a dicho contrato.
- Estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de derecho uniforme.
- Estos Principios pueden servir como modelo para la legislación a nivel nacional e internacional.

En el fondo, se trata de una alternativa a los derechos nacionales y no de un derecho autónomo y desvinculado de los derechos nacionales; no obstante, puede utilizarse como un conjunto normativo que elijan los contratantes para gobernar su contrato, en uso de su autonomía de la voluntad y que, con frecuencia, es empleado por los árbitros del comercio internacional, más que por los jueces estatales.[87]

h) Comentarios finales

Como se advierte, la Convención que nos ocupa recoge los principios más importantes generados en la esfera internacional en las diferentes convenciones en la materia. Agrega a ellas un lenguaje moderno, claro y sencillo que puede ser comprendido por cualquier jurista, aun por los que no tienen estudios especializados en DIPr.

Uno de los avances ciertos en esta Convención respecto de sus predecesoras consiste en que el principio de autonomía de la voluntad no queda sujeto a los casos y cláusulas especiales que, al fin de cuentas, la condicionan y restringen. Asimismo, el proceso integrador de usos, costumbres, prácticas y principios del comercio internacional es otro avance indudable.

Puede criticarse a esta Convención con el argumento de que debido a su similitud con otros instrumentos internacionales previos en la materia, sería mejor que los Estados americanos se adhirieran a ellos, especialmente a la Convención de La Haya de 1986. Sin embargo, es evidente que por criterios políticos y geográficos no ha

87 Sobre el particular pueden consultarse los siguientes trabajos: Leonel Pereznieto Castro, "Consideraciones en torno a la lex mercatoria: el caso de México"; Jorge Alberto Silva, "Resurgimiento de la lex mercatoria: la regulación de las relaciones comerciales internacionales" (estas dos en *Estudios sobre Lex mercatoria. Una realidad internacional*, Jorge Alberto Silva, *op. cit.* Klaus Peter Berger, "The lex mercatoria doctrine and the UNIDROIT principles of international commercial contracts," *Law and policy in international bussiness*, 1998, vol. 28, núm. 4, verano de 1997, Washington; José Luis Siqueiros, "Los nuevos Principios de UNIDROIT (2004) sobre contratos comerciales internacionales" en *XXVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, celebrado en Pachuca, Hidalgo, 2004, versión inédita. Disco compacto distribuido durante el Seminario.

podido ser así, por lo cual se ha abierto un foro como el Interamericano. La etapa del desarrollo convencional internacional se encuentra aún en el tránsito entre el ámbito regional y el internacional, de ahí que el sueño de los universalistas del siglo XX se encuentre en camino de realización.

La primera iniciativa para elaborar una Convención de este tipo fue de México, país que presentó el proyecto correspondiente en la CIDIP-IV. Más tarde, el proyecto que sirvió de base para los trabajos del Comité de Expertos en noviembre de 1993 fue de la autoría del representante de México ante el Comité Jurídico Interamericano. La delegación mexicana ante la CIDIP-V desempeñó un papel relevante en la discusión y aprobación de este instrumento internacional. Éste y otros hechos contribuyeron a que la Convención fuera ratificada por México.[88]

17.5. Regulación uniforme

Ya mencionamos en este capítulo el método de derecho uniforme e incluso hemos dado conceptos parciales de lo que significa. Ahora vamos a retomarlo desde sus orígenes —aunque muy brevemente— para referirnos a sus aplicaciones en materia de contratación internacional.

El actual proceso de uniformidad y de armonización constituye la espina dorsal de la unificación de sistemas jurídicos, necesaria para hacer fructificar cualquier proyecto de libre comercio. Este proceso ha comenzado a atraer a los iusprivatistas en el continente americano al iniciarse el siglo XXI, y por ello es importante continuar el debate sobre el tema.[89]

Después de que a lo largo del siglo XIX se planteó la regla de conflicto como mecanismo de enlace entre los diversos sistemas jurídicos, al final de ese mismo siglo los movimientos en materia de propiedad industrial dieron lugar a importantes convenciones internacionales de derecho uniforme. Se trató ciertamente de una materia moderna que venía acompañando a la Revolución industrial, y se le logró internacionalizar sin que se hubiera arraigado en los sistemas jurídicos nacionales. Hoy en día, y gracias a ese proceso de derecho uniforme, las diferencias entre las legislaciones de los países en materia de propiedad industrial son mínimas y pronto desaparecerán o serán tan menores que no tendrán importancia. Puede decirse que mediante el método señalado se logró la verdadera internacionalización del derecho de la propiedad industrial. En todo caso, se trata del primer gran antecedente de este método.

A finales del siglo XX se gestó un fenómeno parecido, pero más amplio. Los procesos de integración económica en Europa requirieron un gran esfuerzo de uniformidad;

88 *DO* del 1o. de junio de 1998.

89 Los antecedentes del derecho uniforme se tomaron de Leonel Pereznieto Castro, "La uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales", en *RMDIP*, núm. 6, México, 1999, pp. 25 y siguientes.

el ejemplo característico de ello fue la Convención de Roma de 1980 sobre Obligaciones Convencionales, que se convirtió en la piedra de toque del método en esta materia. Parecería que asistimos a un proceso inverso respecto de la norma de conflicto, y la razón es obvia, puesto que los sistemas jurídicos de los países de Occidente se aproximan cada día más y la regulación de la materia comercial es casi idéntica. Las corrientes de comercio así lo requieren.

Es indudable que la norma de conflicto seguirá siendo un mecanismo indispensable de enlace, pero su importancia disminuirá para dar paso al derecho uniforme. Sin embargo, como no puede uniformarse todo el derecho, las reglas de conflicto seguirán desempeñando un papel de primer orden dentro de los grandes espacios en los que existan diferencias.

Uniformidad y armonización aluden a un proceso mediante el cual un conjunto de países deciden que la mejor forma de lograr mayor crecimiento es dando facilidades a las corrientes de comercio que lo permitan. La sofisticación de las comunicaciones crea un mundo cada vez más interdependiente. Por ello, contar con una ley idéntica para todo lugar en materia de comercio, y que aborde en especial nuevos temas surgidos de las necesidades internacionales, facilita las cosas y brinda seguridad, tan importante en los negocios en la esfera mundial.

Por su parte, la armonización es un proceso que lleva a la uniformidad. Es el deseo de acercar lo más posible las diversas soluciones que se plantean en torno de tal o cual problema. El objetivo es lograr propuestas parecidas que no interrumpan el tráfico jurídico internacional. Se trata de un lento y difícil proceso de conciliación de posturas que, cuando se obtiene, da lugar a la formulación de soluciones que por lo común son aceptadas. Así, la armonización constituye un paso generalmente previo a la uniformidad.

Para concluir este capítulo, repasaremos las aplicaciones prácticas que ha tenido el método referido en materia de contratación internacional.

Mencionamos ya la Convención de Roma sobre Obligaciones Convencionales Internacionales, pero la que ha tenido mayor amplitud por su vocación internacional es la Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, también de 1980, y de la que México es Estado parte. En esta Convención se regulan los requisitos que deben cumplirse para considerar que una oferta es válida y para saber en qué momento se estima que ésta configura un contrato. Aquí la Convención se refiere a los derechos y obligaciones que tienen tanto el vendedor como el comprador y fija lo que constituye el incumplimiento del contrato.

Un ejemplo más reciente es la Convención Interamericana sobre Contratación Internacional, a la cual nos hemos referido y en la que se combinan los métodos uniforme y conflictual.

En temas colindantes a los de la contratación internacional podemos encontrar hoy en día ejemplos recientes de derecho uniforme, entre ellos los siguientes:

a) La Convención de la ONU sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente[90]

En esta Convención se buscaron conceptos unificados o conceptos *ecualizadores*[91] que permitieran el empleo de las garantías independientes utilizadas tradicionalmente como instrumentos aislados, así como de la carta de crédito, que en algunos países y prácticas internacionales ya se usa como garantía, es decir, como carta de crédito contingente. Uno de los conceptos *ecualizadores* más importantes que elaboró el grupo de trabajo autor de la Convención fue el de *promesa,* para designar a la garantía independiente y para nombrar a la obligación documentaria derivada de la carta de crédito; dicho en otras palabras, el término *promesa* sirve en la Convención como concepto unificador para que ambas obligaciones, hasta ahora separadas, puedan utilizarse conjuntamente en el futuro.

Esta labor esclarecedora, definitoria y de precisión de conceptos en la citada Convención ha aportado mayor certeza y seguridad jurídicas en un instrumento que actualmente apoya el desarrollo de las garantías comerciales internacionales.

En uno de los documentos del grupo de trabajo que elaboró el proyecto de la ahora Convención de la ONU sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, que nos ocupa, puede leerse cuál fue la meta perseguida con la elaboración combinada de este tipo de garantías.

> Al establecer un régimen uniforme para ambos tipos de promesa... la Convención facilitará la emisión combinada de garantías independientes y cartas de crédito contingente, por ejemplo, la emisión de una carta de crédito contingente para respaldar la emisión de una garantía, o viceversa, al poderse gobernar ambos tipos de promesa por un mismo régimen jurídico. La Convención facilitará también las prácticas de sindicación en las que, con la ayuda de su régimen, se podrán combinar más fácilmente ambos tipos de promesa. La técnica así designada permite diluir el riesgo del crédito otorgado entre todos los prestamistas que participan en la operación sindicada, lo que les permite aumentar la cuantía del crédito.[92]

Por otro lado, la Convención prevé la aplicación de su normatividad al incluir las partes, en sus contratos, tanto las reglas como los usos uniformes relativos a créditos documentarios de la Cámara Internacional de Comercio. Indudablemente se trata de un

---

90 Sobre este tema véase A. Ogarrio, "Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado,* núm. 2, abril de 1997, México, pp. 1 y ss.

91 Se emplea este anglicismo para enfatizar que se trata de un concepto formulado con el fin único y exclusivo de uniformar, unificar o hacer accesible un planteamiento que en su origen es contradictorio o diverso. Creemos que el significado de *residencia habitual* creado en la Conferencia Permanente de La Haya es un concepto de este tipo.

92 Convención de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, Naciones Unidas, 1997, p. 16.

ejercicio de flexibilidad y, al mismo tiempo, de reconocimiento de que en el mundo actual conviven las reglamentaciones internacionales (mediante tratado) con un sinnúmero de reglas o prácticas comerciales internacionalmente aceptadas que conforman la *lex mercatoria*. El jurista de finales del siglo XX empezó a constatar lo que será un hecho en el siglo XXI: la expansión de la *lex mercatoria* junto con el incremento de la normatividad internacional; ambos métodos serán de producción normativa y cada vez más complementarios, al punto que será difícil diferenciarlos. Los operadores del comercio se alejarán cada vez más de los derechos nacionales y sólo recurrirán a ellos cuando tengan que hacer ejecutivo un derecho mediante los órganos coactivos del Estado.

b) La *Ley Modelo* sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos (EDI) y otros medios conexos de comunicación de datos[93]

El objetivo de la *Ley Modelo* es "permitir o facilitar el uso de los medios y de intercambio electrónico de datos (EDI) y conexos de comunicación de datos y conceder igual trato a los usuarios de documentación con soporte de papel y a los usuarios de información con soporte informático... (lo que facilita) promover la economía y la eficiencia en el comercio internacional".[94]

La *Ley Modelo* debió enfrentar y resolver el reto de la autenticación de documentos transmitidos electrónicamente. Así, los conceptos tradicionales de *documento por escrito, firma y documento original* se abordaron en los arts. 5o., 6o. y 7o. de la *Ley Modelo;* aunque debatibles, son criterios con grandes posibilidades de ser aceptados en el futuro, y con las adecuaciones necesarias probablemente sustituirán en muchos campos a los sistemas tradicionales.

No siempre es sencillo ni rápido cambiar un sistema profundamente arraigado en la cultura, como lo es el papel y todos los medios para autenticar lo que en él consta, y reemplazarlo por un sistema totalmente inmaterial; de ahí que haya sido necesario buscar sustitutos equivalentes. Por ejemplo, en cuanto a la firma, que es el caso característico, el art. 6o. de la *Ley Modelo* establece que debe centrarse en dos funciones básicas: la identificación del autor y la confirmación de que aprueba el contenido del documento.[95] Así, es requisito indispensable identificar plenamente al emisor del mensaje y que al final de éste el emisor confirme que lo expresado ahí es su libre voluntad.

Sin embargo, al margen de estas cuestiones importantes de sustitución de procedimientos materiales tradicionales por procedimientos electrónicos inmateriales, que la tecnología irá perfeccionando, la parte central de la *Ley Modelo* consiste en establecer las reglas del juego para que en un ámbito moderno, con la transmisión electrónica de datos puedan establecerse bases claras y aceptables para todos los

93 Sobre este tema véase J. Graham, *An Introduction into E-Commerce, Cyberbanking and Law*, Paul Bouler, Libref, Luxemburgo, 2000.

94 Documento A/CN.9/426, del 24 de abril de 1996, p. 11.

95 *Idem*, p. 23.

usuarios involucrados en la transmisión de las enormes sumas de dinero que circulan diariamente entre los continentes. Por ello es necesario que los usuarios estén en condiciones de aceptar dichas reglas y de acabar así con la incertidumbre que se genera ante un procedimiento que surgió de la práctica comercial, especialmente la bancaria, y el cual se logró regular posteriormente por medio de la *Ley Modelo* que comentamos.

Como en otros casos, la modernidad del sistema propuesto por la *Ley Modelo* tiene la ventaja de que las prácticas de los EDI aún no se han arraigado en las legislaciones nacionales, con lo cual cabe la posibilidad de que dicha ley sea un paso firme hacia la reglamentación internacional de ese medio de intercambio electrónico.

En buena medida, la *Ley Modelo* sobre comercio electrónico forma parte del *Código de Comercio*.[96]

c) Convención de Cesión de Créditos con fines de financiación

Con base en esta Convención se intenta uniformar las reglas a fin de que la cesión de créditos se realice internacionalmente y se le dé forma y contenido, para determinar cuándo y cómo se transfieren los créditos y qué consecuencias jurídicas generan, además de establecer lo que debe entenderse por *cesión global, los límites de la cesión* y la *transferencia de derechos de garantía.*

En este proyecto de Convención el grupo de trabajo analizaba la manera en que se precisan los derechos y obligaciones del cedente y del cesionario, los derechos de terceros, la forma y tiempo de los avisos, las formas de pago liberatorio, las excepciones, los derechos de compensación del deudor y su renuncia, así como la regulación de derechos competitivos cuando hay varios cesionarios, entre otros aspectos.

Mediante la definición de este mecanismo y su proyección en una Convención futura de carácter internacional se pretende, como se mencionó, dotar de las máximas garantías a quien está dispuesto a ceder un crédito, en este caso sobre cuentas por cobrar; una suerte de factoraje extendido a todas las áreas del comercio internacional y, por tanto, un instrumento importante para su desarrollo.

Proyecto de Convención de UNIDROIT sobre Garantías Internacionales sobre Equipos Móviles y Protocolo sobre Equipos de Aeronaves. Después de concluir con la Convención Internacional sobre Leasing Financiero de Ottawa, en 1988, el UNIDROIT inició los contactos para elaborar un proyecto de Convención de garantías internacionales sobre equipos de aeronaves; sin embargo, al realizar sus consultas concluyó que un instrumento de esta naturaleza debía ser diseñado en general para equipos móviles, estableciendo principios generales, y que de este cuerpo normativo básico se derivaran protocolos para cada tipo de equipo en lo particular, y así se hizo.

96 DO, 29 de mayo de 2000.

Actualmente se cuenta ya con el cuerpo normativo básico y con un protocolo relativo a equipos de aeronaves.

El problema fundamental que se planteó con este proyecto fue en relación con equipos de transporte cada día más sofisticados y costosos que se desplazan constantemente por todo el mundo. Equipos que, además de ser rentados, también son vendidos a crédito; por tanto, el acreedor desea que su crédito esté garantizado, e incluso, recuperar los equipos si el deudor no paga. La forma de registro de la garantía, los límites que pueden acordar las partes en su contrato y el registro de las garantías forman parte del cuerpo principal de la normatividad contenida en la Convención, dejando las características específicas al Protocolo, en el caso del equipo de aeronaves.

d) *Ley Modelo* interamericana sobre garantías mobiliarias

En este caso el camino por recorrer no es fácil ni breve. En esta *Ley Modelo* se pretende que el concepto de *prenda,* que en un sistema de derecho codificado como el mexicano es un derecho real, se plantee en el caso de los bienes muebles, específicamente de las mercancías, y se establezca su conversión en un derecho personal, con el objeto de liberarlo de las pesadas cargas que comporta la tradición en el manejo de derechos reales. En este nuevo planteamiento, la prenda debe además ser percibida sobre bases radicalmente distintas. [97]

La mercadería objeto del crédito puede constituir materia prima que, luego de su transformación, pudiese continuar gravada en favor del acreedor con su misma garantía, hasta que el deudor le pague el precio o el acreedor pueda venderla y resarcirse del adeudo. Lo mismo ocurre cuando se trata de productos terminados cuyos inventarios son vendidos y vueltos a sustituir, quedando sin embargo la misma garantía. En ambos casos, su formulación requiere un concepto distinto de garantía, a menos que la garantía actual, en el caso de los bienes muebles, se fundamente sobre bases diferentes; es decir, que no sea una garantía que inmovilice la mercancía, que el comerciante pueda, además del crédito original, contratar nuevos créditos para sufragar otros gastos importantes como el del transporte, la mercadería, su distribución y su promoción, etc., con la condición de que esos créditos no afecten el original. Esto, que se dice fácilmente, tiene repercusiones sobre principios tradicionales como primero en tiempo, primero en derecho. Un acreedor prendario posterior puede tener derecho prioritario respecto de una parte de la mercancía. Por ello, el contrato de habilitación y avío, o el del simple crédito, no son suficientes para regular operaciones de este tipo. Hay que crear nuevas disposiciones.

En este sentido, se pretende "un sistema de garantías mobiliarias (que) debe incluir la extensión automática del gravamen al dinero y/o cualquier bien o derecho recibido como producto de la venta, intercambio y, en general, la disposición de dicho bien. Bajo este esquema, la garantía debe extenderse también a los bienes que

97 Para un desarrollo de las garantías mobiliarias véase el capítulo 14.

reemplacen o transformen a aquellos originalmente gravados independientemente de la calidad, cantidad y especie".[98]

El aspecto más difícil es el de la unificación de criterios para lograr un registro diferente del de antaño. El que existe ahora se diseñó sobre la base de que regiría para bienes inmuebles, donde la carga de los derechos reales es muy grande. El nuevo registro debe contar con características que lo hagan diferente del actual. Lo ideal es crear un registro paralelo, radicalmente diverso, sólo para bienes muebles y sus garantías, aunque un proyecto de este tipo es caro y difícil de sufragar.

En primer lugar, se pretende que sea un registro automatizado y ordenado por el nombre del deudor. Asimismo, y "sin incurrir en grandes costos",[99] que tenga:

a) La inscripción de una declaración del deudor sobre el financiamiento obtenido que contenga la descripción sumaria del gravamen.

b) La posibilidad de establecer gravámenes mobiliarios para obligaciones futuras o sujetas a condición, que garanticen a los acreedores la prelación de esos gravámenes una vez que se contraiga la obligación o se cumpla la condición, y cuyos efectos sean retroactivos a esas fechas.

c) La posibilidad de inscribir garantías mobiliarias constituidas sobre títulos representativos o títulos valores negociables.

d) Hasta donde fuere posible, la armonización de las reglas de creación y prelación de gravámenes, así como los procedimientos para inscribir y realizar búsquedas en el registro con aquellos vigentes en Canadá y Estados Unidos de América, a fin de que los posibles acreedores o compradores en la región del Tratado de Libre Comercio para América del Norte (TLCAN) tengan acceso a los registros de los tres países de manera fácil y sin incurrir en grandes costos.

98 F. Ciscomani y John M. Wilson, *La garantía mobiliaria*, National Law Center for Inter-American Trade, Arizona, 1998, p. 6.

99 *Idem*, p. 14.

18 Cooperación internacional al proceso

18.1. Introducción

En este capítulo y en el siguiente nos referiremos a los medios de cooperación en favor del proceso en el extranjero. En el primero abordaremos dos aspectos: la *teoría de la cooperación internacional* hacia el proceso, así como algunos *instrumentos particulares de cooperación.* A su vez, en el capítulo 19 haremos alusión al instrumento más conocido en la cooperación: la *carta rogatoria* o *exhorto.*[1]

Es pertinente aclarar que en ninguno de ambos capítulos analizaremos la cooperación en los procedimientos penales.[2]

18.2. Cooperación internacional

A partir de la constitución del Estado moderno, cada uno de ellos monopolizó para sí la función jurisdiccional, de ahí que la resolución de los litigios interpartes se concentró en diversos órganos de gobierno, repartidos entre los diferentes países del mundo. El desarrollo de la jurisdicción estatal restó fuerza al arbitraje privado, que en la Edad Media, en el caso de Europa, era uno de los medios de solución de controversias más socorrido, especialmente cuando se trataba de asuntos comerciales.[3]

El nuevo Estado nacional luchó por ejercer su soberanía en todo su territorio. Ésta era la premisa para sobrevivir en una Europa convulsionada. El control territorial se expresó, entre otros aspectos, en el ejercicio, por primera vez, de una facultad jurisdiccional extensa e intensa, reflejo del poder estatal. Había que zanjar todo

1 Véase Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial,* Oxford University Press, México, 2004.

2 Sobre el particular, puede verse el capítulo correspondiente en la primera edición de este libro donde se incluyeron estos aspectos penales.

3 Antonio Merchan Álvarez, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico, op. cit.*, pp. 84 y siguientes.

conflicto mediante los tribunales estatales, cuya competencia, por tanto, era ilimitada. La justicia debía ser impartida a los súbditos sin tomar en consideración las incidencias que los asuntos tuvieran fuera del territorio del Estado. En este nuevo territorialismo era posible el uso de la fuerza.[4]

Los problemas surgieron cuando para conocer de un litigio y resolverlo se hizo necesario practicar ciertos actos procesales en un territorio diferente de aquel donde el juzgador que conocía del proceso ejercía su poder territorial. Esto se convirtió en una inquietud permanente en cuanto a la posibilidad de juzgar con justicia; la preocupación afloró a finales del siglo XIX, cuando autores como Mancini y Asser plantearon nuevas formas internacionales para el desarrollo de la función judicial.[5] Desde entonces comenzaron a discutirse, negociarse y firmarse tratados y convenciones internacionales encaminados a obtener lo que se denominó *asistencia judicial internacional,* más conocida en la actualidad como *cooperación internacional al proceso.*

La cooperación al proceso implica cuando menos la presencia de dos Estados: en uno se tramita un proceso y en el otro se practica una actuación procesal complementaria. Pero cada uno de esos Estados aplica sus propias leyes procesales y actúan sus órganos de gobierno, es decir, sus *órganos jurisdiccionales.* En estas condiciones, se requiere el concurso de uno y otro Estado para resolver con justicia el litigio interpartes. Las respuestas que se pueden plantear son dos:

a) Que cada Estado resuelva por sí mismo y sin ayuda de otro los procesos que se le hubieren planteado.
b) Que cada Estado realice una actividad específica para contribuir a la justa resolución de los litigios, aun cuando se hayan planteado en otro Estado.

Obviamente, la cooperación internacional al proceso sólo podrá obtenerse conforme al segundo planteamiento. De ahí que este tipo de cooperación se presenta cuando existe un *minimum* de órdenes jurídicos coordinados, es decir, cuando hay disposiciones jurídicas que permiten a un Estado cooperar en el proceso que se sigue en el otro. Esos mínimos son las reglas procesales del tribunal que conoce del caso y al que se le solicita la ayuda.

18.3. El ordenamiento jurídico aplicable

a) Derecho aplicable en el ámbito internacional

Abordaremos las características de los dos órdenes jurídicos que coinciden en el derecho cooperacional.

4 Leonel Pereznieto Castro, *Introducción al estudio del derecho,* 5a. ed., Oxford University Press, México, 2006, pp. 305 y siguientes.

5 Véase *infra,* Conferencia Permanente de La Haya en DIPr, capítulo 2.

En el orden jurídico donde se tramita el proceso destacan los procedimientos mediante los cuales puede solicitarse a otro Estado su cooperación. Por su parte, en el orden jurídico del Estado donde se va a cooperar se establecen los mecanismos por medio de los cuales se auxilia u otorga cooperación a un proceso seguido en el extranjero. Se trata de disposiciones que todo proceso internacional requiere y que los Estados suelen resolver mediante convenciones internacionales.

Ninguno de esos ordenamientos jurídicos se encuentra supeditado al otro: se trata de *órdenes jurídicos autárquicos*.[6] En principio, cada uno de ellos deriva de sus sistemas de creación internos. En suma, la cooperación de cada Estado es una decisión soberana.

Además del derecho interno encontramos el *derecho convencional internacional*. En la Carta de las Naciones Unidas se establece que cada Estado debe cooperar a la solución de problemas de carácter "económico, social, cultural o humanitario", presuponiendo con ello el principio de solidaridad internacional. A partir de esta disposición se celebraron diversos tratados internacionales en materia de cooperación.

Desde la Edad Media se ha sostenido el principio de que la ley aplicable al proceso es la de cada Estado (*lex fori*). No obstante, en el siglo XX empezaron a surgir ciertas excepciones a esa *lex processuallis fori* con el objeto de lograr mayor cooperación a la resolución del litigio interpartes. Más adelante nos referiremos a estas reglas especiales, que permiten que la cooperación se desarrolle con mayor éxito en el caso de un proceso seguido en el extranjero.

b) Competencia legislativa interna

México tiene un sistema político federal; por tanto, hay leyes federales, así como locales, las de cada entidad federativa. De ahí que deba determinarse a quién le compete legislar en torno de la cooperación a un proceso extranjero: a cada entidad federativa o al Congreso federal.

Aunque en la actualidad esta decisión no plantea dudas, conviene recordar que hace algunos años se suscitó una polémica que negó que la competencia legislativa le correspondía al gobierno federal, y como argumento algunos juristas consideraron que las entidades federativas carecían de personalidad en el orden internacional y, además, que la *Constitución* federal faculta únicamente al Congreso de la Unión para legislar en materia de condición jurídica de los extranjeros.[7]

6 Ricardo Abarca Landero, "La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, su protocolo adicional y la libre cooperación internacional", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, Escuela Libre de Derecho, México, 1984, p. 99.

7 Aunque estos temas ya habían sido planteados desde el siglo XIX, durante las modificaciones a la *Ley de Nacionalidad* volvió a plantearse el problema. Por un lado, sosteniendo la federalización en todo asunto en que intervengan extranjeros, estaba Carlos Arellano García, mientras que en el sentido contrario, la mayoría de los juristas. Sobre el particular, véase el capítulo 7.

Sin embargo, los argumentos planteados entonces son incorrectos; primero, porque no es requisito que las entidades federativas tengan personalidad internacional para legislar internamente y, por tanto, para regular la cooperación que puedan pedir u otorgar. Son cuestiones distintas. De igual manera, la cooperación en un proceso en el exterior no es materia que se incluya en la condición jurídica de los extranjeros. Basta recordar que los litigantes en un proceso tramitado en otro país no siempre son de nacionalidad extranjera y, aun cuando lo fueran, lo que se regula son los procedimientos conforme a los cuales los órganos mexicanos realizarán cierta actividad, así como la ley que emplearán. De esta forma, no se está ante un problema que atañe a la nacionalidad de las personas.

Consideramos que para resolver el problema debe tomarse en cuenta la materia que se regula. De acuerdo con la *Constitución* federal (art. 124), la facultad para legislar en México "le compete en principio a cada entidad federativa, salvo en los casos que por *rationae materiae* le competen en exclusiva al gobierno federal" (art. 73).

Al examinar estas excepciones, en la *Constitución* no se dice que la competencia para legislar sobre cooperación internacional corresponda al Congreso de la Unión, por lo que tal facultad compete a cada entidad federativa. Sólo en los casos en que por *rationae materiae* pueda legislar, el gobierno federal podrá expedir ese tipo de regulaciones. De estos casos, el más importante es la materia comercial, donde el Congreso de la Unión tiene facultades para legislar en materia de cooperación internacional, pues como se sabe, los asuntos mercantiles o comerciales son materia federal. De ahí que los códigos de procedimientos civiles y penales de cada entidad federativa regulen este tipo de cooperación. Incluso, los tribunales de amparo están de acuerdo con el criterio de las facultades de las entidades federativas en la materia, es decir, el que "apoya la competencia legislativa de las entidades federativas para legislar sobre cooperación internacional hacia el proceso".[8]

Algunas de las codificaciones civiles de las entidades federativas remiten al *Código Federal de Procedimientos Civiles,* aunque normalmente lo hacen en cuanto a las "formalidades que deben seguirse en el caso de exhortos", y no en todo tipo de actos de cooperación. Por otro lado, los códigos de los estados fronterizos del norte del país carecen de reglas sobre comunicaciones en zonas fronterizas, las cuales, sin embargo, con frecuencia se llevan a cabo en la práctica de forma directa. Los demás códigos establecen disposiciones conforme a las cuales cada juez estatal puede recurrir a las vías consulares o preparar por sí mismo los procesos que se seguirán en el extranjero. En este caso el abogado postulante debe tener cuidado, ya que la remisión que las legislaciones estatales hacen a la ley federal sólo se refiere a cuestiones específicas de la propia remisión legislativa, pero no en todo lo que respecta a la cooperación

8 *SJF*, Tercera Sala, Sexta Época, vol. V, p. 121, AR 6474/56, William C. Greene, 7 de noviembre de 1957, mayoría de tres votos. Ponente: Alfonso Guzmán Neyra. Disidente: Gabriel García Rojas. Normalmente, las leyes penales de cada entidad federativa regulan mecanismos referentes a cómo pedir cooperación del extranjero, pero se abstienen de regular sobre la forma de otorgarla. En cambio, en las leyes civiles se adoptan ambas posturas.

internacional al proceso. Un mal entendimiento de este aspecto es lo que ha provocado que algunos jueces estatales se olviden de las reglas de sus códigos y recurran en su totalidad a la ley federal, lo que no es jurídicamente aceptable, además de que se corre el riesgo de que un proceso instaurado de esta forma sea impugnado.

18.4. Sujetos del derecho cooperacional

Antes de referirnos a cada medio de cooperación, conviene hacerlo en cuanto a los sujetos que participan en el derecho cooperacional. Los sujetos más relevantes son, por un lado, el que solicita la cooperación y, por el otro, el que la otorga. Al primero se le conoce como *sujeto requirente* y al segundo como *sujeto requerido.*

a) Tradicionalmente se ha sostenido que el *sujeto requirente* debe ser un miembro del Poder Judicial; se limita a los miembros de este Poder el solicitar la cooperación. En la actualidad se ha ampliado ese derecho a otras autoridades. Algunas convenciones internacionales prefieren referirse a quienes realizan una función jurisdiccional. De ahí que deba considerarse a otros órganos, que aunque no dependan del Poder Judicial, realicen esta función. En México tenemos a los tribunales militares, laborales, agrarios, fiscales, etc.; es decir, órganos cuya naturaleza no es judicial pero que desarrollan formalmente una función típicamente jurisdiccional en la medida en que resuelven litigios.

Además de las autoridades que ejercen esa función, se encuentran otras no judiciales ni jurisdiccionales que también pueden requerir cooperación del extranjero. Un ejemplo es el Ministerio Público, que puede necesitar ayuda a fin de integrar su averiguación previa, o bien una autoridad fiscal que pida información de una autoridad equivalente en el extranjero sobre algún causante con fuentes de ingreso en otro país.

Puede darse el caso de que en un proceso llevado ante tribunales mexicanos una de las partes ofrezca como aplicable el derecho extranjero y que, con el afán de facilitarle el trabajo al juez y agilizar el proceso, solicite como particular a una autoridad o a un abogado del extranjero, según lo permita la ley, que elabore un dictamen de derecho extranjero para presentarlo en el juicio.

Si bien la regla general es que el auxilio o cooperación al extranjero sólo puede ser solicitado o requerido por una autoridad, como señalamos en el párrafo anterior, hay excepciones.

b) En cuanto al *cooperador* o *requerido,* los mecanismos de cooperación del proceso nos dirigen a una autoridad. No obstante, puede darse el caso de que se solicite conocer el texto del derecho extranjero, donde no siempre se recurre a una autoridad, sino que un particular otorga un dictamen o *affidavit*, es decir una opinión calificada sobre ese derecho, como se utiliza frecuentemente en otros sistemas jurídicos.

Además, el que coopera no necesariamente depende de un orden jurídico diferente del que corresponde al solicitante. Por ejemplo, aunque en los exhortos el requirente y el requerido dependen de órdenes jurídicos distintos, eso no ocurre en el caso de las comisiones consulares, pues en este tipo de cooperación el requirente y el cónsul se rigen conforme a un mismo ordenamiento jurídico, que es el derecho del requirente.

c) Durante mucho tiempo hubo desconfianza en las comunicaciones entre requirente y requerido. Era desconfianza de la documentación recibida, por lo que los mecanismos de certificación se reforzaron mediante el procedimiento denominado *legalización*; se desconfiaba también de la honestidad de los particulares que hacían el traslado de los documentos. Asimismo, la burocracia judicial alargó innecesariamente los periodos entre el envío de una solicitud y su recepción. En estos trámites la *cadena de legalizaciones* exigida se convirtió en un obstáculo al procedimiento, sobre todo a su rapidez.

Para destrabar los procesos burocráticos y disminuir el tiempo requerido en las comunicaciones, desde finales del siglo XIX, y más tarde desde 1950 en Europa (principalmente por medio de la Conferencia de La Haya y de la Comunidad Económica Europea), y en los años correspondientes a la década de 1970 en América (a través de CIDIP), se creó la figura de *la autoridad central.* Con base en ella, los Estados fijaron las reglas para una amplia cooperación internacional y dieron a la autoridad estatal una función, que se sintetizó en las atribuciones otorgadas a ese nuevo órgano. La autoridad central es una instancia de gobierno designada por cada uno de los países ratificantes de la Convención que se encarga de enviar y recibir peticiones de cooperación. A través de ella las demás oficinas, los tribunales y los órganos de gobierno pueden canalizar sus peticiones, con la seguridad de que van a ser retransmitidas a las autoridades competentes en el extranjero. De la misma forma, la autoridad central extranjera tendrá la certeza de que su homóloga mexicana va a conducir y a entregar al tribunal competente o a la autoridad facultada la petición que le está enviando.

La autoridad central ha servido como un vehículo adecuado para las comunicaciones entre requirente y requerido. Varios tratados y convenios internacionales modernos obligan a que cada Estado tenga una autoridad central, lo que facilita y agiliza las comunicaciones y las hace, sobre todo, menos burocráticas. Esta figura ya ha penetrado en el derecho interno, pues se le menciona, por ejemplo, en la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal,* que deposita la función de autoridad central en la Secretaría de Relaciones Exteriores, en concreto en la Dirección de Asuntos Jurídicos.

Al lado de la conducción de comunicaciones, la autoridad central sirve para presentar ante las autoridades correspondientes las cartas rogatorias o exhortos procedentes del extranjero, así como para resolver problemas de trámite, evitando que las autoridades de destino final devuelvan el exhorto con el pretexto de que falta algún requisito secundario. Los abogados y las partes interesadas establecen comunicación con la autoridad central para apoyarla en todo momento. Esta instancia realiza también solicitudes de conocimiento de derecho extranjero y, con frecuencia, es la consejera de las autoridades en el país para diseñar sus comunicaciones; en especial,

debido a la aparición de este órgano se ha hecho innecesaria la legalización de los documentos que se tramitan por esta vía.

d) Además de los órganos mencionados se han creado otros, no menos importantes, como los que *retransmiten* un exhorto, así como los *órganos retransmitidos*. Más adelante hablaremos de ellos y de la participación de los órganos requirentes en el territorio del requerido.

18.5. Procedimientos

El derecho cooperacional implica dos tipos de procedimientos: el que debe seguir el sujeto que solicita o requiere cooperación, y el que seguirá el sujeto al cual se le requiere la cooperación.

Tradicionalmente se había llamado *procedimiento activo* al realizado por los órganos que solicitan la cooperación, y *procedimiento pasivo* al que efectúa el órgano que coopera,[9] pero la denominación es inconsistente con la realidad. La idea de que el órgano cooperador permanezca en una posición pasiva es contraria a la filosofía de la cooperación, pues lo que se pretende es que se lleve a cabo una verdadera actividad. La posición del sujeto que coopera es una función activa, más activa aún que la del sujeto que pide auxilio.

Por ello, es más apropiado llamarlos *procedimientos ante el requirente* (o *del exhortante*, si se trata de exhorto) cuando aludamos a los actos que ejecuta quien solicita auxilio. En cambio, los actos realizados por el que coopera pueden denominarse *procedimientos ante el requerido* (o *procedimientos ante el exhortado*, si se trata de un exhorto). El último tipo de procedimientos es lo que propiamente abarca la actividad cooperacional.

Cada Estado establece en sus leyes internas los procedimientos para obrar como requirente o como requerido, lo que hace autónomamente en sus leyes internas o adhiriéndose a tratados internacionales; en cualquiera de ambos casos se estipulan dichos procedimientos; en México, se localizan en especial en las leyes de procedimiento. Los tratados regulan con mayor énfasis el procedimiento cooperacional. No está por demás recordar que los actos o procedimientos del requirente o asistido, así como los del cooperador u órgano asistente, se regulan normalmente por la ley del *lugar de su lex fori* en cada caso. Esta regla general admite excepciones, como veremos después.

18.6. Teleología del derecho cooperacional

El derecho cooperacional no puede comprenderse sin conocer las causas que lo animan. El sujeto coopera porque considera que es un Estado parte de la comunidad

9 Aún es frecuente en la terminología de los penalistas, especialmente en el ámbito de la extradición

internacional y, por tanto, tiene la obligación de ayudar a que los litigios en otros Estados se resuelvan con seguridad y justicia cuando hay elementos vinculados con su territorio. Esta actitud abierta y positiva de ayuda es refrendada por la necesaria solidaridad entre Estados.

El órgano requerido, en tanto órgano cooperador, no sólo atenderá a la justicia como fin del derecho (según la filosofía iusnaturalista), sino que, de manera más concreta, debe atender a la resolución del litigio que se llevó a proceso. Esto es, el acto de cooperación que pueda otorgarse a un proceso tramitado en el extranjero no *es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de fines.* Se trata de que el órgano cooperador colabore tomando en cuenta que con ello contribuye a resolver un litigio interpartes.

La cooperación que se apega a esta orientación teleológica es precisamente la que da contenido y funcionalidad a esta labor. De otro modo no podrían entenderse las providencias implícitas, las formalidades adicionales o las formas distintas o no correspondientes que el órgano exhortado debe proveer y las que más adelante explicaremos.

18.7. Objeto o materia para el cual se coopera

Antiguamente la cooperación se reducía a un simple procedimiento de trámite, de modo tal que se dejaban fuera todos los aspectos no previstos expresamente en el requerimiento, y además, con frecuencia se excluían los actos mediante los cuales se reconocía y ejecutaba una sentencia extranjera. Hoy en día la cooperación se entiende en un sentido más amplio y se otorga para los tipos de procedimientos siguientes:

a) *Procedimientos preprocesales*. Es decir, mediante los cuales se prepara un proceso. La ley no los acepta en México, pero permite que se escuche a testigos en un proceso de este tipo que se va a seguir en el extranjero, siempre que la comparecencia sea voluntaria. En procedimientos de esta naturaleza la demanda de fondo no ha sido presentada aún ante el juez extranjero, pero el juez local ya ha aceptado que las partes, mediante sus abogados, inicien la preparación del juicio, y ha dado su autorización para que se realicen los actos preprocesales correspondientes. Se trata principalmente de los procedimientos previos al juicio que el derecho estadounidense conoce como *pre-trail discovery* en la modalidad de actos preparatorios a juicio.[10]

10 Sobre el proceso del *discovery*, véase Bernardo Cremades, "Discovery en el arbitraje comercial", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 12, pp. 171 y ss., y Leonel Pereznieto, "La institución del Discovery en el arbitraje comercial internacional en México", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 11, pp. 139 y siguientes.

b) *Procedimientos intraprocesales*. Son los que se otorgan para servir en procesos que se encuentran en trámite. En este caso la demanda ya se presentó, pero aún no se ha resuelto la pretensión de fondo (no se ha dictado sentencia). Se trata de los actos que ayudan al juez a allegarse evidencias para mejor resolver el caso.

c) *Procedimientos posprocesales, esto es, los requeridos para que se reconozca o se haga cumplir una resolución (un laudo o una sentencia) pronunciada en el extranjero*. Suponen que el proceso principal ya concluyó y que la sentencia o laudo dictados son inapelables y, por tanto, sólo falta el reconocimiento o la ejecución de lo resuelto. En estos casos se procura el reconocimiento de la fuerza ejecutoria con la que se dictó el laudo o la sentencia, así como su ejecución.

18.8. Medios de cooperación en el proceso

En el derecho cooperacional se conocen diversos dispositivos o instrumentos mediante los cuales puede pedirse y otorgarse la cooperación, entre ellos los siguientes:

a) *Mecanismos para la obtención de información y conocimiento acerca del derecho extranjero*. Con ellos se busca conocer el texto de una determinada disposición y saber cómo fue interpretada por los tribunales y discutida por la doctrina. El objetivo de conocer el texto de una disposición tiene que ver con la aplicación del derecho extranjero por parte del juez.[11]

b) *Mecanismos en los que la cooperación es otorgada por el cónsul o un diplomático del país requirente que se encuentra acreditado en otro Estado*. Se trata de comisiones consulares o diplomáticas.

c) *Mecanismos en los que participa un particular como sujeto cooperante. Intervienen ahí los* commissioners *o comisionados*. Se caracterizan por no ser órganos de autoridad, sino sujetos privados cuya comisión es obtener información específica para un proceso.

d) *Mecanismos propios y autónomos, en los que no existe la previa solicitud de cooperación por parte de un órgano de gobierno extranjero*. Se trata de procedimientos que un Estado realiza de manera autónoma. Aquí encontramos, entre otras actividades, los compromisos que asumen los países, principalmente en tratados de libre comercio, conforme a los cuales se obligan a informar a sus contrapartes acerca de las modificaciones a su legislación interna; también hallamos procedimientos que permiten preparar un proceso que se seguirá en el extranjero.

11 Véase Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.*, pp. 164 y ss. y del mismo autor, "Resolution of an International Transaction under Mexican Conflict of Law Principles", en *Florida Journal of International Law*, vol. VII, núm. 3, 1992, pp. 427 y siguientes.

e) *Mecanismos tradicionales del* civil law *o del romano-germánico, en los que requirente y requerido realizan usualmente función jurisdiccional*. A estos mecanismos el derecho hispano, al igual que el mexicano, prefiere llamarles *exhortos*. En otros lugares se les conoce como *carta rogatoria* (países del *common law*) o *comisión rogatoria* (Francia).

Existe otro tipo de mecanismos cooperacionales especiales y simplificados que, por lo general, establecen procedimientos uniformes. En capítulos anteriores nos referimos a algunos de ellos. Recuérdense entre otros, por ejemplo, las solicitudes de adopción de menores que se hacen en el extranjero (Convención de La Haya sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional); los procedimientos para obtener alimentos de una institución intermediaria (Convención de Nueva York sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero), así como los establecidos para la extradición de personas.

En este capítulo explicaremos brevemente los primeros cuatro medios de cooperación y en el siguiente abordaremos de los exhortos o cartas rogatorias. Omitiremos los mecanismos especiales derivados del ámbito familiar, pues ya los explicamos en capítulos anteriores.

18.9. Conocimiento del derecho extranjero

a) Preámbulo

En los casos en que el derecho extranjero se califica como *verdadero derecho* y no como un *simple hecho en el proceso* —así ocurre en el *Código Civil Federal*, el *del Distrito Federal* y el de varias entidades federativas—, se hace necesario que cualquier disposición o jurisprudencia extranjera sea conocida por la autoridad encargada de aplicarla.[12]

Un juez o una autoridad administrativa, al tratar de resolver cualquier negocio jurídico, puede encontrarse con que su norma de conflicto le señala como aplicable una disposición jurídica extranjera.

Ejemplo

El art. 1593 del CCDF dispone que "los testamentos hechos en país extranjero producirán efecto en el Distrito Federal cuando hayan sido formulados de acuerdo con las leyes del país en que se otorgaron". Supongamos que un testamento formulado en el extranjero se presenta ante un tribunal mexicano. Para determinar si es

12 Para mayor información sobre el conocimiento y la aplicación del derecho extranjero, véase Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.*, pp. 163 y ss. Igualmente, Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso, op. cit.*, pp. 241 y siguientes.

válido, el tribunal debe conocer primero la ley del lugar donde se otorgó, pues, de otra manera no estará en aptitud de resolver si debe producir efectos en Méxic

En un caso como éste, el conocimiento del derecho extranjero es esencial. No se trata de probar los hechos de una demanda, sino de conocer el texto del derecho extranjero. El procedimiento es distinto de los empleados para conocer y demostrar los hechos de la demanda (procedimiento probatorio). Tampoco es igual al que se requiere para enviar o recibir un exhorto. El procedimiento para conocer el derecho extranjero emplea otros medios, pero puede recurrir a la cooperación internacional.

Así, por ejemplo, el juez puede por sí mismo conocer el derecho extranjero cuando su experiencia personal se lo permite o cuando tiene conocimientos de derecho comparado; pero también puede recurrir internamente a la consulta directa del derecho extranjero o auxiliarse incluso de peritos o expertos en el derecho que le es desconocido. Sin embargo, si el juez no puede conocer personalmente o mediante otra persona el texto del derecho extranjero, le queda la vía de la cooperación internacional. En varios países la ley interna permite que los abogados especialistas en derecho comparado o extranjero den asistencia acerca de su propio derecho, sin necesidad de que haya de por medio un tratado internacional.

Ejemplo

El *Decreto Ley sobre Derecho Internacional Privado Húngaro* (art. 66) dispone que "el ministro de justicia expedirá a cualquiera que tenga necesidad de ello, para hacer valer sus derechos en el extranjero, las certificaciones sobre el derecho húngaro sobre la práctica seguida en el tiempo de su aplicación". Aunque México no tiene suscrito un tratado con Hungría para que este país proporcione el sentido del derecho húngaro, el órgano de autoridad mexicano que lo requiera, apoyado en la citada disposición, podrá hacerlo.

Una práctica muy socorrida en México es la elaboración de *affidavits,* que suelen presentarse como prueba del derecho mexicano ante tribunales de Estados Unidos de América. El abogado que otorga el *affidavit* debe identificarse en el propio escrito acerca de sus calificaciones para pronunciarse en torno del derecho (legislación o jurisprudencia) de que se trata. Dará su opinión con el mayor detalle posible, se referirá e interpretará el derecho mexicano y deberá citar la jurisprudencia y doctrina sobre los puntos sujetos de análisis, y para concluir hará un juramento en el sentido de que lo expresado es verdad. Algunos tribunales de ciertos estados de la Unión Americana exigen que el *affidavit esté legalizado;* así, quien lo elaboró tendrá que presentarse personalmente ante un cónsul de Estados Unidos de América en México para ratificar el *affidavit,* o bien notariar su declaración y luego apostillarla.

funcionario preguntará al abogado si lo declarado en el documento es verdad, y éste jurará en tal sentido. En la mayor parte de los estados de la Unión Americana no se requiere la certificación consular.

Además del derecho interno hay tratados que establecen normas de cooperación en la materia, como el Acuerdo de Cooperación para el Intercambio de Información sobre los Ordenamientos Jurídicos entre México y España, suscrito el 1o. de diciembre de 1984. En forma más completa, puesto que no sólo se limita a intercambiar textos, sino a guiar en el sentido y alcance de los mismos, está la Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero, firmada en 1979 en Montevideo, Uruguay, en la segunda CIDIP, así como la Convención Europea sobre conocimiento del Derecho Extranjero y de las que México es Estado parte. Estas convenciones, de acuerdo con las líneas de la teoría de la cooperación internacional, se refieren a dos tipos de procedimiento: los seguidos ante el órgano *requirente* y los efectuados ante el *requerido.*

Ambas convenciones son importantes, ya que una la suscriben varios países americanos, además de España y, otra, los europeos.

He aquí los procedimientos establecidos por ambas convenciones:

b) Procedimiento ante el requirente

El derecho extranjero es derecho y no requiere prueba del mismo, de manera que los sujetos del litigio (actor y demandado) no tienen la carga de probarlo; sin embargo, pueden auxiliar al juez para que conozca el derecho extranjero. Aunque no sea su obligación, pueden solicitar que inicie los trámites de un procedimiento de cooperación internacional que permita el conocimiento del derecho extranjero.

Independientemente de lo anterior, a instancia de los particulares y oficiosamente, el juez o cualquier otra autoridad administrativa pueden solicitar la cooperación de un Estado extranjero cuyo derecho sea el reclamado. La solicitud, que debe ser sencilla, contendrá nombre y domicilio del requirente, la naturaleza del asunto que busca resolverse, las cuestiones o puntos de consulta, así como los medios probatorios mediante los cuales se canalizará esa información (documental, pericial o informes oficiales). Esta solicitud no necesita ser legalizada, pero sí traducida al idioma de la autoridad a la que se le pide apoyo.

Aunque la solicitud puede enviarse directamente, es aconsejable que sea transmitida por medio de la autoridad central del propio país requirente, la cual podrá hacerla llegar a su contraparte del Estado requerido; si el juez la conoce, podrá enviar su solicitud directamente a este último.

Ejemplo

Un juez mexicano desea saber si el matrimonio religioso contraído en Colombia y que ha sido planteado en un proceso tiene efectos jurídicos según el derecho de

ese Estado. Para ello, pedirá que se le informe si el derecho de Colombia reconoce los matrimonios religiosos y lo hará por medio de la autoridad central mexicana o directamente a su contraparte extranjera. Si lo hace mediante la primera será a través de la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

c) Procedimiento ante el requerido

Cuando la autoridad central del Estado requerido recibe la solicitud, procede a dar respuesta a las interrogantes que se le plantean. Pero si el cuerpo de abogados que integran la autoridad central no están en condiciones de responder, ya sea por falta de tiempo, ignorancia o por la complejidad del asunto, pueden retransmitir la petición a los órganos internos de gobierno que darán la respuesta.

Aunque la regla general obliga a responder uno a uno los cuestionamientos, es factible hacer una excepción, aduciendo que la respuesta afecta en términos de orden público o soberanía al Estado requerido. Sin embargo, la autoridad central del Estado requerido no puede negar la respuesta cuando aduzca sólo que éste sería el competente en el asunto que se está conociendo en el extranjero.

Al tener la respuesta, se le enviará al requirente de la información.

Ejemplo

Una autoridad extranjera puede pedir a la autoridad central mexicana que le informe si el incumplimiento del convenio de esponsales, según la ley mexicana, produce el pago de daños y perjuicios. La autoridad mexicana contestará directamente, y anexando los textos de leyes, doctrina y jurisprudencia sobre el particular. Si el problema le parece complicado, tiene la opción de solicitar el auxilio de un abogado o profesor universitario experto en la materia, o de un juez o magistrado. Luego, la respuesta de éstos se envía a la autoridad solicitante por medio de la autoridad central mexicana. México no queda obligado a reconocer una sentencia extranjera que se haya dictado con base en la opinión que transmitió la autoridad central mexicana (art. 545, CFPC).

d) Conocimiento del derecho extranjero de países no signatarios del tratado

La falta de un tratado con el país cuyo derecho se necesita conocer no impide que éste sea conocido por el juez o la autoridad interesada. Algunas entidades federativas siguen aún la antigua tradición que hace recaer sobre los litigantes la carga de la prueba de tal derecho. Otros estados, incluido el D.F, liberan de esta carga y amplían el principio *iura novit curia.*

En caso de que tenga que probarse el derecho extranjero, los interesados pueden recurrir a los procedimientos establecidos en el tratado referido. Incluso es factible pedir auxilio a los órganos extranjeros. Existen países dispuestos a otorgarlo, aun cuando no haya tratado. En otros, sus leyes internas no dicen nada sobre el particular, como México, que es silente acerca del tema. Sin embargo, no existe impedimento alguno para ello y la SRE podrá dar respuesta a casos provenientes del extranjero.

Han sido superadas las ideas de que el derecho extranjero sólo puede probarse mediante certificaciones diplomáticas. Hoy en día se admite la posibilidad de recurrir a procedimientos similares a los establecidos en los convenios que hemos citado. La ley interna, por ejemplo, permite las declaraciones de personas conocedoras, lo cual constituye la pericial jurídica. En algunas entidades federativas las leyes permiten que sus jueces soliciten la cooperación de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

18.10. Comisiones consulares

a) Explicación

La cooperación para un proceso puede ser obtenida a través del *servicio diplomático* y del *servicio consular.* El servicio que prestan uno y otro es similar, aunque el diplomático está enfocado en una actividad política que puede entorpecer el procedimiento. Este medio es el acostumbrado en el ámbito penal. En las líneas siguientes nos extenderemos sobre el particular.

Con frecuencia este medio de cooperación —la comisión consular— se ha confundido con los exhortos. Esto ocurre en la práctica diaria entre los abogados, así como en el ámbito oficial; tanto es así que, por ejemplo, el art. 104 del Reglamento de la abrogada *Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano* lo denominaba *exhorto.*

A través del encargo o comisión consular, un juez (incluso otro tipo de autoridades) obtiene del cónsul de su país acreditado en el extranjero ciertas actuaciones e informes que le son útiles para resolver con mayor justicia un litigio o negocio jurídico.

Al compararse la comisión consular con el exhorto encontramos que se trata de instituciones jurídicas distintas. Una es ordenada por una autoridad a otra que se regula por el mismo sistema jurídico, mientras que en la otra, se trata de jueces o autoridades de países distintos. A diferencia del exhorto, en el que sólo *se ruega,* en la comisión consular *se ordena.* Además, en esta última el requirente y el requerido dependen de una misma autoridad, lo que no ocurre en el caso de los exhortos. La comisión consular tiene como ventaja que aplica el mismo derecho que rige al requirente, lo cual no necesariamente ocurre en el exhorto.

b) Fuentes jurídicas

Este mecanismo de cooperación se encuentra previsto tanto en el derecho convencional internacional como en el interno. Como ejemplo cabe citar las normas vigentes en el ámbito convencional internacional, del que México es parte:

- La Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (y algunas otras convenciones bilaterales).
- La Convención de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.
- La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.
- El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.
- Convención de La Haya sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial.

El mecanismo convencional fue adoptado en algunos códigos procesales nacionales internos como el *Código Federal de Procedimientos Civiles* (art. 548), el *Código Federal de Procedimientos Penales* (art. 59) y el *Código de Comercio* (art. 1073). Sin embargo, este mecanismo no está incluido en todos los códigos estatales, seguramente por la duda que existió durante muchos años en el sentido de que las legislaturas de los estados no debían regular la actividad cooperacional. La ausencia de disposiciones en cada entidad federativa sobre las comisiones consulares plantea el problema siguiente: a menos que sea aplicable un tratado, no es posible que un juez local acceda a este mecanismo cooperacional, debido a que sus legisladores no lo han admitido. El legislador federal acepta esas medidas a fin de que los órganos federales puedan recurrir a ellas. Pero el legislador federal carece de competencia para indicar a los órganos judiciales estatales si pueden o no recurrir a las comisiones consulares.

Por ello es necesario que los legisladores de cada entidad federativa faculten a sus autoridades para solicitar cooperación consular. Podrían establecer que los medios de cooperación consular se rijan de acuerdo con lo establecido en el CFPC, sin perjuicio, claro está, de que las autoridades locales puedan pedir a los cónsules que la diligencia practicada se realice con alguna forma especial estipulada en la entidad interesada. De hecho, los jueces de algunos estados han recurrido a la comisión consular, aun cuando su ley estatal no alude a este mecanismo cooperacional.

c) Procedimientos

Al igual que en otros mecanismos cooperacionales, en el que explicamos ahora encontramos dos tipos de procedimientos: los que se siguen ante el órgano requirente y los que se realizan ante el consulado (el requerido).

Las actuaciones ante el requirente no aparecen detalladas en la normatividad. La ley sólo hace referencia a la posibilidad de pedirle auxilio al cónsul mexicano en el extranjero. No se dice nada respecto de legalizaciones, lo que significa que no son necesarias. Como medios a través de los cuales se transmite la solicitud al cónsul mexicano en el extranjero, la ley prevé la *remisión directa* (vía judicial), así como la *indirecta;* para ello, la intermediaria es la Secretaría de Relaciones Exteriores.

En cambio, la normatividad que deberá seguir el requerido parece ser un poco más rica. En ella se establece, por ejemplo, que las actuaciones que practique el cónsul serán para un proceso ya iniciado. O sea, que no son factibles las diligencias civiles o comerciales para preparar un proceso; tampoco para dar cumplimiento a una sentencia. Y es que, además, los cónsules acreditados no pueden ejercer fuerza para hacer cumplir las determinaciones del requirente.

La Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas se refiere a los citatorios para comparecer, y establece asimismo que la persona citada puede ser asistida por un consejero, sin que esté obligada a declarar. Si no comparece, el cónsul puede pedir ayuda al Estado receptor para que lo auxilie con medios de apremio.[13]

A la diligencia de declaración de la persona citada podrá asistir un intérprete designado por ésta y no por el cónsul.

Además de la obtención de comparecencias, el cónsul puede coadyuvar en la obtención de documentos y practicar inspecciones, pero con la anuencia de las personas que puedan disponer o tengan en su poder los documentos correspondientes o que permitan que el cónsul vaya al sitio donde deban practicarse las inspecciones.

18.11. Comisionados particulares

Otro medio de cooperación al proceso es el de los *commissioners,* comisarios o comisionados. Es un sistema de origen inglés conforme al cual el juez confía en un particular para que éste se traslade al lugar donde se requiere obtener una prueba o hacer una notificación o una cita.

Ejemplo

El juez inglés desea escuchar a un testigo que se encuentra en París. Para ello comisiona a una persona a fin de que se traslade a Francia, localice al testigo y

13 Respecto de esta solicitud de auxilio deben tomarse en cuenta las reservas y declaraciones interpretativas de los tratados vigentes, pues en unos casos se puede, mientras que en otros no es factible.

lo escuche. Cuando el comisionado escucha al testigo, obtiene de él un *affidavit*.[14] Luego, el comisionado vuelve a Londres y le informa al juez lo que escuchó. Con esto, el juez tiene por desahogada la testimonial requerida.

Como cualquier otro medio de cooperación para el proceso, el instrumento señalado implica dos tipos de procedimientos: el que se desarrolla ante el tribunal requirente y el que se practica en el foro al cual ha sido enviado el comisionado.

El procedimiento seguido ante el requirente es menos importante, ya que lo sustancial está en las actuaciones practicadas en el foro al cual se envió la comisión y al comisionado.

En el ámbito convencional internacional este mecanismo está regulado por la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial del 18 de marzo de 1970, aplicable en México por ser Estado parte. Dicho tratado, además de referirse a las comisiones consulares, también establece algunas reglas para los comisionados.

En esta Convención se admite que en materia civil o comercial los comisarios pueden proceder en "todo acto de instrucción concerniente a un procedimiento ya iniciado ante un tribunal de otro Estado contratante". Ese acto está condicionado a la autorización (general o particular) del Estado donde se pretende practicar el acto, respetando las condiciones que se hubiesen fijado.

La obtención de pruebas a través de este medio ha provocado reacciones: en ciertos casos se han permitido esas actuaciones pero en otras se les ha restringido, sobre todo cuando se trata de materias sensibles como la fiscal o la de control de cambios.

Al adoptar esta Convención de La Haya México planteó una reserva y no admite la figura de los comisionados: "Los Estados Unidos Mexicanos hacen reserva expresa y total de las disposiciones contenidas en los arts. 17 y 18 de este capítulo en relación con los comisionados..."

La reserva no significa que en México estén prohibidas esas prácticas; a pesar de que en su época Ricardo Abarca, uno de los negociadores mexicanos de esta Convención, propuso que además se adicionara al *Código Penal* una disposición que reprimiera a quienes realizaran la labor de comisarios para un proceso extranjero. Como mencionamos, en México no están prohibidas las funciones de los comisarios, porque no van contra el orden público mexicano. Se trata de un particular a quien se le ha encargado una comisión, escuchar a testigos o realizar una notificación, y si aquéllos declaran voluntariamente o la notificación se lleva a cabo con la aceptación implícita o explícita del requerido, no hay contradicción con el orden público mexicano. Si el comisionado necesita que un testigo sea

14 En Estados Unidos de América e Inglaterra es un documento en el que una persona, bajo los apercibimientos legales y sabedora de lo que implica incurrir en falsedad en declaraciones, explica los hechos que afirma que son ciertos. Según el *Diccionario de Derecho Privado*, *affidavit* es "una expresión latina, y más propiamente *affidavit*, de *affido*, doy fe".

requerido, por la fuerza, podrá solicitarlo al juez mexicano, y si éste reconoce la jurisdicción que le ordenó al comisionado llevar a cabo su tarea, no hay obstáculo en que se cite por el juez para escuchar al testigo frente al comisionado. Es claro que el juez mexicano puede aplicar las reglas del procedimiento de su foro por tratarse de reglas de orden público. El testigo será escuchado entonces, previo a calificar el juez el interrogatorio.

México sólo prohíbe esta práctica en la *Ley de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional* (23 de octubre de 1996), que se emitió como respuesta a la polémica *Ley Helms-Burton,* iniciativa estadounidense que sanciona a todo aquel que adquiera bienes en Cuba, luego de que el régimen de Fidel Castro expropió en esa isla propiedades de ciudadanos estadounidenses. La citada ley mexicana se conoce como *Ley Antídoto,* que por sus características y las condiciones en que fue expedida es una ley excepcional; no obstante, la experiencia ha demostrado su inaplicabilidad.

Esta ley reprime civil y penalmente a quien proporcione información requerida por los tribunales extranjeros. Pero esta disposición sólo atañe a los procesos que pretendan imponer un bloqueo económico o limitar la inversión a un país, reclamar pagos a particulares con motivo de las expropiaciones o restringir a inversionistas específicos la entrada en el país que expida la ley (la de Estados Unidos de América, en este caso) para alcanzar esos fines. Se trata del único caso en que México reprime expresamente la función de los comisarios.

Hasta la fecha no se ha regulado en nuestro país la posibilidad de que los jueces mexicanos requieran el apoyo de comisionados en el extranjero con el propósito indicado, para obtener pruebas útiles en los procesos que se les encomiendan. Como no está prohibido que se realice esa función en México (salvo el caso específico explicado), es frecuente que algunas personas, entre ellas abogados, obtengan documentos del Registro Civil y del Registro Público de la Propiedad y los envíen al extranjero para un proceso seguido en otro país. Abogados, corredores y notarios notifican y entregan a menudo demandas en un proceso seguido en el extranjero, sin que esto cause el menor problema jurídico.

18.12. Autocooperación para un proceso por seguir en el extranjero

Los mecanismos de cooperación para un proceso que se lleva a cabo en el extranjero pueden darse por solicitud oficial (conocimiento del derecho extranjero, exhortos, comisiones consulares, comisionados particulares) o autónomamente, es decir, sin necesidad de petición oficial y sin que esa solicitud provenga del extranjero. Existen mecanismos autónomos y de ellos hablaremos más adelante.

El derecho mexicano considera factible que se produzcan actuaciones como las siguientes:

- Practicar notificaciones y emplazamientos para un proceso en el extranjero.
- Producir pruebas destinadas a un proceso que se sigue en el extranjero.
- Imponer medidas cautelares para un proceso por seguir en el extranjero.

Estas actuaciones pueden calificarse como *altruistas,* pues el Estado mexicano las otorga sin que un órgano de gobierno extranjero pida el auxilio. Aunque no requieren una instancia o solicitud proveniente del extranjero, normalmente es necesario que alguna persona particular solicite la actuación ante el tribunal judicial mexicano.

En gran medida, estas reglas otorgan facultades a los tribunales del foro para la práctica de las diligencias citadas, como una opción a la actividad de los comisionados.

a) Notificaciones y emplazamientos

El *Código Federal de Procedimientos Civiles* (art. 547), al igual que el *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* (art. 604, fracc. III), indican que por solicitud de una parte o de un interesado podrán practicarse en los tribunales federales o del Distrito Federal diligencias que permitan hacer notificaciones o emplazamientos.

Como se advierte, en este caso no se requiere que alguna autoridad desde el extranjero solicite que se haga la notificación: basta la solicitud directa del interesado ante un tribunal mexicano.

Obviamente, en estos casos se necesita que el presunto notificado o emplazado se encuentre en el territorio donde ejerce competencia el tribunal al cual se le pide tal actuación.

La ley no indica nada especial respecto del derecho aplicable a esas notificaciones y emplazamientos, de manera que tendrá que aplicarse la regla general que determina como aplicable la ley del foro.

La ley del Distrito Federal, así como la de varias entidades federativas, señala que estas notificaciones se harán por la vía de la jurisdicción voluntaria (arts. 604, fracc. III, y 893).

Ejemplo

En el estado de Nevada, Estados Unidos de América, se presentó una demanda, pero el demandado se encuentra en la Ciudad de México. Sin necesidad de exhorto, el demandante puede solicitarle al juez del D.F. que le entregue la demanda al demandado y que lo emplace para que comparezca ante el juez del proceso principal.

b) Producción de pruebas

Las partes interesadas tienen la posibilidad de recurrir a los tribunales mexicanos a fin de obtener pruebas que utilizarán en un proceso que se seguirá en el extranjero. Los tribunales mexicanos están obligados a realizar los actos necesarios a fin de producir este tipo de pruebas. Dicha normatividad se encuentra en los códigos *Federal de Procedimientos Civiles* (art. 547) y *para el Distrito Federal* (arts. 604, fracc. III, y 193, fracc. IX), así como en los de algunas entidades federativas.

Para ello podrá recurrirse a los medios preparatorios del juicio o a diligencias durante el mismo. Estas actuaciones implican que la demanda no ha sido presentada y tampoco que alguna autoridad extranjera haga la petición.

En el caso de las notificaciones y emplazamientos, como ya mencionamos, el tribunal competente será el de la *ubicación de las personas* que se pretende examinar o de las cosas que serán inspeccionadas. La ley aplicable es la *lex processuallis fori,* ya que no existe regla especial sobre el particular.

c) Imposición de medidas cautelares

México ha sido renuente a aceptar medidas cautelares en los convenios internacionales; además, no es parte de la Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares (caso en el que se requeriría un exhorto).

El derecho interno dispone que para la imposición de medidas cautelares sólo será competente el tribunal facultado para conocer del juicio principal (arts. 22, *CFPC,* y 162, *CPCDF).*

No obstante, cabe destacar el segundo párrafo del art. 162 del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal,* que dispone: "en caso de urgencia, puede dictarla [una medida cautelar] el [juez] del lugar donde se halle la persona o la cosa objeto de la providencia, y efectuado, se remitirán las actuaciones al competente".

En principio, tal parece que este párrafo permite la aplicación de medidas cautelares, pero resulta inconveniente porque establece que las actuaciones deberán enviarse al tribunal competente. Estas remisiones al extranjero no son factibles, según la propia codificación mexicana. Además, los tribunales mexicanos en materia de normas de conexión han dispuesto con frecuencia que éstas únicamente delimiten la propia esfera territorial de competencia, es decir, sólo son aplicables para relaciones jurídicas de tráfico interno. Por ahora, las únicas medidas cautelares son las que establece el derecho convencional internacional, especialmente las de naturaleza familiar.

Como mencionamos, el *Código de Comercio* establece en materia arbitral que las partes "podrán, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicitar al juez la adopción de medidas cautelares provisionales" (art. 1425); como se advierte, se trata de un dispositivo amplio, pues de forma excepcional permite que, aun antes de iniciarse el proceso arbitral, sea solicitada la medida precautoria o cautelar. En el capítulo 21, que trata del arbitraje, retomaremos este tema.

19 Exhortos o cartas rogatorias

19.1. Introducción

En este capítulo explicaremos la naturaleza de la *carta rogatoria* o *exhorto;* se trat
uno de los instrumentos de cooperación internacional al proceso al que se recu
con más frecuencia en el sistema jurídico mexicano.

19.2. Nociones generales

a) Concepto del exhorto

En el lenguaje cotidiano de los juzgados suele confundirse el *exhorto* con el *expedi*
te que se forma con motivo de esa solicitud. El exhorto implica toda la serie de act
ciones que llevan a cabo tanto el tribunal exhortante como el exhortado, pero
actuaciones o procedimiento no se deben confundir con lo que es el exhorto prop
mente dicho, ya que éste significa pedir, rogar, requerir, y lo que se pide es el desa
go de ciertas actuaciones que en el exhorto se solicitan.

Al exhorto también se le conoce como *carta* o *comisión rogatoria,* es decir,
ruego o pedimento para que el destinatario de esta solicitud —otro juez o auto
dad— acceda a auxiliar o cooperar para satisfacer las necesidades de un proceso q
se sigue en otro foro. El término *carta rogatoria* suele ser empleado en países
common law (*rogatory letter*), mientras que la expresión *comisión rogatoria* tie
ascendencia francesa. No obstante, aunque nosotros tomamos de España la denomin
ción exhorto, hoy en día en este país parece más frecuente el uso de la carta rogatori

Con frecuencia sucede que en un proceso se hace necesario practicar un acto q
escapa a las posibilidades materiales de la autoridad que lo solicita porque el lug
donde ha de practicarse no se halla dentro de su jurisdicción. Es precisamente en u
situación como ésta donde cabe la opción del exhorto, de modo que si la autorid
exhortada accede a la solicitud, otorga el auxilio requerido para resolver dicho proces

Según se ha afirmado, el exhorto o carta rogatoria es "una petición proveniente de una autoridad que se dirige a un órgano de autoridad ubicado en diverso foro, pidiéndole su cooperación para cumplimentar un acto necesario en un proceso".[1]

Un aspecto de gran relevancia en este mecanismo cooperacional es el relacionado con los sujetos que participan; es decir, dos órganos de gobierno de países diferentes,[2] apegados por tanto a órdenes jurídicos también distintos. Uno de esos sujetos es el que requiere o exhorta; el otro, el requerido o exhortado, es el que accede a la petición.

En el mecanismo cooperacional que estudiamos lo más importante no es sólo el planteamiento de la solicitud o envío de la carta rogatoria, sino la *cooperación que puede obtenerse* para resolver el litigio interpartes. Evidentemente, dicha cooperación la otorga el sujeto al cual se le pide y no el que la demanda; por ello, cuando nos referimos al exhorto o carta rogatoria nuestra atención se dirige más a los *actos propiamente cooperacionales* que a la acción de pedir o exhortar. Asimismo, el derecho convencional contemporáneo atiende más a la cooperación que a la exhortación o requerimiento.

Para el solicitante, la preocupación fundamental consiste en cómo *pedir esa cooperación* (cómo exhortar). En cambio, para el requerido la atención se centra en cómo responder a la *solicitud.* Si la rechaza, ahí terminará el procedimiento; si accede, el problema se orienta al cómo *cooperar.*

A continuación explicaremos el exhorto en sentido amplio, esto es, abordaremos los requisitos que deben cumplirse para poder exhortar, así como los actos que debe realizar el exhortado para cooperar.

b) Exhortos y comisiones consulares

Como explicamos en el capítulo anterior, no debe confundirse el *exhorto* con la *comisión consular;* la diferencia entre ambos mecanismos cooperacionales puede precisarse en los términos siguientes:

> Debe diferenciarse el *exhorto* o *carta rogatoria,* de la *carta-orden* o *comisión consular* que se envía a un agente del gobierno de México en el exterior (generalmente un agente consular o diplomático): *a*) mientras que en el primer caso sólo se ruega o exhorta, en el segundo se ordena; *b*) normalmente, en el primer caso se aplica la norma propia de la autoridad exhortada (la extranjera), en tanto que en el segundo regularmente se aplica la norma del Estado que representa el agente obligado; *c*) mientras que en el caso de la carta rogatoria la autoridad extranjera no obra como representante del Estado del

1 Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial, op. cit.*, p. 423.
2 Los exhortos pueden darse entre órganos de gobierno de países diferentes (exhorto internacional), así como entre jueces de un mismo país (exhorto interno). En esta obra sólo nos referimos al internacional.

proceso, en el caso de la carta-orden la autoridad consular sí obra como representante del Estado del proceso; *d*) en el caso de la carta rogatoria la autoridad exhortada obra por propia autoridad, en tanto que los agentes consulares o diplomáticos obran por orden de su propio país; *e*) en el caso de la carta rogatoria, un Estado realiza un acto procesal en el extranjero por intermedio de la autoridad extranjera, en tanto que en la vía consular o diplomática la realiza por medio de sus propias autoridades en el extranjero.[3]

c) Competencia de los órganos

Competencia federal y local

Los órganos competentes que participan en el exhorto son los que *solicitan la cooperación* y *los que cooperan*. En México tanto los órganos jurisdiccionales de cada entidad federativa como los de la Federación pueden pedir el apoyo de sus contrapartes extranjeras. Esa solicitud puede provenir de dependencias del Poder Judicial (juzgados civiles, penales o de Distrito), así como de instituciones que no dependen del mismo (como las juntas de conciliación y arbitraje).

En cuanto al acto cooperacional, en México son competentes los órganos de cada entidad federativa y los federales, lo cual depende de la materia de que se trate. Al respecto, se sostuvo:

> El art. 543 (*CFPC*) plantea una primera cuestión, que es la de determinar qué asuntos son del orden federal en materia de cooperación internacional. Al respecto, baste por ahora responder que lo son todos aquellos para cuyo conocimiento tiene competencia la judicatura federal, incluyendo aquellos en los cuales deba aplicarse algún tratado internacional. En virtud de lo anterior, tal competencia abarca los asuntos del orden civil, cuando sea aplicable algún tratado internacional, por más que en tales casos, como en los mercantiles, exista concurrencia de competencias entre los tribunales federales y locales en los términos del art. 104-I constitucional. Por tanto, en cualquier caso en que sea aplicable alguno de los tratados celebrados por México en materia de cooperación judicial, existiría esa competencia concurrente y el actor podrá elegir entre acudir a los tribunales federales o a los locales.[4]

Competencia propia y delegada

Un aspecto importante en las relaciones entre órganos de diferentes países consiste en saber si el que coopera lo hace con base en una competencia *propia* o *delegada*. ¿El

3 Jorge Alberto Silva, *Codificación procesal civil y mercantil internacional*, Harla, México, 1995, p. 131.

4 Fernando Vázquez Pando, "Comentarios sobre el nuevo Derecho Internacional Privado mexicano", en *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Memoria*, UNAM, México, 1989, p. 55; del mismo autor véase "En torno a las recientes reformas en materia de Derecho Internacional Privado", en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf, op. cit.*, p. 1423.

juez exhortado realiza el acto cooperacional en respuesta a una competencia que le fue delegada?

De acuerdo con un enfoque no razonado (muy común entre los jueces mexicanos) en cuanto a la competencia delegada, suele afirmarse que *el exhortante es el órgano que posee la competencia* y que el exhortado sólo puede cooperar en aquellos actos para los cuales el exhortante le ha delegado la competencia. Éste es un punto de vista que tiene cierta razón, en virtud de que el juez exhortado no actúa si no es por petición de un juez exhortante. Sin embargo, como veremos a continuación, ésta no es una posición correcta, pues el planteamiento del problema de las competencias no es tan simple como parece.

Ciertamente, el órgano exhortante posee competencia, pero sólo es para *conocer y resolver el litigio sometido a su conocimiento,* competencia de la que probablemente carece el órgano exhortado. El juez exhortante estará ejerciendo la llamada *competencia directa.* Sin embargo, no debe olvidarse que el exhortado obra por *competencia indirecta,* no directa.[5]

La competencia *indirecta*, o *intermedia,* como le llamó Goldsmidt, no debe ser confundida con la *delegada.*[6] Las doctrinas contemporáneas tienden a afirmar que el órgano que coopera con otro extranjero tiene una *competencia que le es propia,* y no que ésta le ha sido delegada o que el exhortado es un mandatario o representante. La competencia es propia porque la ley del lugar del cooperador es la que le otorga facultades para cooperar. Esto es, tal competencia para cooperar no deriva de una ley extraña, sino de la propia ley del cooperador.

Al entender la diferencia anterior podemos afirmar que cuando un juez mexicano envía un exhorto a un tribunal extranjero *no le delega o transfiere competencia,* sino que le pide cooperación. De igual manera, cuando un juez extranjero le solicita a su contraparte mexicana cierta cooperación, tampoco le delega una función cooperacional. En este caso el juez mexicano obra por *competencia propia*, pues su ley u ordenamiento jurídico es el que le permite cooperar. Es decir, la ley mexicana es la que le otorga al juez nacional la facultad para cooperar, no el juez o la ley extranjera. Entonces, cuando un juez coopera no lo hace por delegación, sino por autoridad propia. Si concebimos la competencia —así lo entendía Guasp— como la medida de la jurisdicción y ésta, a su vez, es la expresión de la soberanía del Estado, difícilmente podríamos aceptar que un juez transmita a otro dicha soberanía. En apoyo de esta idea, David Lazcano expuso en su momento lo siguiente:

5 Véase Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.*, pp. 249 y siguientes.

6 El concepto de la competencia delegada se entiende mejor cuando recurrimos al ejemplo medieval. El rey, que poseía las funciones legislativas, jurisdiccionales y ejecutivas, era quien poseía en propiedad la función jurisdiccional, esto es, la de decidir los litigios interpartes. (Recuérdese por ejemplo a Sancho Panza en su ínsula Barataria resolviendo conflictos.) Cuando los territorios del rey crecieron, entonces éste delegó, es decir prestó, su función jurisdiccional a una persona de su confianza que se encontraba en un lugar distante. Este juez resolvió por delegación. Por ello, esas sentencias se iniciaban diciendo "en nombre de su majestad..."

> Generalmente se dice que, cuando el juez comisionado o exhortado presta el auxilio judicial requerido, obra por delegación del exhortante, pero no hay tal cosa. Para que obrase por delegación, sería menester que pudiese ejercer la misma competencia que el requirente; sin embargo, sólo puede realizar la diligencia encomendada, a ello se limita su competencia. Así, no puede conocer de las cuestiones de competencia que se planteasen al exhortante, ni admitir excepción alguna, ni resolver sobre la validez o procedencia de una medida de prueba, ni declarar la rebeldía de un citado a absolver posiciones, ni resolver sobre la procedencia de un embargo, ni para decretar una medida precautoria por haber reconocido la firma al deudor, ni para resolver sobre los incidentes que ante el juez exhortado se produzcan.[7]

Más adelante explicaremos los efectos prácticos de esta diferencia que hemos planteado, sobre todo al examinar si el exhortado tiene posibilidades de realizar *actos o providencias implícitas.*

En el derecho convencional internacional se ha establecido que "el órgano jurisdiccional del Estado requerido tendrá facultades para conocer de las cuestiones que se susciten con motivo del cumplimiento de la diligencia solicitada" (art. 11, Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias). Se trata, en suma, de un procedimiento contemporáneo que deja atrás las cuestiones de competencias y jurisdicciones como se entienden internacionalmente para concentrarse en el fondo de cómo un juez puede auxiliar a otro para que éste cumpla cabalmente con sus funciones de impartir justicia.

Autonomía cooperacional

En algunos sistemas jurídicos suele establecerse que el juez que conoce en primera instancia será el que tenga la atribución para seguir conociendo. En México decimos que *ha prevenido en el conocimiento del negocio.* Esta fórmula se llevó al grado máximo en ciertos países donde un exhorto no desea cumplimentarse, porque se considera que al hacerlo se estaría reconociendo que el competente para conocer del fondo del negocio es el tribunal exhortante. Se argumenta esto porque, en ocasiones, el facultado para conocer el fondo del litigio principal no es el exhortante, sino el exhortado. Se percibe el temor de que si se reconoce la competencia del exhortante, aunque sea subrepticiamente, entonces tendría que reconocerse de manera formal esa competencia en el momento en que tuviera que ejecutarse la sentencia que el exhortante pudiera pronunciar.

Para contrarrestar esta situación, varios países establecieron una disposición uniforme que indica que "el cumplimiento de exhortos o cartas rogatorias no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia del órgano jurisdiccional requirente ni el compromiso de reconocer la validez o de proceder a la ejecución de la sentencia que dictare" (art. 9o., Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, y art. 545 del *CFPC*).

7 David Lazcano, *Jurisdicción y competencia*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1941, pp. 234 y 235.

Sobre esta disposición, Tatiana B. de Maekelt ha dicho:

> El art. 9o. consagra la autonomía del procedimiento en la cooperación judicial internacional, lo cual facilita el cumplimiento de un exhorto. De no ser así, dicho cumplimiento podría verse obstaculizado por el examen previo de la competencia internacional del Estado requirente, la oposición de *litis pendencia* o de cosa juzgada.
>
> Podrían surgir dudas en la aplicación práctica de esta disposición cuando media la cosa juzgada o *litis pendencia* nacionales que, como excepciones de fondo, podrían impedir la tramitación de exhortos aun con la reserva establecida en el art. 90.[8]

En este sentido, si un juez mexicano recibe un exhorto proveniente del extranjero debe practicar las diligencias correspondientes si tiene competencia indirecta. No podrá negarse a cooperar aun cuando piense o afirme tener competencia directa. Esta regla de política cooperacional es la que ayuda a brindar colaboración.

d) Principio de favorecimiento a la cooperación (*favor cooperationis*)

No debe olvidarse que cuando un tribunal coopera en un proceso que se sigue en otro país, esta acción se orienta a solucionar un litigio interpartes (entre actor y demandado), más que a colaborar con un órgano extranjero. Si un juez se negara a cooperar por problemas o disidencias con los órganos de un gobierno extranjero, en realidad no sólo estaría afectando a esos órganos extranjeros, sino a los particulares, que no podrían ver resuelto su litigio con justicia. Si no se considerara la ayuda extranjera el litigio se resolvería con fuerzas desiguales, ya que a una de las partes se le negaría el acceso a oportunidades procesales específicas.

Ya en el capítulo anterior nos referimos a la teleología del derecho cooperacional y al sentido de funcionalidad que lo orienta. En este sentido, la política que gravita alrededor del derecho cooperacional busca otorgar la cooperación, no negarla. En caso de duda entre cooperar y no cooperar, se optará por la segunda, esto es, el *favor cooperationis.* Al final de cuentas, conforme a la carta de la ONU la política internacional gira en torno a la solidaridad internacional.

El principio anterior se desprende del derecho convencional internacional y del derecho interno. En ambos textos jurídicos desaparecieron las instituciones que anulaban ese precepto. Por ejemplo, la desaparición de la *exigencia de reciprocidad* internacional es el punto más palpable sobre el particular. La *autonomía cooperacional* que vimos en el apartado anterior es otro ejemplo.

Para concluir con lo que hemos expuesto, nosotros consideramos que el *favor cooperationis* está vinculado a los derechos humanos, a la solidaridad, y de ahí su

8 Tatiana B. de Maekelt, *Conferencia especializada de derecho internacional privado*, CIDIP-I, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979, p. 77.

fundamento. Se trata de actuar en favor de los derechos de una de las partes o de las partes mismas en el proceso, de su derecho de obtener justicia en las decisiones que habrán de pronunciar los tribunales a los que se encuentren sometidas esas partes. Es un derecho internacionalmente protegido por las convenciones internacionales de las que México es Estado parte.

19.3. Regulación jurídica del exhorto o carta rogatoria

El exhorto o carta rogatoria se fundamenta tanto en el derecho convencional internacional como en el derecho interno. En cuanto al primer ámbito, sobre todo en lo referente a los actos de cooperación para procesos civiles, mercantiles y familiares, México es suscriptor de convenios internacionales como los siguientes:

- Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (*DO*, 25 de abril de 1978).
- Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (*DO*, 28 de abril de 1983).
- Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (*DO*, 2 de mayo de 1978).
- Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (*DO*, 7 de septiembre de 1987).
- Convención de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (*DO*, 6 de febrero de 1988).
- Convención de La Haya sobre Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial.

Hay otros tratados que aluden a la carta rogatoria y al mecanismo para tener acceso a la misma. Otras convenciones regulan un aspecto del derecho de familia, por ejemplo, la Convención sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero (art. 7o.).

Asimismo, hay acuerdos que se refieren al exhorto. Por ejemplo, la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (*DO*, 11 de septiembre de 1968) establece que entre las funciones consulares se encuentra la obligación de otorgarlo (art. 5o. *J*).

En relación con los tratados que se citaron al principio, destacamos su gran cobertura debido al alto número de países que los signaron. En general, las convenciones interamericanas involucran a los Estados del continente americano, incluido Estados Unidos de América, con excepción de Canadá y con la presencia de España como suscriptor de algunos convenios sobre exhortos. Por lo que se refiere a las convenciones de La Haya, involucran a numerosos países de Europa, América y de otros continentes.

Los tratados sobre cooperación internacional al proceso son los más socorridos en las relaciones entre países. Prácticamente en todas las reuniones de la CIDIP se ha

pactado convenios centrados en la cooperación internacional, como ha ocurrido en la Conferencia de La Haya.

El derecho interno también suele regular los mecanismos cooperacionales señalados. En cuanto a México, la ley interna será la aplicable ante la falta de tratado, pero debemos anotar que el derecho convencional internacional ejerce fuerte influencia en el interno, que adopta soluciones de aquél. De esta manera, se incorporó al *CFPC*, al *CPCDF* y al *CCom* una normatividad internacional en un proceso de uniformación por la vía convencional, y en esos códigos se reproducen los principios y lineamientos del derecho convencional internacional.

Por último, cabe señalar que en el caso de los tratados, la mayor parte de sus disposiciones corresponden a las *normas de derecho uniforme* más que a las *normas de derecho conflictual.* Esto es natural debido al carácter público del derecho procesal, en el que se indica el derecho internacional aplicable, el cual se conforma, a su vez, con normas y lineamientos establecidos en la esfera internacional, que evitan que la ley procesal de un país se aplique en otro.

La principal regla de derecho conflictual establecida en los tratados indica que la ley aplicable al cumplimiento de un exhorto será la *del Estado requerido* (art. 10, Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias), disposición que confirma la *lex fori* como ley aplicable. No obstante, los mismos tratados admiten excepcionalmente formas adicionales e incluso no correspondientes con el acto por ejecutar con motivo del exhorto.

Cuando no resulte aplicable ningún tratado internacional, la ley aplicable será la interna. Las normas del foro son, por su naturaleza, *territoriales,* aunque, como veremos, existen excepciones en los casos de normas que prevén la posibilidad de hacer reconocimientos de disposiciones y actuaciones extranjeras.

19.4. Actos ante el órgano exhortante

En el capítulo anterior explicamos que en la cooperación internacional al proceso hay quien demanda la cooperación, y el órgano que acepta que la cooperación procede y que la solicita. El que la solicita es el órgano ante el cual *se lleva el proceso principal.* Y es ante este órgano donde se plantea la realización de un acto (declaración de testigo, prueba pericial, notificación, etc.) que permita definir correctamente la solución al litigio interpartes. El órgano al cual se le solicita cooperación mediante un exhorto internacional se encuentra en otro país, y será ese órgano el que podrá *realizar los actos cooperacionales.*

Al primer órgano le llamamos *requirente* o *exhortante.* Cuando éste admite la necesidad que le plantean las partes o él mismo decide practicar actos fuera de su foro para cumplir los fines del proceso que dirige, debe realizar una serie de actos tendientes a exhortar a un órgano extranjero para que le otorgue asistencia.

El órgano exhortante debe estar consciente de que al solicitar a otro país una actuación, ésta no se efectuará necesariamente de acuerdo con el derecho que rige al

requirente. Por esta razón, debe obrar con cautela, procurando que su solicitud *armonice con los mecanismos* o *sistemas jurídicos extranjeros*, y su guía pueden ser las convenciones internacionales que México ha ratificado; debe el órgano exhortante ser prudente en cuanto a la forma de pedir y qué es lo que pide.[9]

Ante el solicitante suelen presentarse dos tipos de actividades: las que realiza uno de los sujetos del litigio (actor o demandado) y las que lleva a cabo el órgano jurisdiccional. Las primeras consisten en demandar del juez que envíe un exhorto, por estimar necesario que se efectúe un acto procesal en beneficio del sujeto del litigio.

Ejemplo

El actor afirma que su testigo se encuentra en el extranjero y que la declaración de éste es esencial para que pueda dictarse una sentencia justa.

En este punto todavía no se inicia el procedimiento cooperacional, porque la parte en el litigio que lo planteó tan sólo estima que es necesario el acto, pero el juez no ha decidido iniciar el procedimiento cooperacional.

Cuando el juez accede a la petición del sujeto del litigio quiere decir que el órgano del Estado aceptó la necesidad de que se realice un acto fuera de su foro. A partir de entonces las acciones del juez se encaminarán primero a realizar las gestiones requeridas para enviar su carta rogatoria. Durante esta fase, los sujetos del litigio podrán coadyuvar con su juez para integrar la documentación que será enviada.

Ejemplo

El actor indica el domicilio del testigo en el extranjero y presenta interrogatorios, y el exhortado puede pedir que se anexen documentos a la solicitud que incluyan, por ejemplo, el replanteamiento de preguntas, etcétera (art. 362).

Algunas de las actuaciones de mayor relevancia en la preparación de la carta rogatoria son la elaboración de formularios específicos, las traducciones y legalizaciones, entre otras.

9 En relación con el derecho cooperacional véase Jorge Alberto Silva, "Sistema jurídico aplicable al proceso", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, Universidad de Educación a Distancia, segunda época, 1996, pp. 10-11. Igualmente, del mismo autor en "Algunas experiencias sobre cooperación judicial internacional entre México y EEUU", en *Problemas actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005.

a) Formularios

Un elemento importante al enviar el exhorto es el formato que ha de seguirse. En este caso, vale la pena revisar los formatos que establecen las convenciones ratificadas por México, en especial el Protocolo Adicional de la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, porque en ellos se encuentra una forma sencilla y bilingüe de la manera en que han de hacerse las peticiones y los requisitos adicionales que es necesario cumplir. Si se trata de un país como Estados Unidos de América, ésas serán las formas oficiales que es indispensable emplear.

El ordenamiento interno no estipula un formato específico para enviar datos al extranjero. Por esta razón, cada juez nacional elabora sus exhortos de acuerdo con sus propios criterios y costumbres. Las solicitudes recibidas del extranjero también están planteadas en formas diversas. En ocasiones son demasiado simplificadas, por lo que faltan datos o elementos; en otros casos la documentación recibida es abundante en exceso y, a veces, carente de organización. Algunos jueces mexicanos se quejan de que no entienden los expedientes, así como los jueces extranjeros se han quejado de que aquéllos no entienden sus documentos. Ha habido casos en los que algunos jueces sólo han enviado al extranjero la copia de un voluminoso expediente, sin anexar la resolución alusiva al exhorto y qué se pedía en éste.

Por lo anterior, varios países se pusieron de acuerdo para establecer formularios uniformes y simplificados.

De acuerdo con los protocolos adicionales que hemos mencionado de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, así como de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, al igual que en la Convención de La Haya sobre Notificación en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, las solicitudes deben realizarse en un formato uniforme. En la Convención de La Haya sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial no se establece la obligatoriedad de ajustarse a dicho formato, pero se recomienda emplear el sugerido por la Conferencia de La Haya.[10]

Con referencia a los formatos, Ricardo Abarca señala:

> Hasta ahora el exhorto internacional ha venido siendo un instrumento de muy poco valor en cuanto a comunicación. Generalmente está redactado con una cortesía rebuscada, en términos poco inteligibles y contiene transcripción de actuaciones judiciales, escritos de parte, y que es poco inteligible. El autor ignora cuál haya sido el origen de esa formación tan compleja e inútil, pero ha podido observar que se sigue no sólo en México, sino además en muchos otros países de América.

10 Este documento quedó en los textos de la negociación. *Practical Handbook on the Operation of the Hague Convention of March 18, 1970 on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters*, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, Antwerpen-Apeldoorn, 1984.

En la Convención se da un primer gran paso en la simplificación de los exhortos, al aliviarlos con la carga de las transcripciones en el cuerpo del documento, ya que en su art. 8o. previene que los exhortos deberán ir acompañados de copias auténticas de la demanda y sus anexos y de los escritos o resoluciones que sirvan de fundamento a la diligencia solicitada.

Este primer paso de simplificación culmina en las disposiciones del Protocolo Adicional aludido, especialmente los del art. 3o. del mismo instrumento, que disponen que los exhortos internacionales que tengan como materia actos de comunicación deberán elaborarse en formularios impresos, los cuales forman parte del Protocolo Adicional que venimos resumiendo.[11]

Estos formatos son obligatorios para los países miembros del tratado, pero también pueden utilizarlos los Estados no suscriptores. Tienen la ventaja de ser documentos sencillos de cumplimentar, contienen los requisitos necesarios y son entendidos por cualquier funcionario judicial.

b) Traducciones y anexos

Si los idiomas del exhortante y del exhortado son diferentes, cada parte debe enviar a la otra parte comunicaciones acompañadas de la traducción correspondiente.

Al respecto, el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias establece que éstos deben ir acompañados por lo siguiente (art. 3o.):

a) Copia de la demanda o de la petición con la cual se inicia el procedimiento en el que se libró el exhorto o carta rogatoria, así como su traducción al idioma del Estado parte requerido.

b) Copia no traducida de los documentos que se hayan adjuntado a la demanda o a la petición.

c) Copia no traducida de las resoluciones jurisdiccionales que ordenen el libramiento del exhorto o carta rogatoria.

d) Un formulario elaborado conforme a lo que se encuentre establecido en el Protocolo.

En cuanto a los países no miembros, puede hacerse la traducción de todo lo enviado de acuerdo con dicho Protocolo. Cada país fija sus propias normas para la traducción. Por lo demás, el exhortante debe consultar la ley del exhortado para conocer los requisitos del exhorto; por ejemplo, en algunos países se exige que el traductor tenga cualidades especiales o que la traducción se haga en el país del exhortado.

11 Ricardo Abarca Landero, "La cooperación interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, protocolo adicional y la cooperación judicial internacional", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, Escuela Libre de Derecho, México, 1984, p. 406.

c) Legalizaciones

Todo exhorto que se envíe al exterior debe ir con la legalización correspondiente, salvo que la ley extranjera exima de tal requisito. De igual manera, la solicitud que provenga de otro país debe llegar legalizada o apostillada, con las excepciones que la ley mexicana establece. A reserva de lo que explicaremos en el capítulo 20, la legalización procura fijar medios para asegurar la autenticidad de lo que se pide. En México quedan exentos de esta norma los exhortos de países signantes de la Convención de La Haya, en la que se acordó eliminar el requisito de la legalización de documentos públicos extranjeros a los cuales nos referiremos en el capítulo siguiente. También están excluidos de esa regla los exhortos que sean transmitidos por medios oficiales, como veremos a continuación.

19.5. Transmisión del exhorto: su envío y recepción

Por *envío del exhorto* se entiende el traslado de éste al exhortado. Aquí debe tenerse presente que tanto en la ley del exhortante como en la del exhortado puede haber diferencias en cuanto al *envío del exhorto y su recepción.* Cada Estado fija reglas sobre la manera en que debe enviarse y recibirse un exhorto del extranjero. Si estas diferencias se acentúan, la transmisión se tornará difícil.

Por lo anterior, la transmisión debe contemplarse desde el punto de vista de quien envía y de quien recibe. En este sentido debe tomarse en cuenta la regulación existente: la estipulada en el derecho convencional internacional y la que fija el derecho interno. Mediante los tratados, numerosos países han acordado el diseño de medios uniformes para enviar y recibir exhortos. De igual manera, las leyes internas han procurado prever mecanismos de armonización y uniformidad que permiten transmitir estos documentos.

También debe tomarse en cuenta al *sujeto que hace la transmisión,* la cual puede ser *directa* o *indirecta,* o bien mediatizada. Es directa si se realiza directamente entre un juez y otro, sin que intervenga un tercero o intermediario. Es *indirecta* o mediatizada cuando participa una persona que vincula al exhortante con el exhortado para el envío y la recepción; es decir, entre uno y otro se introduce un *intermediario.*

La *vía directa* garantiza la autenticidad de lo que se envía y recibe. En este caso es el juez o un representante suyo (que forma parte del engranaje judicial) quien entrega y recibe el exhorto, lo que le imprime absoluta confianza a ese mecanismo. En México se admite esta vía, con base en el derecho convencional internacional, sólo en lo que corresponde a los exhortos entre tribunales de zonas fronterizas,[12] aunque

12 Artículo 7o., Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias: "Los tribunales de las zonas fronterizas de los Estados parte podrán dar cumplimiento a los exhortas o cartas rogatorias previstos en esta Convención en forma directa, sin necesidad de legalizaciones."

en algunos códigos mexicanos es permisible aun cuando no se trate de tribunales fronterizos.[13] Con frecuencia, en ciudades y estados de la frontera norte de México se envían o reciben exhortos de autoridades del sur de Estados Unidos de América. En este caso hay rapidez en el traslado y liberación del requisito de las certificaciones especiales, como las legalizaciones o los apostillamientos.

Ejemplo

Los exhortos entre los jueces de Tijuana (México) y San Diego (Estados Unidos de América), o de Ciudad Juárez (México) y El Paso (Estados Unidos de América) se realizan por vía directa, ya que se trata de autoridades que se localizan en zonas fronterizas; los términos correspondientes se establecen en la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias.

En la *vía indirecta* o mediatizada encontramos diversos mecanismos; por ejemplo, aquel en el que participa un *particular interesado* y otro en el que interviene un *órgano de gobierno.*

En México se utilizó mucho la *vía particular;* esto es, se recurría a alguna de las partes en el litigio (al actor o al demandado) para que hiciera llegar el exhorto al lugar de destino e incluso para que lo regresara. Pero este mecanismo ha sido criticado, puesto que "contamina" los resultados oficiales que se transmiten entre un juez y otro. Por ello se exige que en este caso el exhorto se legalice. El envío por medio de particulares (actor o demandado) supone una confianza exagerada del juez en uno de los litigantes, así como un prejuzgamiento acerca del resultado.

Cuando el intermediario es un órgano oficial, la legalización es innecesaria siempre que la transmisión no se contamine con algún particular.[14] Cabe mencionar aquí las vías diplomática y consular, mecanismos tradicionales a los cuales se recurría si no intervenía un particular. A últimas fechas la acción intermediaria recae en la autoridad central, que garantiza mayor rapidez y seguridad en la transmisión.

Esta autoridad central, en el caso de México, es el Departamento de Exhortos de la Dirección General Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Se prevé que en el futuro los exhortos se transmitirán por medios más rápidos, como las redes mundiales de comunicación, internet entre ellas. Por ejemplo, la ley estadounidense permite contactar a los jueces de dos países por medio de un circuito cerrado de televisión por satélite; así, los abogados pueden interrogar al testigo que se encuentra en otro foro. De esta manera, los resultados se obtienen inmediatamente y los intermediarios se anulan.

13 Artículos 168 del CPC de Sonora; 168 del CPC de Zacatecas, y 97 del CPC de Tamaulipas.

14 Las tesis judiciales sobre el particular pueden verse en Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado. Su recepción judicial, op. cit.*, p. 492. Especialmente véanse las tesis 292 y 293.

19.6. Actos ante el órgano exhortado

El hecho de que un juez mexicano reciba un exhorto proveniente del extranjero no significa que la solicitud tenga que diligenciarse necesariamente. Antes de ordenar las gestiones correspondientes deben hacerse algunas revisiones. Por ejemplo, debe diferenciarse el acto mediante el cual el juez tiene *por recibida la solicitud para la práctica de una actuación* y la resolución conforme a la cual *ordena que se lleve a cabo esa diligencia.* Entre uno y otro momentos existe un procedimiento, que en el caso de las sentencias extranjeras se denomina *procedimiento de exequátur.*[15]

La ley interna no es realista en cuanto al periodo que abarca desde la recepción del exhorto hasta su ejecución. Según el CFPC (art. 300), el juez únicamente dispone de cinco días. Lo anterior se explica porque el legislador mexicano sólo tomó en cuenta los exhortos entre jueces mexicanos; redactó la disposición de manera tan general que en ésta quedaron incluidas las solicitudes provenientes del extranjero. Como veremos, cinco días son insuficientes para desahogar un exhorto internacional, sobre todo si se considera que tiene que avisarse al exhortante la fecha de la diligencia, así como esperar la llegada de los abogados extranjeros.

Si se consideran los problemas que se presentan para ejecutar lo pedido por la autoridad extranjera, es necesario que el juez exhortado revise la solicitud.

A manera de paréntesis cabe hacer una breve explicación. Este tipo de procedimientos que se practican ante el exhortado (recibe documentación, determina si procede o no su desahogo, retransmite a otros órganos, informa al exhortante, etc.) no tiene una naturaleza jurídica específica en nuestro ordenamiento. Suele tratársele como incidente (incluso así se le llama en el caso de que se trate de una sentencia), a pesar de que no lo es, como más adelante explicaremos. Se trata de un procedimiento (*vía*, le llaman los abogados litigantes), aunque especial, que por desgracia no ha merecido una denominación específica por parte de los especialistas.

a) Revisión del exhorto y sus anexos

El exhorto y los anexos implican diversos aspectos que el tribunal exhortado debe revisar. A continuación nos referiremos a ciertas cuestiones que deben revisarse, como la autenticidad, las traducciones, los gastos, la competencia, la retransmisión, el orden público, etcétera.

No todos los exhortos se tramitan y resuelven de la misma manera. La naturaleza del asunto determina el procedimiento que se debe seguir. Por ejemplo, cuando se trata de alimentos, el trámite del exhorto es más sencillo (art. 7o., Convención sobre Obtención de Alimentos en el Extranjero).

Conforme al derecho convencional internacional, se presume la autenticidad del exhorto recibido; sin embargo, la ley interna puede exigir la legalización previa del

15 Al procedimiento de exequátur para reconocer una sentencia nos referiremos en el próximo capítulo.

documento. La exigencia de autenticidad del exhorto no autoriza a revisar la legalidad del procedimiento que condujo al planteamiento de la solicitud. El juez exhortado carece de competencia para revisar la legalidad del mecanismo que se empleó en el extranjero. Si éste se encuentra viciado, deberá revisarse conforme a la ley extranjera —la del lugar de donde proviene el exhorto— y tendrán que estudiarlo los órganos competentes en el extranjero, ante los cuales puede impugnarse ese tipo de procedimientos.

El juez exhortado puede exigir que se cumpla el requisito de las traducciones. No obstante, la ausencia de traducción no implica que el exhorto deba rechazarse. Si aquélla falta, el exhortado podrá obtenerla o solicitar que se le presente.

Además, el requerido podrá revisar los gastos que puedan generarse con motivo de la diligencia (copias, honorarios de peritos, etc.). De acuerdo con el derecho convencional internacional, es factible que el exhortante envíe dinero para cubrir gastos o que acredite ante el exhortado a una persona que se haga cargo de las erogaciones necesarias. Si el dinero recibido no es suficiente, el exhortado podrá seguir adelante con la diligencia, pero después enviará la nota de gastos al solicitante.

El exhortado también tiene la obligación de revisar que el caso se desahogue en México conforme a las reglas de competencia internacional, que es diferente de la competencia interna. La primera permite revisar si el acto por diligenciar compete a las autoridades mexicanas (o a las de otro país, según el caso), sin que importe la instancia específica, mientras que la segunda posibilita determinar si la competencia recae en un órgano en particular de autoridad (el juez de la ciudad "x" o del pueblo "z"). Si es así, el juez que recibe el exhorto sólo debe revisar si el asunto compete a *los órganos mexicanos*; si no, podrá rechazar la petición.

Ejemplo

Un juez extranjero envía un exhorto a un juez mexicano con sede en el D.F. En él le solicita que escuche a unos testigos que se encuentran en Guadalajara, Jalisco. En este caso, el juez del D.F. revisa que el hecho de tomar la declaración de esas personas compete a un órgano mexicano (regla de competencia internacional). Como los testigos se encuentran en territorio mexicano, dicho juez aceptará que se ha cumplido la regla referida.

Si el asunto es de la competencia de autoridades mexicanas, el exhortado procederá a resolver si dicho asunto es de su competencia interna. La cuestión es: ¿la autoridad que recibió la petición puede desahogarla? Si es así, procederá a continuar el procedimiento. Si no, deberá retransmitir el exhorto al órgano mexicano competente.

La *retransmisión del exhorto* puede ser total o parcial. Es posible que ciertos actos puedan practicarse en el foro, y otros no. En este último caso podrá hacerse una retransmisión parcial.

Ejemplos

a) Siguiendo con el ejemplo anterior, el juez del D.F. recibió el exhorto para escuchar a unos testigos que se localizan en Guadalajara. Según la regla de competencia internacional, ésta recae en las autoridades mexicanas. Aunque dicho juez acepta esa competencia en la esfera internacional, debe revisar sus reglas de competencia interna. En este caso encuentra que no tiene facultad para llamar a esos testigos, por lo que debe proceder a reconducir la solicitud al juez de Guadalajara.[16]

b) Se recibe un exhorto del extranjero en el que se solicita interrogar a tres testigos, pero el exhortado encuentra que sólo uno de éstos puede ser localizado dentro del territorio sobre el cual ejerce competencia. Así las cosas, procederá a escuchar a ese único testigo; esto es, practicará una diligencia parcial. Paralelamente ordenará una retransmisión hacia el otro juez mexicano (de Guadalajara) que tiene facultades dentro del territorio donde se encuentran los otros dos testigos, el cual procederá a recibirles declaración.

Un aspecto de gran importancia que debe revisarse es si la diligencia solicitada vulnera o no el orden público internacional mexicano. Si no hay transgresión seguirá adelante el procedimiento, pero si la hay, la diligencia solicitada deberá rechazarse.

Werner Goldsmidt explicó al respecto:

> El juez nacional puede, sin embargo, rechazar el cumplimiento del exhorto si el incumplimiento violase manifiestamente su orden público internacional. Ello ocurre si el acto solicitado mismo infringe manifiestamente el orden público internacional. Pero el juez nacional no debe tampoco cumplir el exhorto si en el proceso para cuya tramitación se pide el auxilio judicial internacional se conculca la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948. Así, por ejemplo, sería prohibido cumplir un exhorto que pide que se tome declaración a un testigo en un proceso de reivindicación de un esclavo.[17]

Ejemplo

Un juez extranjero solicita que un juez mexicano cite a una persona y la obligue a que firme un contrato en los términos establecidos en el documento. Lo más que

16 El mecanismo a seguir para retransmitir un exhorto no se encuentra regulado en el derecho interno, que es su sede natural. Podría ser enviado directamente al tribunal de primera instancia competente o seguir por medio del tribunal superior de justicia de la entidad federativa en que se encuentre el tribunal correspondiente.

17 Werner Goldsmidt, *Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Procesal*, De Palma, Buenos Aires, 1985, p. 223.

podría hacer el juez mexicano sería citar a la persona y mostrarle el contrato, para que lo firme si así es su deseo. De lo contrario, el juez mexicano no podrá obligar a ello. Si el pedimento tiene como objetivo que se obligue a la firma del documento, el juez mexicano podrá rechazar ese desahogo, pues de otra manera vulneraría el orden público internacional.[18]

b) Aceptación de lo solicitado y su diligenciación

Aceptación y preparación de la diligencia

Una vez que el exhorto pasó por las revisiones mencionadas, el juez exhortado estará en posibilidad de resolver, esto es, al final del procedimiento podrá tomar dos resoluciones: *rechazar lo pedido* o *aceptarlo.* Es decir, el solo hecho de que un exhorto sea recibido por la autoridad mexicana no significa que necesariamente tenga que desahogarse. Como vemos, es posible que luego del procedimiento se rechace lo que fue solicitado.

Si el exhortado considera que luego de las revisiones que hizo procede desahogar lo pedido, debe ordenar la actuación correspondiente. En el caso de que en el exhorto se pida la ejecución de una sentencia extranjera, el juez exhortado procederá a homologarla, resolución que examinaremos en el capítulo siguiente.

Como ocurre en la resolución homologatoria (que más adelante explicaremos), el juez exhortado declara que el acto que le solicitaron (notificación de una demanda, citar a una persona, recibir una declaración, hacer una inspección, etc.) deberá practicarse.

Entre el momento en que el juez ordena el desahogo y la conclusión del mismo transcurre el periodo de *preparación de la diligencia,* que es cuando la autoridad cita a los testigos para que comparezcan, fijándoles fecha y hora, etc. De igual forma, dicho juez podrá informar al exhortante del lugar y fecha en los que se efectuará la actuación. De esta manera, los abogados e interesados en el extranjero estarán en posibilidad de asistir a la diligencia, e incluso interrogar, según lo establece la Convención de La Haya sobre Obtención de Pruebas.

Asistencia jurídica a los comparecientes

La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (art. 8o., *e*) establece que deberá informarse al interesado acerca de los servicios de defensoría gratuitos —de oficio— o de las sociedades de auxilio legal que existan en el Estado requirente. Esta información debe proporcionarse a la persona que se emplazó

[18] Como podrá advertirse, Goldsmidt se está refiriendo al orden público internacional, mientras que nosotros al orden público interno. A este último es al que se refieren nuestra ley interna y los tratados internacionales.

o citó. Según los términos del Convenio, no significa que el Estado esté obligado a establecer ese tipo de defensoría, si antes no se la había establecido.

La defensoría de oficio y las sociedades de auxilio legal son de gran utilidad para personas de escasos recursos económicos en litigios, por ejemplo, sobre alimentos y asuntos familiares en general. Al desahogarse la diligencia deberá proporcionársele esa información al interesado. Este servicio no se condiciona a individuos que carecen de medios económicos, por lo que el exhortante no estará facultado para inquirir sobre el particular. Si el servicio es solicitado deberá proporcionarse.

La Convención no establece que al practicarse los actos cooperacionales deba otorgarse la mencionada asesoría jurídica. Ésta se rige de acuerdo con el derecho interno del país exhortado. Si la persona a la cual se le demandó va a ser interrogada en dicho país, la asesoría que reciba será la que fije la *ley del lugar donde se desahoga la diligencia.*

Providencias implícitas para cooperar

El exhortado debe estar consciente de que, con base en el *favor cooperationis,* los actos que realice tienen que procurar la satisfacción de las necesidades del proceso del cual se derivó el exhorto.

En cuanto a la teleología del derecho cooperacional, los exhortos pueden contener dos tipos de datos: los relacionados con la *finalidad pretendida* (escuchar un testigo, hacer una notificación, etc.) y los *datos accesorios* para lograr ese fin (domicilio exacto de los testigos, pedir que se les sancione en caso de que no comparezcan en la primera cita, etc.). En el derecho cooperacional contemporáneo basta que en el exhorto se explique claramente el primer tipo de datos, esto es, el objetivo primordial que se pretende, aun cuando falten los datos secundarios, sin perjuicio de que se agregue la información suficiente que pueda ayudarle al exhortado para localizar a los testigos o documentos requeridos.

En el ámbito internacional se convino en que lo más importante es la finalidad pretendida, de modo que si faltan datos para alcanzar ese objetivo se apela a *las providencias implícitas,* es decir, a los elementos que no fueron explícitos. El hecho de que no se expliciten ciertas providencias no autoriza para que el exhorto se rechace. *El exhortado debe poner de su parte todo aquello que conduzca a la finalidad buscada.* Si en el exhorto faltaron datos secundarios, podrán obviarse; sin embargo, en la práctica, con lo desbordados de trabajo que se encuentran nuestros tribunales, obtener los datos faltantes puede convertirse en un episodio muy demorado o que no se obtenga la información por los medios al alcance del juez.

Ejemplos

a) Un juez extranjero exhorta a uno mexicano para que reciba la declaración de un testigo, pero olvida informar del domicilio de éste o proporciona uno incorrecto. Lo que el exhortante desea aquí es escuchar al testigo (finalidad perseguida con el

exhorto), para lo cual es necesario que el exhortado practique ciertos actos que no fueron explicitados en el exhorto, con la demora correspondiente en su tramitación. Por ello el requerido debe realizar lo conducente para localizar al testigo o notificarlo en el domicilio correcto.

b) Un juez extranjero solicita que se cite a una persona ante el exhortado para que, luego de que éste le muestre algunos documentos firmados, aquélla indique si reconoce o no esa firma como propia. Sin embargo, el exhortante no anotó en su exhorto que si la persona no acude a la primera cita el exhortado debe aplicar los medios de apremio correspondientes. En este caso el exhortado considerará el recurso del apremio como medio implícito en el exhorto.

Respecto de las providencias implícitas, puede confirmarse la aseveración que hicimos en el sentido de que el juez exhortado obra por competencia propia y no delegada; en el segundo caso se le hubieran tenido que delegar en forma explícita las funciones para cumplir la finalidad inherente al exhorto. Sin embargo, aunque no se expliciten, la ley que rige al exhortado le permite (conforme a las providencias implícitas) realizar los actos necesarios para conseguir el fin que persigue el exhorto, apelar al principio *favor cooperationis,* que en este caso trata de darle respuesta al exhortante, aceptando dictar medidas que, si están dentro de los límites que fija al exhortado su ley procesal, las cumplirá.

Formalidades adicionales al acto solicitado

También es posible que el exhortado cumpla ciertas formalidades adicionales a las establecidas en su propia ley.

Supongamos que un juez mexicano pide a uno extranjero que proceda a hacer la notificación de una demanda y emplace al demandado. Si la actuación es aceptada por el juez extranjero, dicha notificación se hará normalmente conforme a lo establecido en su ley nacional. Es posible que éste se dirija al domicilio del demandado y deje en su buzón la copia de la demanda, forma de notificación prevista conforme a la ley procesal del juez exhortado. Esta forma de notificación podrá ser considerada válida por el juez mexicano.

No obstante, si el juez mexicano no considera conveniente que sólo se deje en el buzón, podrá pedir que en la diligencia de notificación se adicionen otros datos a fin de que los actos correspondientes sean similares o iguales a los establecidos en la ley mexicana. De esta manera, el exhortante puede pedirle a su contraparte que en el momento de hacer la notificación levante un acta en la que asiente el día y la hora del aviso, la edad del notificado, cómo recibió la comunicación, el domicilio exacto donde actúa, constancia de lo que entregó, etc. La realización de estos actos se entiende como una *forma adicional* a la establecida en la ley del exhortado y quedará a decisión de éste cumplir o no con las formalidades adicionales.

Si fuera el caso de que el exhortado acepta cumplir con la petición del exhortante, la fórmula podría ser la siguiente: el exhortado sólo cuenta con la formalidad de que un policía se cerciore de que la persona a quien se está notificando vive ahí efectivamente y sólo se le deja la notificación con quien responda. No es una notificación que cumple con los requisitos formales de la ley interna mexicana, conforme a la cual debe dejarse un aviso, si se trata de la notificación de una demanda para el siguiente día, y si no se encuentra entonces se le notificará por instructivo, entregando las copias respectivas al hacer la notificación (art. 310, *CFPC*). Dicho en otras palabras, la petición por el exhortante de que se cumplan formalidades adicionales puede ser limitada por las facultades con las que cuenta el exhortado, de acuerdo con su ley procesal, el exhortado y de los recursos materiales de que dispone este juez para cumplimentar las formalidades adicionales.

Las *formas adicionales* suponen que ante el exhortado se cuenta con otros recursos para la práctica de la diligencia (por ejemplo, hacer la notificación), pero el exhortante desea que la actuación se efectúe con *formas adicionales a las previstas en la legislación del exhortado.* Ésta es una realidad en el DIPr contemporáneo. El derecho convencional internacional (arts. 10 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y 6o. del Protocolo a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias), así como el derecho interno (arts. 555, *CFPC*; 1074, *CCom,* y 604, *CPCDF*), establecen que cuando el órgano exhortante lo solicite, podrá accederse a la observancia de formalidades adicionales en la práctica de la diligencia, salvo que éstas sean incompatibles con la legislación del Estado requerido o de imposible cumplimiento.

Ejemplo

Conviene citar el ejemplo que expuso Ricardo Abarca:

> Si un juez latinoamericano pidiera a uno estadounidense que se emplace a juicio al demandado que reside en territorio del segundo, entregando cédula de notificación y copias de traslado de la demanda y de los documentos que la fundan, al propio demandado o, en su defecto y después de haberlo citado, a la persona que se encuentra en su domicilio; asentando razón de cómo se cercioró de que en el lugar indicado vivía dicho demandado, el juez norteamericano encuentra en la Convención fundamento para hacerlo y mandarlo así, aunque el procedimiento resulte excesivamente formal para él. En igual forma, el actuario latinoamericano se vería en la necesidad de entregar en mano del demandado el *summons* y las copias de la demanda. Si un juez de British Columbia, Canadá, lo solicitara, tendría que adjuntar fotografía de la persona a quien emplazara a juicio, siempre que se le aportaran medios para ello.[19]

19 Ricardo Abarca Landero, "Convenciones interamericanas en materia procesal, Panamá, 1975", en *Revista de Investigaciones Jurídicas,* año 8, núm. 8, Escuela Libre de Derecho, México, 1984, p. 652.

Obviamente, en el caso del notificador latinoamericano, seguidor del derecho romanista, cumpliría con lo que el juez extranjero le pide, incluso con otros datos y requisitos adicionales.

Formas no correspondientes

Las posibilidades de correspondencia o similitud de las reglas nos llevan a tres probables hipótesis:

1. Que el acto que será llevado a la práctica por el exhortado cuente con una regulación exactamente igual a la existente ante el exhortante (formas iguales).
2. Que el acto que efectuará el exhortado no esté sujeto a una regulación con formas semejantes o parecidas a las planteadas ante el exhortante (formas inexistentes).
3. Que el acto previsto no se encuentre regulado de la misma manera que ante el exhortante (formas distintas o no correspondientes).

Respecto de la primera hipótesis, sería difícil encontrar que dos Estados tengan exactamente las mismas formas para realizar una actuación. Si para hacer un exhorto se exigiera como condición que las leyes de los países fueran iguales, la cooperación internacional sería imposible.

En el caso de la segunda hipótesis, esto es, que las formas previstas ante el exhortado sean inexistentes, ello aparentemente haría difícil la cooperación. No obstante, sería factible la práctica de la diligencia si las formas solicitadas no ofenden el orden público del exhortado o si se trata de una institución desconocida o incompatible.

Veamos la tercera hipótesis. En la actualidad los Estados están conscientes de que existen divergencias en sus regulaciones, de ahí que se acepten las formas adicionales referidas. Sin embargo, hay casos en que no bastan las formas reguladas ante el exhortado, ni que se adicionen a las existentes; lo que se requiere es que se cambien o *sustituyan*. Esto quiere decir que las formas varían de un foro a otro y, por tanto, no se corresponden. En el plano convencional e interno los Estados aceptan mecanismos cooperacionales que permiten otorgar el auxilio.

De aceptarse plenamente estos mecanismos, la fórmula sería: tú, exhortado, no tienes previstas notificaciones mediante instructivo; te explico de qué se trata y te pido que en su lugar la notificación la hagas siguiendo este procedimiento (el cual se detalla). El exhortado puede aceptar y llevar a cabo la diligencia de notificación como se lo solicitan.

Así, el *CFPC* (art. 555) admite la posibilidad de otorgar cooperación aun cuando las formas del foro y las extranjeras *sean distintas*.[20] De igual manera, en el derecho convencional internacional encontramos esa posibilidad (arts. 10 de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias y 6o. del Protocolo a

20 La Exposición de Motivos que precedió a la reforma fue explícita en estas particularidades.

Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias). En este sentido, es factible que el exhortado proporcione su colaboración con base en formas no correspondientes.

Ejemplos

a) Un juez mexicano desea que un testigo sea escuchado en Nueva York. Conforme a la ley de ese lugar, los testigos deben ser interrogados con preguntas abiertas, sin una estructura tan compleja como en el caso de las preguntas que suelen hacerse en México. En este caso, el juez mexicano puede pedirle al de Nueva York que tome declaración a la persona requerida con base en las posiciones formales que se estilan en México ("diga *si* es cierto como lo es...", "diga si sabe y le consta..."). De esta manera, la persona que declara sólo podrá decir "sí" o "no" como respuesta y después añadir lo que desee si está relacionado con la respuesta.

b) Un juez de Nevada, Estados Unidos de América, requiere escuchar a un testigo que se encuentra en México. El juez de allá podrá pedirle al mexicano que se practique el interrogatorio en forma libre, diferente de las formas que se acostumbran en México y similar a las que se emplean en Nevada.

Otros ejemplos de procedimientos que no corresponden con la ley mexicana son el *cross examination*, es decir, un interrogatorio que lleva a cabo en forma directa el abogado o representante de la parte que esté interrogando; grabar la declaración en cinta magnética o de forma estenográfica, filmar la diligencia, etc. Se trata de casos que ya han sido reportados en Argentina.[21] También en México se han llevado a cabo en varias ocasiones, por ejemplo, juramentos especiales, documentación en la lengua del declarante, estenografía, preguntas directas, etcétera.[22]

Como se advierte, cuando se trata de las formas no correspondientes el exhortado podrá sustituir las que prevé su propio derecho por las que el exhortante solicita. Esto es factible, pues así el acto que se practique se realizará con formas propias o conducentes a la resolución del litigio que se encuentra ante el exhortante, siempre respetando el equilibrio procesal entre las partes y el derecho de audiencia.

Como hemos visto en México, la posibilidad de sacrificar el derecho propio por el del exhortado es posible en la medida en que no se afecte el orden público o las garantías establecidas en la *Constitución* (art. 555, fracc. I, *CFPC*).

21 Charles Platto, "United States", en *Obtaining Evidence in Another Jurisdiction in Business Disputes*, Graham and Trotman, Londres, 1988, p. 116, nota. Juzgado Nacional de Primera Instancia de lo Comercial, núm. 3, Secretaría núm 6, referente a la menor Rosane Rita Settor.

22 En materia de arbitraje comercial internacional, cuando la sede se encuentra en México, la forma del *cross examination* para el interrogatorio de testigos es frecuente sin que se haya impugnado este proceder por no corresponder a las reglas locales correspondientes.

19.7. Entrega de resultados

El exhortado debe informar los resultados o consecuencias del exhorto recibido, cualesquiera que éstos sean. Debe informar si rechazó la diligencia que fue solicitada o bien lo que resultó de su ejecución. Siempre será recomendable dar las razones de uno u otro caso, aunque no es un requisito indispensable.

Cabe decir que el juez mexicano exhortado, además de tramitar el exhorto por duplicado, debe conservar un ejemplar como constancia de lo enviado, recibido y actuado (art. 556, *CFPC*).

Uno de los problemas a los que se enfrentaron los países signantes de la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas consistió en saber qué medios deberían emplearse para la devolución de los resultados. A este respecto, la respuesta fue similar en cuanto a los medios utilizados para recibirlos. Esto es, se optó por establecer que los medios podrían ser los de un particular (caso en el cual se requiere que los actos se legalicen) o mediante alguna autoridad (situación en la que es innecesaria la legalización).

El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (art. 4o.) establece que el exhortado dejará constancia de su cumplimiento del modo previsto en su ley interna. Es decir, establece una norma de conflicto. Además, señala que el exhortado remitirá a su autoridad central los documentos pertinentes. La autoridad central del Estado parte requerido certificará el cumplimiento del exhorto o carta rogatoria a la autoridad central del Estado parte requirente, según el formulario que se incluye en el propio Protocolo y para lo cual no se necesita legalización. Asimismo, la autoridad central del país donde se encuentre el juez exhortado enviará la documentación correspondiente a la autoridad central del juez exhortante para que ésta la remita, junto con el exhorto o carta rogatoria, al órgano no jurisdiccional que lo haya enviado.

Reconocimiento de documentos, poderes y sentencias extranjeras 20

20.1. Introducción

En este capítulo abordaremos el reconocimiento de documentos expedidos en el extranjero, así como de poderes y sentencias extranjeras; esto es, tanto su reconocimiento formal como material o de fondo. Por ejemplo, las legalizaciones y los apostillamientos corresponden al aspecto formal. A su vez, el reconocimiento de un poder o de una sentencia no sólo implica reconocer su formalidad, sino su contenido y las facultades de quien expidió el documento.

20.2. Reconocimiento de documentos extranjeros

En principio, es necesario diferenciar dos conceptos que utilizaremos en adelante: el reconocimiento de la validez y el reconocimiento de los efectos de una resolución o de un documento oficial expedido en otro país.

En el manejo de documentos de tráfico jurídico interno, validez y efectos normalmente coinciden, pero cuando se trata de problemas de tráfico jurídico internacional las respuestas pueden ser diferentes. Por ejemplo, es posible que un documento, un poder o una sentencia sean válidos y produzcan efectos en un país, pero que carezcan de efectos legales en otro, ya sea porque no sean reconocibles o porque, si lo son, no resulten ejecutables.

En algunas convenciones internacionales se dice que se niega *eficacia extraterritorial* a un acto extranjero. En este sentido, la expresión *eficacia* suele significar reconocimiento de efectos.

La teoría general del derecho, a partir de Kelsen, ha significado la eficacia de un acto como cumplimiento de la norma y no exactamente como producción de efectos, como por lo general la conceptúan los internacionalistas. El sentido que damos a la eficacia está referido al reconocimiento de los efectos jurídicos de un acto. Pero, como sabemos, no basta la validez del acto; es necesario que sea susceptible de

producir efectos; es decir, que tenga posibilidades de realización, de cumplimiento, de obediencia. Cuando un acto cumple todos los requisitos, suele ser válido y reconocido en el lugar donde se cumplieron dichos requisitos.[1]

Pascual Fiore prefería denominar *eficacia extraterritorial* a ese reconocimiento e incluso así se le cataloga en varios tratados internacionales. Algunos iusprivatistas suelen asociar el reconocimiento de efectos extraterritoriales con la eficacia extraterritorial; aunque se trata de aspectos diferentes, son dos caras de una misma moneda. En última instancia se trata de constatar que los efectos del acto creado y reconocido por un ordenamiento sean reconocidos por un sistema jurídico distinto. Cuando más adelante nos refiramos a la *eficacia extraterritorial* lo haremos exclusivamente en términos estipulativos, como sinónimo de *reconocimiento de efectos extraterritoriales* con el fin de aclarar ciertas ideas y, sobre todo, para abreviar los conceptos que vamos a distinguir.

Una vez entendido que la validez y el reconocimiento de los actos jurídicos son dos aspectos diferentes, expondremos el relacionado con los efectos, con algunas precisiones.

Puede ocurrir que los efectos de un acto válido jurídicamente en el lugar de su creación no sean reconocidos en otro lugar; pero cuando lo son, puede afirmarse que ese acto produce efectos *extraterritoriales*.

Para que un acto sea jurídicamente válido "es indispensable que haya una voluntad libre, una intención cierta, y que voluntad e intención encuentren su realización de acuerdo con el supuesto que la ley establece".[2]

Puede suceder que un acto fue creado válidamente en su lugar de origen, y que, sin embargo, en otro foro sólo se reconozca una parte de sus efectos. Esto podría parecer contradictorio, pero no lo es, y es que hoy en día se prefiere reconocer, por ejemplo, una parte de la sentencia, es decir, la que resulta compatible con el derecho del foro, en lugar de rechazar toda la sentencia en bloque debido a ciertas disposiciones de ésta que no puedan ser reconocidas. Se trata, en nuestra opinión, de un proceder justo.

Un acto nace válido y lo será siempre mientras no se demuestre lo contrario. Sin embargo, puede decirse que un acto es válido en el lugar de su creación y que aunque ahí produzca efectos jurídicos, éstos no sean reconocidos en otro lugar, resultando en un acto de cumplimiento imposible.

1 Desde un enfoque puramente doctrinario no es posible darle eficacia extraterritorial a cualquier acto. Cuando los iusprivatistas aluden a eficacia extraterritorial, a lo que realmente están refiriéndose es al reconocimiento extraterritorial de un acto. En su sentido real, la eficacia se relaciona con el derecho eficaz que, como explica Tamayo y Salmorán, es "efectivamente seguido y aplicado". Rolando Tamayo y Salmorán, *Elementos para una teoría general del derecho. (Introducción al estudio de la ciencia jurídica)*, Themis, México, 1996, pp. 138; Leticia Bonifaz Alfonzo, *El problema de la eficacia en el derecho*, Porrúa, México, 1993.

2 Leonel Pereznieto Castro, *Introducción al estudio del derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2006, p. 111.

Ejemplos

a) El segundo matrimonio de un iraní, sin que se haya disuelto el previo, resulta válido en Irán; no obstante, dicho matrimonio carecerá del reconocimiento de efectos en México, ya que aquí únicamente se reconoce el matrimonio monogámico.

b) Una persona de origen musulmán se encuentra en México con dos de sus cónyuges y sus respectivos hijos. Abandona a una de las mujeres con sus hijos, y ésta reclama alimentos ante el juez mexicano. El juez podrá reconocer la validez jurídica de los efectos del matrimonio aunque sea polígamo, pero únicamente para los efectos de la consecución de los alimentos, que es un acto de justicia con la cónyuge y los hijos abandonados. En este ejemplo, el juez mexicano está reconociendo efectos parciales al matrimonio.

c) Una persona obtiene una sentencia en contra de un individuo domiciliado en México y una vez que a ésta se le reconocen efectos se encuentra con que la persona en contra de quien obtuvo la sentencia ya falleció y no dejó ningún bien sobre el cual ejecutar el fallo. En este caso tenemos un acto jurídico válido conforme al país en donde se dictó la sentencia, de efectos que son reconocidos en el país donde se pretende ejecutar aquélla, aunque es ineficaz debido a que, por las circunstancias descritas, no se puede cumplir.

En suma, aunque un acto sea válido en el lugar de su creación, se espera que sus efectos sean reconocibles en otro foro, lo que no siempre ocurre. Por otro lado, los efectos de un acto válidamente estipulado en un lugar pueden ser reconocidos parcialmente en otro.

Por otra parte, cabe distinguir la nulidad de un acto y el no reconocimiento de efectos del mismo. En efecto, es posible que un poder, un contrato o una sentencia extranjera carezcan de *efectos en el foro*, pero ello no significa que sean nulos. Esto es, respecto de un matrimonio, una adopción, un divorcio o el acta constitutiva de una persona moral, entre otros actos, podrá decirse que carecen de efectos en el foro, pero no que sean nulos. Simplemente se les niegan efectos extraterritoriales.

Un acto que es jurídicamente válido en su país de origen, técnicamente *no puede ser declarado nulo en otro país* según la ley de este último. Si no se le quiere reconocer, sólo se declarará que *no se le reconocen efectos* y, por tanto, se le negarán sus efectos extraterritoriales. Para que un acto sea nulo tiene que ser inválido; pero, como hemos visto, el acto que es válido puede que no sea reconocido en cuanto a sus efectos, lo que es diferente de la nulidad.

La nulidad sólo se resuelve con base en la *ley que creó el acto y, por tanto, le dio validez;* en cambio, el reconocimiento de efectos extraterritoriales de un acto lo regula una ley u ordenamiento diferente al que rige su validez.

20.3. Documentos extranjeros

En este apartado examinaremos *algunos elementos que rigen el reconocimiento de los documentos expedidos en el extranjero,* así como los pasos que deben realizarse para *legalizar o apostillar documentos en México* a fin de que se les reconozcan efectos en el exterior.

Todo documento contiene una información a la que se presupone validez. Un acta de nacimiento, por ejemplo, contiene datos como el nombre de una persona, la identidad de los padres, el lugar y la fecha de nacimiento, etc. Esta información es lo fundamental del documento. Sin embargo, esos datos se encuentran vaciados en un simple papel, que para ser aceptado y creído necesita contar con otros elementos como sellos, firmas, timbres, etc., los cuales constituyen el *aspecto formal.*

El reconocimiento del aspecto formal del documento es el primer paso para que en otro lugar se reconozca su *fondo* o *contenido.* Las legalizaciones y apostillamientos atienden principalmente al aspecto formal. Reconocer el contenido del documento implica que lo ahí asentado podrá producir efectos en el lugar donde se presente.

La legalización, por ejemplo, es el acto mediante el cual se reconoce la firma y la calidad de quien firmó el documento, pero no necesariamente la validez de los datos contenidos en el mismo. Incluso, esta idea es adoptada por el *Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano* (art. 70).

Ejemplo

Supongamos que existe un contrato extranjero por una deuda derivada de un juego de azar. Mediante la legalización, la autoridad mexicana no podrá desconocer ese contrato, que tal vez sea válido en el lugar de celebración en virtud de que reúne ciertas formalidades. No obstante, sus efectos jurídicos se denegarán en México, ya que el contenido del contrato es contrario al orden público mexicano.

Hay distintas maneras de reconocer el aspecto formal de un documento proveniente del extranjero, entre ellas las siguientes: no se necesita un trámite judicial especial para reconocerlo, ya que sólo se requiere legalización o apostillamiento.

La regla general establece que para que un documento sea reconocido en otro foro debe legalizarse. Además, existen reglas específicas que declaran innecesaria esa legalización o la simplifican mediante el apostillamiento. Más adelante explicaremos las tres opciones que acabamos de mencionar.

Por lo pronto, no debemos perder de vista que de acuerdo con el CCFed, "la forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebran..." (art. 13, fracc. IV). Es decir, las formalidades que establezca la ley extranjera deberán ser reconocidas en México; o sea, la forma de un acto concluido en el extranjero y conforme a la ley extranjera debe ser reconocido en México. Una disposición similar suele reiterarse en los ordenamientos de cada entidad federativa.

a) Legalización innecesaria

En la actualidad existe la tendencia a simplificar procedimientos otrora largos y tortuosos que provocaban retrasos en el reconocimiento de documentos. Con ello se busca evitar, hasta donde sea posible, el requisito de legalización, pues ésta implica la realización de pasos que podrían ser gravosos. Las disposiciones que evitan las legalizaciones pueden encontrarse en el derecho convencional internacional, así como en el derecho interno. De acuerdo con el primero, no requieren legalizarse los documentos que provienen de España, según lo establece la Convención sobre Legalización de Firmas México-España (*DO*, 9 de enero de 1902), o los procedentes de Brasil, según la convención celebrada entre México y Brasil (*DO*, 10 de julio de 1972).

Tratados más recientes suprimen también la legalización, por ejemplo de los exhortos, como vimos en el caso de los exhortos transmitidos por medios oficiales o mediante la autoridad central.

En el ámbito interno existen varias disposiciones que eximen de legalización a los documentos o exhortos que se presentan en México. Por ejemplo, ese requisito no es necesario cuando los documentos se transmiten por la vía diplomática u oficial, según se constata en las disposiciones que transcribimos en seguida.

Artículo 546 (*CFPC*). 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 legalización.

Artículo 552 (*CFPC*). Los exhortos provenientes del extranjero que sean transmitidos por conductos oficiales no requerirán legalización, y los que se remitan al extranjero sólo necesitarán de la legalización exigida por las leyes del país en donde se deban diligenciar.

Artículo 282 (*CFPP*). Para que se reputen auténticos los documentos públicos procedentes del extranjero, deberán ser legalizados por el representante autorizado para atender los asuntos de la República, en el lugar donde sean expedidos.

La legalización de las firmas del representante se hará por el funcionario autorizado de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

No será necesaria la legalización de firmas cuando los documentos sean presentados por la vía diplomática.

Artículo 1074 (*CCom*). Los exhortos que se remitan al extranjero o que se reciban de él, salvo lo dispuesto por los tratados o convenciones de los que México sea parte, se sujetarán a las siguientes disposiciones: [...] IV. Los exhortos provenientes del extranjero que sean transmitidos por conductos oficiales no requerirán legalización, y los que se remitan al extranjero sólo necesitarán de la legalización exigida por las leyes del país en donde se deban diligenciar.

Artículo 1249 (*CCom*). Los documentos que fueren transmitidos internacionalmente, por conducto oficial, para surtir efectos legales, no requerirán de legalización.

Artículo 69 (*Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano*). Las legalizaciones efectuadas por las oficinas consulares surtirán sus efectos en la República

Mexicana sin necesidad de que las firmas de dichos funcionarios requieran a su vez ser legalizadas por la Secretaría.

b) Legalización necesaria

La legalización de un documento consiste en *verificar y certificar su autenticidad* mediante un sello o una firma, así como la *capacidad del funcionario para expedirlos*. Dependiendo de las personas que realicen la legalización, ésta se clasifica en *diplomática* o *consular*.

Un documento es auténtico cuando es "genuino y no falso". La "autenticación acredita la calidad de auténtico. Es decir, certifica que cierta cosa o documento es auténtico, que tiene la calidad de legítimo".[3] Esta certificación, que se plasma en la legalización o el apostillamiento, *permite asegurar que un documento es genuino*. La legalización o el apostillamiento no aseguran la veracidad de lo que el documento contiene (validez material); sólo hace constar la originalidad de la firma o el sello que calza al documento (la validez formal; art. 70 del *Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano*).

El sello, la firma o el troquelado tienden normalmente a asegurar la validez del documento donde se asienta el acto. Éste puede contener una sentencia, un acta de nacimiento, el acta constitutiva de una persona moral, etc. Por lo general ese documento está sellado y firmado por algún funcionario en activo. Se dice así que un documento firmado o sellado *es válido en el lugar donde se expide*.

Salvo lo establecido en tratados o convenios internacionales, el derecho interno del *lugar en donde se pretende que un documento sea reconocido* es el que indica si es necesaria o no la legalización. Por esta razón el *derecho interno mexicano establece reglas específicas para llevar a cabo la legalización de documentos extranjeros* que deban producir efectos en México. Al respecto, el CFPC dispone que los documentos extranjeros deben ser legalizados "conforme a las leyes aplicables" (art. 576).

En dicha disposición se establecen dos aspectos: que el documento esté legalizado y que la legalización se haga conforme a la ley aplicable. Este precepto va de acuerdo con una norma de conflicto que indica que para reconocer la *forma* de un acto jurídico es necesario recurrir al ordenamiento del *lugar donde el documento fue expedido*. Esta norma implica, además, la determinación del derecho aplicable al reconocimiento de las formalidades que dan autenticidad al documento.

Las formalidades que reviste un documento varían. Puede exigirse un tipo específico de papel, un timbre, un sello, un troquel, etc. Comúnmente se establece una forma determinada por el derecho de un país, con el fin de certificar como válido lo que el documento contiene.

3 Jorge Alberto Silva, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, *op. cit.*

En México, un documento generalmente es autenticado o reconocido mediante la firma de un funcionario. La copia certificada de un acta de nacimiento incluye la firma de un funcionario del Registro Civil, que hace constar que ésa es una copia auténtica del acta original. En otros países basta que el documento posea *un sello, un timbre* o *un troquel específicos*, esto es, otras formas de autenticación. Así, un documento extranjero presentado en México será reconocido atendiendo a las *formas establecidas en la ley del lugar en que se expidió tal documento*.

Ejemplo

En cierto país, las copias certificadas de un acta de nacimiento se autentican mediante un troquelado específico impuesto sobre la copia de ese documento, y esta forma de autenticar un documento en el país de origen será reconocida en México, sin necesidad de exigir que esté firmado.

La Secretaría de Relaciones Exteriores es el órgano facultado para "legalizar las firmas de los documentos que deban producir efectos en el extranjero y de los documentos extranjeros que deban producirlos en la República" (art. 28, fracc. X, de la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*). Dicha facultad la ejerce por medio de sus oficinas consulares.

El *Reglamento de la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano* es el que se encarga de explicar la mecánica por seguir para la legalización.

> **Artículo 69.** Los funcionarios consulares podrán legalizar firmas en documentos públicos extranjeros expedidos por autoridades residentes en sus circunscripciones consulares, o en documentos que hubieren sido certificados por fedatarios de su circunscripción.

La legalización consiste en certificar que las firmas, los sellos o ambos, que consten en un documento expedido en el extranjero, sean los mismos que use en sus actuaciones el funcionario que los haya autorizado, y que dicho funcionario desempeñaba el cargo con el que se ostentó al firmar el documento de que se trate. Al efecto, las oficinas consulares mantendrán un registro de las firmas y los sellos que usen los funcionarios que actúen en su circunscripción.

Las legalizaciones sólo se harán cuando se trate de documentos originales o de copias certificadas expedidas por funcionarios o fedatarios autorizados legalmente, y se expedirán en la forma especial que proporcione la Secretaría, la cual se adherirá al documento respectivo. En ambos se imprimirá la firma del funcionario y el sello de la oficina que legalice. Las legalizaciones efectuadas por las oficinas consulares producirán sus efectos en la República Mexicana sin necesidad de que las firmas de dichos funcionarios requieran, a su vez, ser legalizadas por la Secretaría.

c) Legalización de documentos provenientes de autoridades mexicanas

Explicaremos ahora lo relacionado con los documentos provenientes de autoridades mexicanas y cuyos efectos se necesita que se reconozcan fuera del país. En este caso, será el *derecho del Estado extranjero donde se pretende que produzca efectos el documento* el que determinará las condiciones y requisitos que deban cumplirse.

No obstante, aunque la ley extranjera es la que regula los efectos en el extranjero, la ley mexicana establece diversos mecanismos a fin de legalizar documentos nacionales. Sin duda, estos actos auxilian a la autoridad extranjera para que otorgue reconocimiento a los documentos expedidos en México. Primero, garantiza el reconocimiento de la validez que internamente tiene el documento, y segundo, se procura que en el extranjero se le reconozcan efectos extraterritoriales. Nadie mejor que México está interesado en que los documentos nacionales sean reconocidos en el extranjero y que ahí también produzcan efectos. En este sentido, nuestro país está preocupado por la circulación internacional de los documentos mexicanos.

Conforme al derecho mexicano, debemos distinguir cuatro pasos para que un documento expedido en México se considere legalizado y, por tanto, pueda transmitirse al extranjero para que su reconocimiento produzca efectos extraterritoriales. En esto coinciden las leyes de las diversas entidades federativas; en ocasiones sólo difieren en los nombres de las autoridades ante quienes pretende llevarse a cabo el trámite de la legalización. Los cuatro pasos a los que nos referimos son los siguientes:

a) Si el documento que pretende legalizarse fue expedido por una autoridad del Distrito Federal o por un notario público de este territorio, su firma deberá ser reconocida o certificada ante la Dirección de Asuntos Jurídicos y Notariales de la Dirección General Jurídica y de Estudios Legislativos del Distrito Federal. Se trata de una dependencia gubernamental que, con un nombre tan largo, suele sin embargo cambiar de denominación. Esta oficina es equivalente a la que existe en los estados de la República con el nombre de Oficina Jurídica de la Secretaría de Gobierno, o bien, la del propio secretario de Gobierno.

b) Luego sigue el paso, en el ámbito federal, en el que la Dirección General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación (o sus delegaciones en el interior del país) certifica la firma del funcionario público local del paso anterior (art. 27, fracc. X, de la *Ley Orgánica de la Administración Pública Federal).*

c) El tercer paso se lleva a cabo ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, que autentica la firma del funcionario público anterior (art. 28, fracc. X, *LOAPF),* sea funcionario local o federal.

d) Finalmente, el cuarto paso consiste en la certificación, ante el consulado del país de destino del documento, de la firma del funcionario de la Secretaría de Relaciones Exteriores, último en la cadena de certificaciones mexicanas. Este paso suele obviarse en ocasiones, dependiendo del país de destino del documento.

Como hemos señalado, el sistema de certificaciones de un documento mexicano con destino al extranjero tiene por objeto que se le reconozcan plenos efectos. Sin embargo, existe un procedimiento más actualizado y más simple que es el del apostillamiento de documentos al que nos referimos a continuación.

d) Apostillamiento de documentos

Ya dijimos que la legalización de documentos suele representar demasiados trámites burocráticos; por ello se intenta aligerar el mecanismo de reconocimiento mediante un trámite sencillo, consistente en que una sola persona certifique el documento, sin que sea necesario correr por una cadena de certificaciones. Conforme al nuevo método, sólo se adjunta al documento una certificación específica que en francés recibe el nombre de *apostille* y que en castellano se conoce como *apostilla.*[4]

Para México, este mecanismo de reconocimiento sólo se encuentra en el derecho convencional internacional y no en el interno. El tratado que lo establece, ratificado por México, es la Convención de La Haya de 1961, por la que se Suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros. De esta forma, sólo se reconocerán los documentos apostillados en los países que forman parte de este tratado.

Cabe señalar que los Estados suscribientes de la Convención de La Haya han ido en aumento. El convenio es prácticamente universal, debido al gran número de países suscriptores. La mayor parte de las naciones europeas y americanas son miembros del tratado, incluidos dos que geográficamente limitan con México, como Estados Unidos de América y Belice.

Mediante la simplificación de trámites para el reconocimiento de documentos extranjeros hemos pasado de la exagerada desconfianza que había en otros tiempos a una *confianza controlada.* A esto ha contribuido la rapidez de las comunicaciones, pues gracias a ello en la actualidad los funcionarios pueden constatar con mayor facilidad si un documento es falso o no lo es. La Convención se aplica a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado parte y que deban presentarse en el territorio de otro país miembro.

Dentro del concepto *documentos públicos* la Convención enumera los siguientes:

- Los de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluidos los provenientes del Ministerio Público, o de un notario, oficial o agente judicial.
- Los administrativos.
- Los notariales.

[4] En realidad se trata de un galicismo porque el significado de la palabra en nuestro idioma se refiere a un caso relativamente distinto: *apostillar* es interpretar, aclarar o completar un texto, pero no dar cuenta de su autenticidad, como es el objetivo que se persigue con esta declaración. Según el *Diccionario de la Real Academia* significa "acotación que comenta, interpreta o completa un texto", mientras que la significación atribuida en la Convención de La Haya es la de certificar.

- Las certificaciones oficiales puestas sobre documentos privados, como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas.

Sin embargo, la Convención no se aplica a los documentos siguientes:

- Los expedidos por agentes diplomáticos o consulares.
- Los administrativos que se refieran a una operación mercantil o aduanera.

La certificación a la que se refiere la apostilla hace constar cuando menos dos aspectos:

- Que la firma, sello o timbre puesto sobre un documento es auténtico.
- Que el firmante ostenta u ostentaba el cargo que se menciona en el documento.

Respecto de los sujetos autorizados para apostillar, esto varía dependiendo del país de donde proceda el documento. En México podrá hacerlo la Secretaría de Relaciones Exteriores o la Dirección General de Gobierno de cada entidad federativa, y en el D.F. la Dirección General de Gobierno de la Secretaría de Gobernación. En Estados Unidos de América es suficiente con que el documento lo certifique un notario público y que la firma de éste sea avalada por la Secretaría de Estado de la entidad estadounidense donde el documento se emitió. Es precisamente esta oficina, que equivale a las secretarías de Gobierno en los estados mexicanos, la que otorga la apostilla.

20.4. Poderes otorgados en el extranjero

Mediante un poder el poderdante faculta al apoderado para que lo represente y actúe en su nombre. Es el instrumento unilateral conforme al cual se faculta al apoderado para la realización de los *actos expresados.* De acuerdo con la ley interna mexicana, el poder puede otorgarse en escritura pública, privada (con ratificación de firmas) o en una simple carta poder (sin ratificación de firmas); también puede otorgarse ante notario o autoridades judiciales, así como ante un cónsul en funciones notariales.[5] No se le debe confundir con el mandato, que es un contrato en el que el mandatario se obliga a actuar en nombre del mandante.

Los poderes expedidos en el extranjero se encuentran regidos tanto por el derecho interno como por el convencional internacional. En las relaciones de tráfico

5 Convención México-Estados Unidos de América, art. VII, 1, d. Igualmente la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, art. 50, F

jurídico internacional el poder suele expedirse ante un fedatario del país del otorgamiento, o ante el cónsul del país donde el poder se va a ejercer.

El poder expedido ante las autoridades del Estado de otorgamiento normalmente se regula por las leyes de ese país; en cambio, el expedido ante un cónsul se rige por la ley del país que éste representa. Obviamente, el poder que plantea mayores problemas es el primero, ya que al ser diferentes los ordenamientos jurídicos (el del otorgamiento y el de ejercicio), la posibilidad de conflictos es mayor que en el caso del poder consular.

Como establece la Convención Interamericana sobre Poderes, en el ámbito internacional actúan el derecho del *país de otorgamiento,* así como el del *Estado de ejercicio.*

En el ámbito internacional México es parte de dos convenciones que reglamentan la *expedición y el reconocimiento de poderes,* que a continuación enumeramos:

- Protocolo sobre Uniformidad del Régimen legal de los Poderes, firmado en Washington el 17 de febrero de 1940 y que entró en vigor en México el 3 de diciembre de 1953 (Protocolo de Washington).
- Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero, firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 y que entró en vigor para México el 19 de agosto de 1987 (la Convención Interamericana).

Existen algunas otras convenciones consulares de las que México es parte y que también contienen disposiciones, aunque en menor medida, sobre el otorgamiento de poderes.

Las primeras dos convenciones que mencionamos se centran principalmente en los poderes expedidos con base en la *ley del lugar del otorgamiento,* siguiendo el principio *locus regit actum,* mientras que en los convenios consulares el poder consular se regula conforme a la *ley del país de origen del cónsul.*

Con el objeto de explicar diversas reglas sobre los poderes otorgados en el extranjero y que han de ejercerse en México, nos referiremos a continuación a lo establecido en los derechos interno y convencional internacional.

a) Derecho interno

Respecto de los países no vinculados a México por algún tratado sobre poderes, éstos se regulan de acuerdo con las normas del Derecho Internacional Privado interno mexicano, disposición que por lo general se encuentra en los códigos civiles y poco en las leyes notariales.

La regla principal se halla en el art. 13, fracc. IV, del *CCFed,* la cual establece que la forma del acto (aspecto formal) se rige por el derecho del *lugar de su otorgamiento,* aunque los efectos de los actos (el aspecto material) se normarán con base en la ley donde tales actos deban ejecutarse. Esto es, la ejecución se hará con apego a la ley

mexicana cuando dicha aplicación tenga efectos en México (art. 13, fracc. V, *CCFed*). En términos similares se conducen los códigos de las entidades federativas.

No obstante, debe diferenciarse la *validez temporal del poder de la ejecución* del mismo: mientras la primera se regula por la ley del lugar de otorgamiento, la segunda se rige por la ley del lugar de ejecución.

Ejemplo

La ley peruana, al igual que la mexicana, permite que el matrimonio se celebre mediante apoderado. Supongamos que un mexicano en Perú otorga un poder para que el apoderado celebre en su nombre un matrimonio en México. Hasta aquí no parece haber problema. No obstante, la ley peruana establece que ese tipo de poder caduca a los seis meses, así que no podrá ejercerse en México después de ese plazo, pues la ley que regula su validez temporal es la peruana, no la mexicana, que carece de plazo para ejercer el poder.

Conforme a la vieja corriente territorialista, aún se mantiene el criterio del *efecto registral*. Esto es, que para que un poder extranjero produzca efectos en México debe protocolizarse. Pero, cabe decir, no es indispensable tal protocolización cuando el poder se expidió ante un cónsul mexicano en el extranjero (art. 140 de la *Ley del Notariado para el D.F.*).

Un caso diferente y muy importante en la actualidad es el de los poderes otorgados por personas morales extranjeras (sociedades), situación que es frecuente. Aquí cabe distinguir dos tipos de poderes: los que van a presentarse ante una oficina de gobierno para realizar un trámite o los que van a utilizarse en un litigio.

Como regla general el poder ha de ser expedido por una persona debidamente capacitada para ello, de acuerdo con el acta constitutiva o los estatutos de la sociedad; por lo general es el presidente del consejo de administración o algún otro funcionario de la compañía a quien la asamblea, por ejemplo, le haya conferido el poder. Por otro lado, es aconsejable que el poder mencione la forma con el mayor detalle posible en relación con las facultades que se otorgan y que éstas se identifiquen con el art. 2554 del *CCFed* o sus correlativos en los códigos civiles de los estados, si es que en éstos habrá de ejecutarse el poder.

Si se trata de un poder que será presentado para realizar un trámite o llevar a cabo un procedimiento ante una oficina de gobierno, puede suceder que ésta establezca los requisitos para el otorgamiento y la forma del poder. Por lo general basta un poder sencillo que el funcionario facultado para ello dentro de la sociedad otorgue ante un fedatario público del lugar en donde la compañía tiene su sede social y, luego, que el poder sea legalizado o apostillado según se trate de un país miembro de la Convención de La Haya. Por supuesto, siempre tendrá que precisarse a quién o a quiénes se otorga el poder y el fin del mismo.

Cuando es un poder para ser presentado en un juicio o proceso, los cuidados deben extremarse, porque es común que entre las defensas que la parte contraria oponga esté la impugnación de dicho poder y, en ocasiones, basta una falla en éste para ganar el juicio. En tales condiciones, lo más importante es revisar la "cadena" que vincula al funcionario de la sociedad que otorga el poder; es decir, asegurarse de que su nexo esté claramente determinado, tanto para arriba como para abajo. Por ejemplo, si es el secretario del consejo de administración quien otorga el poder, respecto de éste deberá quedar claramente indicado cuándo lo nombraron en el cargo y si conforme a los estatutos esa designación es del propio consejo, de la asamblea o de cualquier otro órgano. También debe precisarse cuál es la disposición específica de los estatutos que lo facultan y qué atribuciones le otorgan, qué poderes está autorizado a conceder, qué persona lo nombró con tal carácter y cuándo, y quién o quiénes nombraron, a su vez, a dicho funcionario del consejo o del órgano competente, qué cargo tenían o tienen, cómo fueron nombrados y en qué fecha.

Éste es sólo un ejemplo de la cadena de verificaciones. Siempre serán pocos los cuidados que puedan tenerse. Nunca serán demasiados los esfuerzos por lograr el mayor deslinde corporativo posible. También hay que tener cuidado cuando esta cadena se intente en estructuras corporativas extranjeras con las que no estemos familiarizados.

Como puede observarse, se busca obtener un poder que dé cuenta detallada y precisa de todos los elementos descritos. Aunque parezca exagerado, el mayor cuidado que se preste será poco frente a un adversario que tendrá mucha atingencia en encontrar la falla que le puede significar el triunfo en un juicio.

b) Derecho convencional internacional

Por encima del derecho interno (ley secundaria), como ya vimos, los tratados son *ley suprema* por disposición constitucional (art. 133). En seguida explicamos las notas principales.

El Protocolo de Washington

Con motivo de la Séptima Conferencia Internacional Americana, en la Resolución XLIII se aprobó la designación de un grupo de expertos para que formulara un anteproyecto de unificación de disposiciones estatales sobre simplificación y uniformidad de poderes y personería jurídica de compañías extranjeras. La comisión de expertos redactó un proyecto sobre uniformidad del régimen legal de los poderes, que fue aprobado por los gobiernos de la Unión Panamericana.

El tratado es más conocido como *Protocolo de Washington* que por su título oficial: Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes. Se trata de un instrumento que en general establece disposiciones de *derecho uniforme*. Es uno de los más importantes en la materia, por su gran cobertura en todo el mundo. Entre

los firmantes están Estados Unidos de América, Canadá y varios países de América Latina, incluyendo México.

En el caso de las personas físicas, el funcionario que autorice el acto (notario, registrador, escribano, juez o cualquier otro al que la ley le atribuya facultades al respecto) dará fe (hará constar) de que conoce al otorgante y de que éste tiene capacidad legal para el otorgamiento.

Para los poderes otorgados en nombre de un tercero que haya sido delegado o sustituido por el mandatario, el Protocolo señala que el funcionario que autorice el acto dará fe respecto del representante que hace el otorgamiento del poder, la delegación o la sustitución; asimismo, hará constar que tiene efectivamente la representación en cuyo nombre procede y de que esta representación es legítima, según los documentos auténticos que al efecto se exhiban, los cuales deben mencionarse indicando fechas, origen o procedencia.

Para el caso de poderes otorgados en nombre de una persona moral o jurídica, además de la certificación mencionada se requiere dar fe respecto de dicha persona en cuyo nombre se hace el otorgamiento, datos de su constitución, su sede y existencia legal actual, y que el acto para el cual se otorga el poder esté comprendido entre los que constituyen el objeto o actividad social de la sociedad.

En este instrumento internacional se establece que la fe del funcionario autorizado de uno de los Estados parte "no podrá ser destruida sino mediante prueba en contrario producida por el que objetase su exactitud". En este sentido, no es necesaria la tacha por falsedad del documento "cuando la objeción se fundare únicamente en la errónea apreciación o interpretación jurídica en que hubiere incurrido el funcionario en su certificación". La fuerza legal del poder es, pues, innegable.

Cuando se trata de poderes para ejercer actos de dominio es indispensable definir con precisión el mandato y las facultades otorgadas. En los poderes generales para administrar bienes pueden incluirse facultades para pleitos, cobranzas y la representación ante procedimientos administrativos y judiciales referentes a la administración.

El tratado admite que dentro del mismo poder se acompañe la traducción correspondiente. Un dato de importancia que en México ocasionó problemas de interpretación en otro tiempo tuvo que ver con el hecho de que no es necesario —de acuerdo con el tratado— que el poder se registre o se protocolice; sin embargo, siempre es aconsejable su protocolización cuando el poder vaya a presentarse en un litigio.

Otro dato importante en el tratado consiste en admitir a los gestores *judicial y administrativo,* quienes podrán ejercer la gestión con el requisito de que constituyan una fianza o caución mientras presentan el poder.

Interpretación judicial del Protocolo

La Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió una denuncia presentada por magistrados de Tribunales Colegiados de Circuito sobre una posible contradicción

de tesis, a propósito de la cual diversos tribunales resolvieron, con argumentos contradictorios, sobre la aplicación del tratado que comentamos.[6]

Uno de los tribunales sostuvo que, tratándose de cualquier tipo de poder, debía transcribirse el texto del art. 2554 del *CCDF,* pero otro tribunal lo consideraba innecesario. Una tercera resolución se pronunció sobre ambos criterios y decidió que *no era necesaria esa transcripción.* La decisión fue interesante no sólo porque *sentó jurisprudencia,*[7] sino también porque consideró innecesario que se transcribieran todos los textos que sirvieron para acreditar la constitución de la persona moral mandante, como suele hacerse conforme al derecho interno. El alto tribunal se conformó con el hecho de que sólo se hubieran listado los documentos. Otro dato de importancia consistió en liberar de la obligación de registrar el poder, como lo exigía la ley del notariado. Pese a la relevancia de esta decisión, los tribunales mexicanos han aportado poco en materia de criterios jurisprudenciales que ayuden a enriquecer el tema y que estudiamos en este capítulo.

Los comentarios que podemos hacer sobre la decisión mencionada son los siguientes: en primer lugar, la jurisprudencia se sentó de modo correcto porque otorgó valor absoluto a las disposiciones del tratado en el sentido de que éste no establece el requisito de que deba transcribirse una disposición interna del país donde tenga que ejercitarse el poder para darle contenido y valor al mismo; en segundo lugar, desde la perspectiva técnica, estamos ante una decisión que acepta que un acto jurídico —un poder— se lleve a cabo de forma diferente de como debe celebrarse en el derecho interno, por el dato de internacionalidad que tiene ese acto realizado conforme a la Convención.

---

6 Esta resolución llamó la atención de diversos autores, como Laura Trigueros, "La aplicación de tratados internacionales en el sistema federal. La sentencia del pleno de la SCJN", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado,* Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, México, octubre de 1996; Carlos Novoa Mandujano, "Jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia sobre el otorgamiento de poderes en el extranjero, de conformidad con el Protocolo sobre Uniformidad", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado,* Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, México, octubre de 1996; Jaime Adame Godard, "Las relaciones de los tratados con las leyes nacionales (según una sentencia del Pleno de la Suprema Corte sobre los poderes otorgados en el extranjero)", en *Revista de Derecho Privado,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año VI, núm. 16, enero-abril, México, 1995; María Alejandra Navarrete Hernández, "Poderes otorgados en el extranjero. Para que surtan efectos en México conforme al Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes, no son necesarios su registro y protocolización mientras no lo exija una ley federal", en *Anuario Jurídico 1994,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México (el documento consultado se capturó, a través de la red de internet, en la base de datos del Instituto de Investigaciones Jurídicas); Jorge Alberto Silva, *Derecho Internacional Privado. Su recepción judicial, op. cit.* Leopoldo Velazco Sánchez, "La formalidad de los poderes otorgados en el extranjero", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado,* 4 de abril de 1998, México,

7 Sentar jurisprudencia en México significa que esa resolución se convierte en *fuente formal del orden jurídico* y vincula a todas las autoridades.

La Convención Interamericana

Junto con el Protocolo de Washington, algunos países americanos firmaron otro convenio a través de la CIDIP: la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser Utilizados en el Extranjero. Los Estados firmantes establecieron que este tratado

> no restringirá las disposiciones de convenciones que en materia de poderes hubieran sido transcritas o se suscribieran en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte; en particular el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes o Protocolo de Washington de 1940, o las prácticas más favorables que los Estados parte pudieran observar en la materia (art. 10).

Aunque Estados Unidos de América no es miembro de la Convención Interamericana, ésta fue suscrita por varios Estados americanos, entre ellos Argentina, Chile, Uruguay, Venezuela y casi todas las naciones centroamericanas.

A diferencia del Protocolo de Washington, en la Convención Interamericana se establece un sistema moderno y ágil para el otorgamiento de poderes con la finalidad de ser utilizados en el extranjero, y en el que se pone especial énfasis en el derecho aplicable. Los aspectos más relevantes de la Convención son los siguientes:

a) Se establece que las formalidades y solemnidades relativas al otorgamiento de poderes que pretendan ser utilizados en el extranjero se sujetarán a las *leyes del Estado donde se otorguen,* y el otorgante queda en libertad para ajustarse a la ley del país donde el poder se ejercerá; esto es, el *lugar donde producirá efectos.* En el caso de que el ordenamiento de este último exigiera solemnidades esenciales para la validez del poder, regirá su ley.

b) Los requisitos de publicidad del poder se regulan conforme a la ley del Estado donde aquél se ejerce; esto es, la ley del *lugar donde produce efectos,* que no necesariamente es la misma que la ley del lugar donde se otorga.

c) Los efectos y el ejercicio del poder se sujetan a la ley del *Estado donde aquél se ejerce.*

d) No es necesaria la legalización del poder. No obstante, si en la ley del lugar donde producirá efectos así se exige, el poder debe ser legalizado.

En fin, como hemos explicado, este instrumento internacional se enfoca primordialmente en fijar *normas de conflicto.* Sin embargo, también establece algunas normas materiales. Entre las principales destaca la que impone al funcionario ante el cual se otorga el poder la obligación de hacer constar como fedatario diversos datos de identidad del otorgante, el derecho para otorgar ese poder; además, si el otorgante fuera una persona jurídica, se deberá hacer constar su existencia legal.

Si en el país de otorgamiento no existiera fedatario, entonces al poder deberá incluírsele una declaración jurada con copias certificadas de la persona moral y sus facultades para otorgarlo.

20.5. Laudos y sentencias extranjeras

La sentencia es una resolución proveniente de un órgano jurisdiccional que *resuelve el fondo controvertido,* esto es, el litigio interpartes.

Como señalamos al inicio del capítulo, de acuerdo con el *principio de validez* una sentencia tiene que derivar de disposiciones jerárquicamente superiores, propias de un orden jurídico específico. Cuando nos referimos a una sentencia extranjera, ésta, para ser válida, debe derivar del orden jurídico que la apoya, que en el caso que nos interesa será extranjero.

La sentencia, además de que *deriva de un ordenamiento jurídico,* también es *parte de ese orden jurídico* en que se inserta. De modo que cuando se reconoce una sentencia extranjera, también se reconoce una parte del orden jurídico extranjero; o dicho con mayor precisión: se reconocen los efectos extraterritoriales de ese sistema jurídico extranjero.

Julio González Campos y Rodrigo Recondo Porrúa expresan que los efectos en el foro de una sentencia extranjera se determinan con base en el *derecho internacional privado del Estado receptor,* no por el sistema extranjero del cual deriva la sentencia. Además, es el ordenamiento del Estado receptor el que define los requisitos a los que se subordina la producción de efectos.[8] Si analizáramos la sentencia como una norma emitida por el juez para resolver una situación individual y concreta, podríamos llegar a la misma conclusión: en México estaremos reconociendo los efectos jurídicos de ese ordenamiento si se adecuan a los requisitos previstos por la norma de conflicto mexicana para esos casos.

Cuando nos referimos a sentencias extranjeras no sólo aludimos a las que provienen de algún órgano jurisdiccional, parte del engranaje oficial de un Estado extranjero, sino también a las sentencias arbitrales o laudos provenientes del exterior. Salvo las diferencias que examinaremos, ambas se reconocerán con base en reglas y procedimientos similares. Este capítulo está dedicado especialmente a las *sentencias* o *laudos civiles y mercantiles.* En lo referente a las *sentencias familiares,* gran parte de lo que explicaremos aquí es aplicable al caso, con las salvedades que ya mencionamos.

a) Derecho aplicable

La regulación en que se apoyan el reconocimiento y la ejecución de una sentencia extranjera se encuentra en el derecho convencional internacional, y a falta del mismo, en el derecho interno.

Respecto del derecho convencional, México es Estado parte de los convenios siguientes:

---

8 Julio González Campos y Rodrigo Recondo Porrúa, *Lecciones de derecho procesal civil internacional,* Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1981, p. 147.

- Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (*DO*, 22 de junio de 1971).
- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (*DO*, 20 de agosto de 1987).
- Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (*DO*, 28 de agosto de 1987).
- Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil (*DO*, 5 de marzo de 1992).

En el derecho interno, el reconocimiento de sentencias extranjeras es regulado prácticamente por todos los códigos de procedimientos civiles de las entidades federativas, incluido el D.F., como el *Código de Comercio,* el *CFPC* y la *Ley de Celebración de Tratados,* así como la *Ley de Protección al Comercio y la Inversión* (*DO,* 23 octubre de 1996).[9]

Salvo las leyes de algunas entidades federativas, el derecho interno acogió desde 1988 todo lo que se establece en el derecho convencional, de manera que tanto ese derecho como el interno tienen prácticamente las mismas regulaciones. Esto es importante porque, por ejemplo, una sentencia de órganos oficiales jurisdiccionales proveniente de Estados Unidos de América no podrá ejecutarse en México apoyada en el derecho convencional, porque aquél no es Estado parte en ninguno de los tratados que expusimos, relacionados con sentencias de órganos oficiales jurisdiccionales. No obstante, el derecho interno mexicano da la posibilidad de que las sentencias de estadounidenses sean reconocidas y ejecutadas en México, en términos bastante similares a los que pudiera establecer un tratado.

Estados Unidos de América sólo es parte, lo mismo que México, de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Esto significa que, en lo referente a laudos arbitrales (civiles o mercantiles) entre México y Estados Unidos de América, existe un derecho uniforme. Lo que no hay entre ambos países son tratados relativos a sentencias provenientes de órganos jurisdiccionales oficiales.

De igual manera, la falta de convenios entre otros Estados y México no impide la ejecución de las sentencias de este país en aquéllos, sólo que el fundamento no se halla en el derecho convencional internacional, sino en el derecho interno de esos países. Así ocurre, por ejemplo, con las sentencias mexicanas que dirimen litigios obrero-patronales.[10] Como explicaremos más adelante, en Estados Unidos de América se han reconocido las sentencias mexicanas. En México también es factible reconocer y ejecutar sentencias civiles extranjeras, aun cuando no exista tratado con tales países.

9 Esta ley es conocida como *ley antídoto* y fue expedida como reacción a la *Ley Helms-Burton* de Estados Unidos de América.

10 En México, debido a cierta tradición se les llama *laudos laborales.*

b) Tratamiento de la sentencia extranjera

El trato que debe dársele a una sentencia extranjera varía según el país al cual se dirija. Friedrich Juenger señala al respecto:

> Reconocer una sentencia extranjera significa respetar la decisión del tribunal extranjero como *res iudicata.* Hay tres enfoques básicos a la pregunta de si las sentencias pronunciadas en el extranjero deberían tener efectos localmente: 1. el foro puede desconocer simplemente las decisiones extranjeras; 2. puede reconocer solamente aquellas pronunciadas en Estados que reconocen las sentencias del foro; 3. puede reconocer cualquier sentencia extranjera que posea ciertos estándares en procedimientos y normas sustantivas. Históricamente, los países de derecho civil han favorecido los primeros dos enfoques, mientras que en las jurisdicciones de derecho común se ha tendido a optar por la tercera.[11]

Las ideas varían cuando se intenta explicar por qué debe aceptarse que una sentencia extranjera sea ejecutada en el foro. Martin Wolf elaboró una síntesis de las ideas planteadas sobre el particular:

a) Teorías de la *comity*. La ejecución o no de la sentencia obedece a razones de cortesía internacional y de propia convivencia del Estado. Esta tesis ofrece base jurídica y de seguridad, y no explica la aplicación del derecho extranjero.

b) Teoría de la obligación legal. Formulada por el juez Parke en 1845, supone que la sentencia crea un derecho subjetivo que los tribunales ingleses deben sancionar por estar provisto de la acción correspondiente.

c) Doctrina del *vested right*. Es análoga a la anterior, con la diferencia de que parte del derecho subjetivo en vez de la obligación legal correlativa. Se adquieren derechos que deben ser respetados (Joseph Story).

d) Tesis de Piggot. Combina las ideas de la *comity* y de la obligación legal.

e) Teoría de la integración de la sentencia extranjera en el derecho nacional (Carnelutti). Es correlativa a la tesis de la incorporación formal[12] en el derecho extranjero, al admitir que lo que hace el órgano que declara ejecutiva la sentencia extranjera es construir una norma interna con elementos extranjeros.

Por su parte, Apellaniz sostiene que la ejecutoriedad de la sentencia extranjera se deriva de un principio superior al de la soberanía del Estado: el bien común de una entidad más alta, la comunidad internacional.[13]

11 Friedrich Juenger, "The Recognition of Money Judgements in Civil and Commercial Matters", en *The American Journal of Comparative Law,* vol. 36, 1988, p. 5.

12 Sobre el tema de la incorporación véase Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.,* pp. 163 y siguientes.

13 Tomado de Jorge Alberto Silva, *Codificación procesal civil y mercantil internacional,* Harla, México, 1995, p. 195.

Sin embargo, como hemos visto en el capítulo anterior y en lo expuesto en éste, actualmente sólo se puede entender el acto de reconocimiento y, en su caso, de ejecución de una sentencia, como un acto más de cooperación hacia el proceso en la medida que los tribunales nacionales, además de estar expeditos para impartir justicia en el plano interno, que es su tarea más importante, se encuentran prestos para cooperar a fin de que la regularidad del tráfico jurídico internacional sea un hecho hoy en día y, en este sentido, darle continuidad a un proceso instaurado en el extranjero es una exigencia mínima de la cooperación necesaria entre países.

c) Control de la competencia directa

El estudio de la sentencia extranjera en nuestra disciplina plantea dos cuestiones de importancia: primero, saber si quien resolvió era competente (*competencia directa internacional*); y segundo, si el que va a ejecutar es competente para ello (*competencia indirecta internacional*).

La competencia directa no es fácilmente controlable por medios directos, cuando menos no es controlable por el derecho del lugar donde se pretende que sea reconocida la sentencia.[14] Por tanto, la competencia directa sólo se controla de manera indirecta al impedirse la ejecución de la sentencia dictada, que de por sí es una decisión drástica. El que ejerce la competencia indirecta internacional no sólo asume facultad para ejecutar una decisión extranjera, sino que también tiene la obligación de revisar si el órgano de autoridad extranjera que ejerció la competencia directa cuenta con ella (medio indirecto de control de la misma), o si al ejercerla no está invadiendo la competencia del responsable actual de controlarla; o bien, si aquel órgano de autoridad extranjero ejerció una facultad que no le correspondía. Ciertamente, no es un ejercicio fácil en principio porque casi ningún sistema jurídico nacional tiene reglas para determinar la competencia directa internacional; éstas sólo se encuentran, escasamente, en algunas convenciones internacionales, salvo en el caso de la Unión Europea, donde existe una amplia regulación en esta materia.

En América tenemos la Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras, a la que nos referiremos más adelante, y que pese a ser un convenio avanzado y de importancia fundamental, sólo la han ratificado cinco países, entre ellos México.[15]

En estas condiciones, tanto el derecho interno como el convencional internacional establecen algunos medios de control de la competencia directa internacional. Por ejemplo, se condiciona la ejecución de la sentencia extranjera al hecho de que no se haya dictado como consecuencia del ejercicio de una acción real (art. 571, fracc. II, *CCFed*). Esto quiere decir que los tribunales mexicanos tienen *competencia exclusiva* sobre bienes inmuebles ubicados en México y sobre los derechos reales que de aquéllos se deriven,[16] de manera que cualquier pronunciamiento de parte de un juez extranjero sobre ese tipo de bienes ubicados en México no tendrá efecto en el país (cuando el pronunciamiento deriva de una acción real).[17]

Mediante este control indirecto, el órgano de la ejecución también revisará que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia directa para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las *reglas reconocidas en la esfera internacional* que sean compatibles con las adoptadas por el *CFPC* (art. 571, fracc. III). Esto es, lo que aquí interesa es la competencia internacional del Estado sentenciador, no la competencia interna.

Por lo que corresponde a la competencia indirecta, se entiende como la capacidad del Estado a través de sus órganos (normalmente jueces) para llevar a cabo el reconocimiento de la validez jurídica y, en su caso, la ejecución de una sentencia emitida por un Estado extranjero. Este nivel de competencia puede analizarse desde la perspectiva internacional. Se trata de un procedimiento en el que el juez debe verificar el cumplimiento de una serie de condiciones para que, en caso positivo, reconozca la sentencia e incluso pueda otorgarle la homologación, luego de un procedimiento de *exequátur* para que proceda su ejecución. En seguida analizaremos exclusivamente el caso de sentencias emitidas por jueces extranjeros. Con ese objeto estudiaremos primero las normas internas y luego las internacionales.

d) Órganos competentes en México

Uno de los problemas que se presentan en el sistema jurídico mexicano consiste en saber si el reconocimiento de sentencias extranjeras compete a los órganos federales, a los locales o a ambos. Como veremos, esa acción corresponde a los órganos de ambos niveles de gobierno.

En primer lugar, la Suprema Corte de Justicia indica que los congresos locales tienen facultades para regular el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras,[18] de ahí que exista legislación tanto local como federal en esta materia. Como

14 Sin embargo, en otro ámbito, como la Unión Europea, desde hace más de 30 años se controló competencia del juez respecto de los efectos de su sentencia en otro país. En este sentido, véase Gal Droz, "Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, révisée sur la compétence judicial l'exécution des jugements", en *RCDIP*, 1987, pp. 251 y siguientes.

15 Los otros son Bolivia, Brasil, Uruguay y Venezuela.

16 Es importante hacer notar que en el art. 40 del Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil hay una excepción de este principio, al considerarse la posibilidad de aceptar sentencias en materia de acciones reales sobre bienes inmuebles, aunque de forma limitada (art. 4o., numeral 3), lo cual está de acuerdo con una tendencia internacional para aceptar modificaciones importantes en los derechos reales. Un trabajo recién publicado es ilustrativo sobre este tema: Diego P. Fernández Arroyo, *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Fundación Universidad, Civitas, Madrid, 1998; también puede consultarse la reseña que sobre esta obra apareció en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, 1999, pp. 45 y siguientes.

17 Sobre la *competencia exclusiva* véase el capítulo 13 de este libro.

18 *SJF*, Tercera Sala, Sexta Época, vol. B, p. 121, AR 6474/56, William C. Greene, 7 de noviembre de 1957.

consecuencia de lo anterior, también es factible que tanto jueces locales como federales sean competentes para reconocer y ejecutar laudos y sentencias extranjeras. Se desviaría del propósito de esta obra hacer un análisis comparativo de las diversas disposiciones estatales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias, lo cual, desde luego, sería muy útil debido a que existen diferencias que en algunos casos restringen, y en otros amplían las facultades del juez en la materia. En estas condiciones, nuestra exposición se limitará al *Código Federal de Procedimientos Civiles.*

Es necesario hacer previamente otras precisiones. La competencia para reconocer sentencias en materia civil y familiar normalmente corresponde a los órganos de cada entidad federativa, conforme a lo establecido en la *Constitución* federal, ya que la materia civil y familiar es competencia de cada estado de la República. Por lo que hace a la materia mercantil, la competencia es concurrente entre entidades federativas y autoridades federales. De hecho, por lo general las sentencias mercantiles extranjeras son llevadas ante los jueces locales para su reconocimiento y ejecución, y difícilmente los abogados eligen a los federales debido a su falta de práctica en estos asuntos, y hasta cierto punto por su reticencia a conocerlos.

También es necesario diferenciar el simple reconocimiento de una sentencia de la ejecución coactiva de la misma. Ésta compete en México a los tribunales judiciales; en cambio, el simple reconocimiento no sólo recae en los órganos judiciales, sino en cualquier operador del derecho, sea oficial o particular. Así, por ejemplo, una sentencia de divorcio puede ser reconocida por un oficial del Registro Civil, un notario, una oficina municipal, etcétera.

Con el fin de determinar qué juez o tribunal es competente para reconocer y, en su caso, ejecutar la sentencia, puede recurrirse a dos principios: el del *domicilio del ejecutado* o el de la *ubicación de sus bienes* dentro del territorio de la República (art. 573, *CFPC*).

e) Reconocimiento y ejecución de sentencias

Como ya dijimos, es necesario establecer una diferencia entre el simple reconocimiento de una sentencia y la ejecución coactiva de la misma. Tanto las leyes internas como los tratados internacionales vigentes suponen esta diferencia.

Mientras las sentencias que requieren ejecución coactiva tienen que pasar por el procedimiento de *exequátur* para obtener una homologación, eso no es necesario con el resto de las sentencias; además, las que traen aparejada ejecución coactiva sólo pueden ser reconocidas y ejecutadas por órganos judiciales, lo cual no ocurre con las demás, a las que puede reconocer cualquier órgano del Estado u operador jurídico particular (por ejemplo, oficiales del Registro Civil, escuelas, universidades, etc.; art. 569, *CFPC*).

Las sentencias que no implican ejecución coactiva sólo se limitan a reconocer, de ahí que se les considere sentencias con reconocimiento automático que, en realidad, es un procedimiento sumamente simplificado. No requieren procedimiento de *exequátur* las sentencias declarativas o las constitutivas (por ejemplo, las que absolvieron del pago de una deuda, las de divorcio, las que declaran a una persona como propietaria de un bien, etc.). Tampoco implican necesariamente una ejecución coactiva

todas las sentencias de condena; puede ser el caso de una sentencia de este tipo que se presente en el foro como un simple medio de prueba; es decir no se presenta para ser ejecutada, sino únicamente para ser reconocida. De ahí que tampoco requiera pasar por el procedimiento de exequátur.

Otro ejemplo lo tenemos en el caso de aquella sentencia que, aunque condenó a una persona a pagar una suma de dinero y ésta es pagada voluntariamente por el demandado (una sentencia con ejecución voluntaria), no requiere que sea reconocida judicialmente. Tampoco necesita pasar por el procedimiento de *exequátur.* Las sentencias que lo requieren sólo son aquellas que, como lo establecen los tratados y el derecho interno, necesitan *ejecución coactiva.*

Durante el procedimiento de ejecución, "todas las cuestiones relativas a embargo, secuestro, depositaría, avalúo y demás relacionadas con la liquidación y ejecución coactiva" serán resueltas por el juez ejecutor (art. 576). Este mecanismo es consecuente con la cooperación internacional, pues el juez ejecutor es quien se encarga de todo el procedimiento desde que se pidió el reconocimiento y la ejecución de la sentencia. De otra forma, implicaría alargar indefinidamente esta fase, porque el juez requirente tendría que estar solicitando que se llevara a cabo cada etapa de la ejecución. La única interacción con este último ocurre cuando resultan fondos residuales de la distribución que deba hacerse con motivo de la ejecución de la sentencia.

La filosofía que rige la cooperación internacional va más allá de las respuestas burocráticas que normalmente se dan en la cooperación entre entidades federativas. En la práctica, y siguiendo la tendencia actual en la materia, es posible el reconocimiento parcial de la sentencia extranjera aun cuando no pueda reconocerse o ejecutarse en su totalidad. Procede la ejecución parcial cuando así lo solicita la parte interesada, pues de otra manera equivaldría a devolver la sentencia al juez exhortante, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero.

Ejemplos

a) Se trata de una sentencia extranjera que exige de una persona varias prestaciones, algunas de las cuales atentan contra el orden público mexicano. La autoridad mexicana sólo ejecutará aquellas decisiones que no amenacen su orden público.

b) La sentencia extranjera condenó a una persona a la entrega de diversas obras de arte; unas se encuentran en México y otras en diversos países. La autoridad mexicana sólo ejecutará la sentencia por lo que hace a los bienes que se hallan en México.

f) Procedimiento de exequátur y de ejecución de sentencias

Normalmente, tan pronto como un juez mexicano pronuncia una sentencia que alcanza la autoridad de cosa juzgada (*res iudicata*) se pasa al procedimiento de ejecución

de la misma. En general, las sentencias civiles y mercantiles son ejecutadas por el propio juez que las dicta. No obstante, cuando una de éstas proviene del extranjero, no entra en el foro para ser ejecutada de inmediato. Entre el proceso jurisdiccional que culminó con sentencia y el momento de ejecución es necesario agotar otro, que conocemos como *procedimiento de exequátur* y que erróneamente es denominado *incidente de exequátur.*

Durante el procedimiento de exequátur se practican diversas diligencias y se revisa la sentencia a la luz de requisitos específicos, con objeto de que pueda ser reconocida y, en su caso, ejecutada. Dicho en otros términos, lo anterior se hace a fin de que el juzgador (el órgano que preside el procedimiento de exequátur) pueda decidir si rechaza la sentencia extranjera (*le niega efectos*) o le reconoce sus efectos (*la homologa*), ordenando su homologación o reconocimiento.

Por su parte, el procedimiento de ejecución de la sentencia se refiere a los actos necesarios tendientes a que se concrete la resolución pronunciada (*la sentencia*). La ejecución corresponde al grado máximo de reconocimiento de una sentencia o, si se quiere ver desde otro ángulo, es el punto en que el Estado ejerce su plena jurisdicción al llevar un acto —que puede involucrar el uso de la fuerza— hasta la máxima expresión de su poder a través de sus órganos judiciales. Con la ejecución, la norma general y superior en que se apoyó una sentencia ha llegado a su plena concreción; incluso, el orden jurídico extranjero alcanza efectos extraterritoriales a partir de la ley local, con la sentencia correspondiente.

El procedimiento de exequátur no es necesario cuando se trata de sentencias pronunciadas en el propio foro, pero sí lo es cuando la sentencia que implica ejecución coactiva proviene del extranjero. Una vez que ésta ha sido homologada (reconocida para que produzca efectos en México), el procedimiento de ejecución será el mismo que se establece para las sentencias domésticas.

De lo dicho anteriormente se entiende que, si se trata de sentencias extranjeras, el principal problema para el DIPr no reside en la *ejecución,* sino en la *homologación* de las mismas.

No está por demás enfatizar en la naturaleza de la resolución homologatoria, que no debe confundirse con la misma sentencia que se homologa. Al respecto, Sentís Melendo señala:

> Creemos francamente que la sentencia de reconocimiento no pronuncia un mandato de contenido idéntico al de la sentencia extranjera, sino que pronuncia un mandato aceptando la idoneidad de ésta para producir efectos en el propio Estado; y de ello deriva que los efectos se produzcan desde el momento en que nacieron los de la sentencia extranjera; porque, de no ser así, al postergarse la producción de los efectos, podría estimarse que ya no eran los mismos, y, por consiguiente, que la incorporación o la nacionalización no era absoluta.[19]

19 Santiago Sentís Melendo, *La sentencia extranjera* (exequátur), EJEA, Buenos Aires, 1958, p. 164.

No obstante, cabe destacar, como indica José María Abascal, que resulta más fácil ejecutar un laudo arbitral que una sentencia judicial. Al menos, es más fácil cuando el laudo proviene de Estados Unidos de América. Lo anterior se debe a que México tiene un tratado suscrito con aquel país sobre reconocimiento de laudos (la Convención de Nueva York, a la que nos referiremos en el próximo capítulo), a diferencia de lo relacionado con sentencias judiciales, puesto que EUA no es signante de tratado alguno sobre ejecución de sentencias.

En resumen, reiteramos que debe diferenciarse el procedimiento de exequátur del procedimiento de homologación. No todo exequátur conduce a la homologación.

El exequátur se sigue, según el CFPC, como si se tratara de un incidente (aunque por su naturaleza no sea un verdadero incidente). Se inicia con la presentación de la sentencia o del laudo arbitral y los documentos anexos. Se continúa con la notificación al presunto ejecutado, avisándole del comienzo del procedimiento, a fin de que oponga defensas. Si se ofrecieron pruebas, se procederá a su desahogo y el procedimiento culmina con una resolución. Ya dijimos que en esta última podrá rechazarse la ejecución solicitada (denegar homologación) o reconocérsele efectos (homologar).

Se ha sostenido que el procedimiento de exequátur no tiene naturaleza jurídica de incidente:

> En realidad, no se trata de un incidente, puesto que no se trata de resolver una *cuestión incidental,* toda vez que, en la doctrina, un incidente es un elemento que obstaculiza la marcha normal del proceso, y el reconocer una resolución extranjera no es un caso en que se entorpezca la marcha normal del proceso.
>
> Suponiendo que en este procedimiento surja un desacuerdo entre ejecutante y ejecutado, la desavenencia no afecta el fondo del litigio o cuestión controvertida, que ya fue resuelta por sentencia. En el mejor de los casos, este diferendo es de índole procedimental (desacuerdo en los actos de ejecución), pero no sustancial.
>
> Tampoco estamos de acuerdo con la idea extrema de considerar este procedimiento como todo un *proceso,* de la manera como lo plantea Morelli, donde la sentencia extranjera (o en su caso un laudo arbitral) es un hecho; o como la solicitud de homologar una demanda, a través de la cual se excita al órgano jurisdiccional (se acciona) y el tribunal conoce y resuelve (jurisdicción), pues en este caso ni se acciona (ya se había accionado) ni hay jurisdicción (pues sólo se homologa).
>
> A nuestra manera de ver, la ley le denomina *incidente* sólo por mera inercia de la costumbre o por la idea errónea que tiene el foro acerca de lo que es, o bien por seguir la muy criticada terminología que empleó el *Código de Procedimiento Civil* italiano de 1942, cuando lo denominó *juicio incidental.*
>
> El procedimiento de reconocimiento de sentencia o laudo arbitral extranjero, y posteriormente el de su ejecución, tiene una fisonomía propia, de tal suerte que no debe confundirse con otro tipo de procedimientos, es decir, no entra en el género de enjuiciamiento principal, ni en los procedimientos incidentales, cautelares, impugnativos, etcétera.[20]

20 Jorge Alberto Silva, *Codificación procesal civil y mercantil internacional, op. cit.*, p. 239.

g) Procedimiento de *exequátur*

Los laudos o las sentencias extranjeras cuya ejecución se pretende deben presentarse ante la autoridad judicial mexicana, ya que, como dijimos, la autoridad administrativa no es competente para ejecutar este tipo de decisiones.

Si se trata de una sentencia proveniente de un órgano oficial extranjero, es recibida por el Poder Judicial mexicano mediante exhorto o carta rogatoria. La razón por la cual se exime a los laudos arbitrales de un exhorto es que éstos no provienen de una autoridad oficial. Los árbitros carecen de autoridad para transmitir un exhorto. En estos casos, los particulares interesados son quienes presentan el laudo para su reconocimiento y ejecución.

Es conveniente anotar que México exige que la sentencia extranjera tiene que introducirse por medio de exhorto, lo que no es necesario en otros países como Estados Unidos de América o Venezuela, donde basta que se presente la sentencia, entendida como un título ejecutivo.

La introducción de la sentencia o el laudo ante el juez de ejecución da inicio a la *fase instructora* del procedimiento de exequátur. Durante esta fase se instruye al juez (*instruere* significa enseñar) a efecto de que el director de la ejecución tome conocimiento de la resolución que se pretende ejecutar, así como de los requisitos necesarios.

Tan pronto como el juez radica la solicitud de ejecución, debe realizar los actos correspondientes a fin de que el presunto ejecutado se entere del procedimiento. Para ello debe notificarlo. En su respuesta, el presunto ejecutado podrá oponerse a la ejecución e incluso ofrecer pruebas que la impidan.

Las pruebas susceptibles de desahogo "no podrán enfocarse a cuestiones que ya fueron resueltas en el proceso principal" (art. 575, *CFPC*), esto es, el proceso del cual se derivó la sentencia o el laudo ya que, como hemos indicado, salvo el caso del orden público, el juez exhortado no debe analizar las consideraciones de fondo de la sentencia, ya que ésta se estima *res iudicata*. Por tanto, las pruebas sólo podrán referirse a la validez formal de la sentencia, por ejemplo, que ésta no ha causado ejecutoria; o bien, podrán relacionarse con el emplazamiento o notificación personal de la demanda que dio lugar al proceso principal, la definitividad de la sentencia y, excepcionalmente, con la falta de reciprocidad internacional.

Durante el procedimiento se da acceso al Ministerio Público para que, en calidad de órgano opinador (no como parte litigante), participe en lo que al interés público convenga.

La práctica nos ha demostrado que el procedimiento de exequátur, como está previsto en los arts. 574 del *CFPC* y 360 del *CPCDF*, resulta excesivamente tortuoso. Lejos de constituir un simple mecanismo para el reconocimiento, da lugar a que en la práctica nazca prácticamente otro proceso, que en ocasiones llega a tardar dos o más años; todo lo anterior debido al desconocimiento que el juez tiene de estos rituales. En efecto, en vez de desahogarse en una sola audiencia todas las pruebas y que el juez pueda resolver de inmediato, en realidad éste suele recurrir a varias audiencias —de

defensa y de pruebas, y casi a voluntad del promovente— y en todo momento se le obliga a darle intervención al Ministerio Público, lo que demora más el asunto. Además, como en todo procedimiento, la decisión del juez es apelable "en ambos efectos si se denegare la ejecución, y en efecto devolutivo si se concediere". De esta manera, y como acabamos de decir, tenemos que un simple mecanismo de reconocimiento de una resolución se convierte prácticamente en todo un juicio que en muchas ocasiones dificulta y dilata la ejecución de sentencias en México.

h) Requisitos para el reconocimiento

Durante el procedimiento del exequátur el juez debe constatar la existencia de los requisitos necesarios para que proceda a reconocer la sentencia y luego ordene su ejecución.

Al examinar la variedad de requisitos para obtener la homologación de una sentencia judicial, éstos pueden clasificarse en dos grandes apartados: los de *naturaleza procesal* y los de *carácter sustantivo*.[21]

Los procesales se subdividen en dos apartados: requisitos *positivos* y *negativos*. Entre los positivos consideramos los siguientes:

- Que durante el proceso que dio lugar al laudo o sentencia se haya notificado personalmente a la persona que se demandó. En realidad se exige que en el proceso de origen se haya cumplido la garantía de audiencia.
- Que la sentencia sea definitiva o que no proceda contra ella algún recurso ordinario.
- Excepcionalmente podrá condicionarse el reconocimiento de una sentencia a la reciprocidad. Esto es, que en el lugar de donde proviene la sentencia también se reconozcan y ejecuten las sentencias mexicanas.
- Que se acompañen las traducciones que sean necesarias.
- Que el ejecutante señale un domicilio en el lugar de la ejecución.
- Que el juez sentenciador haya asumido competencia directa de acuerdo con las reglas internacionales. Sobre el particular, ya nos referimos al mecanismo indirecto de control de la competencia directa.

En cuanto a los requisitos negativos, están aquellos de acuerdo con los cuales, de existir la sentencia, no podrá ser ejecutada. Tenemos los siguientes:

- Que no exista juicio pendiente o resuelto en México que corresponda al mismo objeto procesal resuelto en el extranjero (cosa juzgada nacional o extranjera).

21 Aunque existe una cierta similitud en los requisitos para reconocer un laudo arbitral, a éstos nos referiremos en el capítulo 21.

- Que la sentencia no contenga cuestiones sólo obtenibles mediante la evasión de los órganos mexicanos competentes para conseguir los beneficios logrados en otro foro. A esto se le conoce como *excepción de fraude procesal.*

En cuanto al *fondo del asunto resuelto* (*requisitos sustantivos*), se hace necesario cumplir lo siguiente:

- Que la pretensión que fue resuelta en la sentencia no sea de naturaleza real. La ley denomina a esto *acciones reales*. En México, los derechos reales sobre inmuebles ubicados en el país se consideran de competencia exclusiva de los tribunales mexicanos.
- Que el fondo de lo resuelto no contraríe el orden público mexicano. Debemos destacar que el juez nacional por ningún motivo podrá revisar de nuevo el fondo de lo resuelto, ni la justicia o injusticia del fallo. Si esto pudiera hacerse, entonces se daría la posibilidad de resolver nuevamente respecto del mismo litigio que ya fue solucionado. El legislador mexicano podría pensar que si la sentencia extranjera es injusta o atentatoria del orden público nacional, existe la opción de rechazarla, pero en todo caso no debe volver a conocer el fondo de la sentencia y menos aún volver a resolver el asunto.[22]

Por lo demás, respecto de la nulidad en materia de sentencias y laudos resta decir que, en el primer caso, nadie duda hoy en día que un procedimiento de nulidad de una sentencia debe intentarse ante los tribunales del país donde fue dictada; sin embargo, este principio ha empezado a cambiar, y como lo mencionamos en el capítulo sobre arbitraje comercial, ya comenzó a aceptarse que los tribunales del lugar sede del arbitraje no son necesariamente competentes para conocer de la nulidad del laudo.

22 Existen sistemas jurídicos convencionales, como el de la Unión Europea, en donde están tipificadas otras causas de no reconocimiento de las sentencias extranjeras. En este sentido consúltese: Gal Droz, "La Convention de Lugano paralléle á la Convention de Bruxelles concernant la competence judiciaire et l'execution des decisions en matière civil et commerciale", en *RCDIP*, 1989, 1, pp. 33 y siguientes.

Arbitraje comercial internacional 21

21.1. Introducción

Dentro de los medios de solución de litigios entre personas y sociedades residentes o establecidas en distintos países se encuentra el proceso arbitral comercial internacional, además del proceso jurisdiccional estatal.

Existen varias razones por las cuales las partes, al surgir alguna diferencia, prefieren recurrir al arbitraje y no someterse a los tribunales estatales. En primer lugar, porque el arbitraje les ofrece un medio rápido y eficiente para resolver sus disputas, además de que les permite dirimir sus diferencias sin que se afecte la actividad comercial de cada una de ellas. En el arbitraje las partes encuentran un medio especializado para analizar a fondo las circunstancias y condiciones de la materia objeto de la controversia y, sobre todo, para que el órgano que deba conocer y decidir al respecto sea imparcial y no esté sujeto a presiones de ningún tipo.

En la última mitad del siglo xx el arbitraje alcanzó tal desarrollo que a principios del año 2000 se convirtió en el medio más importante para resolver litigios comerciales en escala internacional. Durante los últimos años se ha extendido a países como México, que habían permanecido aislados del comercio internacional. El arbitraje es, en buena medida, el pulso mundial del desarrollo y marca las pautas para encontrar técnicas alternativas para la resolución de controversias.

21.2. Arbitraje comercial internacional. Aspectos generales

Todos los días existe un intenso intercambio de bienes y servicios entre proveedores que se encuentran en un país y compradores o adquirentes que se hallan en otro. Con frecuencia, los operadores del comercio realizan sus transacciones a distancia por medio de representantes. La relación personal de antaño prácticamente se ha perdido, lo que obliga a las partes a actuar con fundamento en principios y objetivos de buena fe, y conforme a las prácticas, usos y costumbres internacionalmente aceptados,

necesarios para el buen desarrollo del comercio. Las prácticas comerciales de hoy requieren, además de rapidez, especialidad y desplazamiento de grandes volúmenes de productos o de servicios y de la continua circulación de la riqueza, y en ese creciente tráfico se propicia el surgimiento de diferencias y disputas.

Hay tres grandes opciones de solución de conflictos que se derivan del comercio hoy en día: los tribunales estatales, los sistemas supranacionales de solución de controversias y el arbitraje comercial. Debido a sus procedimientos complejos, los primeros, que se hallan sujetos a diversas instancias de resolución, implican periodos demasiado largos que representan altos costos y pérdida de oportunidades para los comerciantes. Los sistemas supranacionales de solución de controversias como los establecidos por el Tratado de Libre Comercio de América del Norte —mediante paneles constituidos con fines concretos de resolución de un conflicto y basados en el método del arbitraje— tienen un ámbito restringido, pues sólo se refieren a ciertas actividades comerciales y su proceder tiene alcances limitados. Estudiaremos este sistema alternativo de solución de diferencias en el capítulo 22.

Por su parte, el arbitraje ha tenido una gran evolución e incluso se ha producido una revolución en el concepto de arbitraje civil. Del arbitraje rígido y formalista que se consagró en los códigos de procedimientos civiles se está pasando a procedimientos modernos y ágiles, sobre todo en el arbitraje comercial.[1]

a) Aspectos relevantes del arbitraje comercial

En esta sección abordaremos aspectos generales relevantes del arbitraje comercial, con el objeto de que el lector se familiarice con el concepto del arbitraje moderno. Por la naturaleza de esta obra, sólo haremos una presentación general del tema.

Cuando hablamos de arbitraje comercial y nos referimos al arbitraje moderno partimos de una cláusula arbitral o cláusula compromisoria. Este punto de inicio es un acuerdo entre las partes para someter sus diferencias al conocimiento de un árbitro escogido por ellas. Se trata, así, de un método heterocompositivo porque la resolución que emita el árbitro —conocida como *laudo* o *sentencia arbitral*— es obligatoria para las partes; si alguna se niega a cumplirla, podrá hacerse forzosa mediante los tribunales estatales.

El acuerdo arbitral es un convenio en el que las partes convienen a qué reglas arbitrales se someterán si surge un conflicto; determina cuántos serán los árbitros o si las partes dejan su nombramiento a lo que establecen las reglas a las que se han sometido; asimismo, define el lugar sede y el idioma del arbitraje y la ley aplicable al fondo del asunto que se dirimirá. Más adelante analizaremos diversos modelos de acuerdos arbitrales.[2] Por el momento, conviene aclarar que con base en este acuerdo

1 La conciliación o mediación es también un tema ampliamente explorado hoy en día con resultados positivos. Pero no lo explicamos aquí, puesto que nos referimos únicamente a métodos heterocompositivos.

2 Véase *supra* 6, *c*).

las partes, en uso de la autonomía de su voluntad, han preferido someter los litigios presentes o futuros al arbitraje en vez de recurrir a tribunales estatales. Dicho en otras palabras, con base en su voluntad, las partes habrán prorrogado de esta manera la jurisdicción que por razón del lugar o la materia le correspondería a los tribunales judiciales competentes.

El arbitraje puede ser nacional o internacional. El criterio distintivo que establece el título cuarto del libro quinto del *Código de Comercio* es el del lugar sede del arbitraje; es decir, si el lugar es México, será mexicano; si se encuentra en el extranjero, será considerado arbitraje internacional (art. 1415).

Ahora identificaremos las instituciones administradoras del arbitraje y revisaremos brevemente el inicio del procedimiento, a fin de abordar de lleno la materia.[3]

b) Instituciones administradoras del arbitraje

El arbitraje moderno se inició con la fundación, en 1892, de la Corte de Londres de Arbitraje Internacional (London Court of International Arbitration), seguida en 1923 por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio (CCI). Como es sabido, la CCI es el organismo mundial no gubernamental más importante en materia de comercio; su sede se encuentra en París, lugar donde también está la Corte Internacional de Arbitraje,[4] un órgano de la CCI que se diseñó para dar un servicio internacional en la administración de arbitrajes. La CCI tiene comités nacionales en las principales ciudades del mundo. En México se denomina *Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio, A.C.*,[5] y entre los diversos comités y comisiones que lo integran se encuentra la Comisión sobre Arbitraje Comercial.[6]

3 Para una consulta acerca del arbitraje comercial internacional se recomiendan, entre otros: Y. Derains y E. Schwartz, 2a. ed., Kluwer, La Haya, 2005, y la traducción de la primera edición al español: *El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Oxford University Press, México, 2001; Craig, Park y Paulson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, Océana, Nueva York, 2000; Gaillard y Savage, *On International Commercial Arbitration*, Kluwer, La Haya, 1999; Mark Cato, *Arbitration Practice and Procedure, Interlocutory and Hearing Problems*, 2a. ed., Lloyd's of London Press, Londres, 1997; H. M. Holtzman y J. E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer, La Haya, 1995; P. Nijch, *Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration*, Kluwer, La Haya, 1997; R. Santos Belandro, *Arbitraje comercial internacional*, 3a. ed., Oxford University Press, México, 2000; Jorge Alberto Silva, *Arbitraje comercial internacional en México*, Oxford University Press, México, 2001; G. Uribarri, *El arbitraje en México*, Oxford University Press, México, 1999, y *El arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, 2000; Leonel Prezneto Castro (comp.), "Una relación de la bibliohemerografía mexicana sobre arbitraje, tanto mexicana como de otros países", puede verse en *Decita*, núm. 2, 2004, pp 456 y siguientes.

4 Para toda información relacionada con el arbitraje de la CCI consúltese la página de internet www.iccwbo.org., o la dirección e-mail: arb@iccwbo.org.

5 Tel. 5669-2609 y fax 5669-2928.

6 Las reglas arbitrales de la CCI entraron en vigor el 1o. de enero de 1999.

Otra institución administradora es la American Arbitration Association (AAA), fundada en 1925 y concebida originalmente para administrar arbitrajes dentro de Estados Unidos de América. Desde hace varios años presta servicios de escala internacional y actualmente cuenta con un Centro Internacional de Arbitrajes.[7] Tiene su sede en la ciudad de Nueva York.

En la esfera continental está la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), creada en 1934 y con sede en Washington, D.C. La CIAC trabaja desde su sede, con la colaboración de sus secciones nacionales, que en el caso del Distrito Federal es la Cámara de Comercio de la Ciudad de México.[8]

También se encuentra el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial de las Américas (CAMCA), fundado por la AAA; opera en varios países de Latinoamérica y en el caso de México lo hace mediante la Cámara Nacional de Comercio de la ciudad.

En México existen cinco centros administradores de arbitraje, dos constituidos como asociaciones civiles, un tercero dependiente de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL) y dos más dependientes de diferentes cámaras: la Comisión de Arbitraje de la Cámara Nacional de Comercio de la Ciudad de México (CANACO) y la Comisión de Mediación y Arbitraje de la Confederación de Cámaras Industriales de la República Mexicana (CONCAMIN). Los dos primeros son la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial, con sede en la ciudad de Guadalajara,[9] y el Centro de Arbitraje de México.[10] El tercero es la Cámara Nacional de Empresas de Consultoría, dependiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Nuevo León, con sede en la ciudad de Monterrey.[11]

Cada institución administradora de arbitrajes tiene sus propias reglas; sin embargo, éstas se encuentran uniformadas con respecto a las reglas de la UNCITRAL, y cuando las partes han acordado en su cláusula arbitral someterse a alguna de estas instituciones administradoras, es ella la que, en caso de conflicto, entra en acción.

c) Inicio del arbitraje

El objetivo de este capítulo es describir el arbitraje y cómo se lleva a cabo su procedimiento. Sin embargo, en esta sección introductoria nos referiremos muy brevemente a lo que ocurre en tanto queda constituido el tribunal arbitral, lo que generalmente sucede cuando se ha iniciado el procedimiento.

Cuando una institución administradora de arbitrajes recibe la demanda de una de las partes con base en el acuerdo arbitral, notifica de ello a la demandada y le

7 Su dirección es http://www.adr.org. Sus reglas entraron en vigor el 1o. de abril de 1997.
8 Sus reglas en vigor son del 1o. de julio de 1998.
9 Fax: (3) 641-00-26.
10 Tel. 5488-0436. Fax 5488-0437.
11 Tel. y fax: (8) 343-07-35. Para un examen general de la historia del arbitraje véase Jorge Alberto Silva, *Arbitraje comercial internacional en México, op. cit.*

entrega la demanda; al mismo tiempo, selecciona a los árbitros, que pueden ser uno o tres, según lo hayan acordado las partes.

La selección de los árbitros, que veremos más adelante,[12] suele depender del tiempo que se le fijó a la demandada para que conteste la demanda y, en su caso, presente su reconvención. Una vez seleccionados, designados y ratificados los árbitros, y contestada la demanda, o bien, presentada la reconvención, se pone en sus manos el expediente. Si ya se pagaron los gastos del arbitraje y se adelantó una parte de los honorarios correspondientes, se considera por lo regular que el tribunal arbitral ha quedado constituido.[13] Posteriormente abordaremos estos conceptos en forma detallada.

21.3. Consideraciones particulares sobre el arbitraje

Hemos señalado que los arbitrajes pueden ser nacionales o internacionales, y sabemos cómo los diferencia el *Código de Comercio.* Como vimos respecto de la internacionalidad, esta ley la considera a partir del hecho de que la sede del arbitraje se encuentre fuera del territorio de la República Mexicana, el criterio comúnmente aceptado.

El laudo o sentencia arbitral se dicta en el lugar donde se halla la sede del arbitraje, salvo que las partes dispongan otra cosa. La mayor parte de las reglas arbitrales así lo prevén. A este respecto, el acuerdo internacional más importante en materia de arbitraje y que ha constituido la espina dorsal del arbitraje moderno es la Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros,[14] conocida como *Convención de Nueva York,* y que estudiaremos posteriormente. Dicha Convención establece que un laudo o sentencia arbitral es extranjero y, por tanto, susceptible de ser reconocido por los tribunales nacionales de los Estados parte cuando se pronuncie en un país y se pretenda ejecutar en otro. Conforme a la Convención de Nueva York se puede reconocer un laudo que haya dirimido el conflicto de dos partes que, estando ubicadas en un país, convinieron en que la sede del arbitraje se localizara en otro; es decir, llevado este ejemplo al extremo, podría suceder que dos empresas domiciliadas en México establecen en su cláusula arbitral que la sede de su arbitraje será la ciudad de Houston, Texas, y en ese lugar se dicta el laudo, cuyo reconocimiento se pretende en México. Aunque toda la relación jurídica se haya tenido dentro de territorio mexicano, y los intereses y la ubicación de las partes estén en México, el laudo será considerado extranjero por la Convención de Nueva York por el solo hecho de que se dictó en un país (Estados Unidos de América) y se trata de reconocer en otro (México) (art. 2o., cuarto párrafo).

12 Véase *supra* 8, *b).*
13 Véase Leonel Pereznieto Castro, "La constitución del tribunal arbitral", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.*
14 *Diario Oficial de la Federación* del 22 de junio de 1971.

En general hay acuerdo acerca de lo que debe entenderse por materia comercial, pero podría haber diferencia cuando lo comercial lo califica un sistema jurídico de manera diversa. En este remoto caso, tendríamos que llevar a cabo una calificación *lex fori* o *lege causae* que nos permitiera determinar la naturaleza del concepto o la institución de que se trate.

Tanto la Convención de Nueva York como la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial limitan la materia susceptible de ser arbitrada. En ambas se especifica que el reconocimiento de los efectos de un laudo o sentencia arbitral se denegará cuando, según la ley del país en el cual deba reconocerse dicha sentencia, "el objeto de la diferencia no es susceptible de solución vía arbitraje" (art. V, 2.a de la Convención de Nueva York y 5.2.a de la Interamericana). Estamos aquí en el caso de una institución o materia calificada de forma distinta, o en el de una materia que no puede someterse al arbitraje. Esta cuestión se conoce en la doctrina como *arbitrabilidad* y *límites* de la misma. Son dos las razones por las cuales ésta no sería susceptible de someterse al arbitraje: que dicha materia simplemente se ha excluido, o bien que el legislador así lo ha dispuesto, debido, por ejemplo, a la importancia que pudiese tener para la estructura financiera del Estado. Así, el legislador podría considerar no arbitrables los casos de bancos, seguros, suspensiones de pagos y quiebras.

Para definir un litigio comercial, en la *Ley Modelo de la* UNCITRAL *sobre Arbitraje Comercial Internacional*[15] se expuso que

> se debe dar una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (*factoring*), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (*leasing*), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

En la Convención de Nueva York se prefirió que la comercialidad fuera calificada por el derecho interno. En realidad, la calificación convencional internacional es sumamente difícil, como lo ha puesto de relieve Santos Belandro.[16]

En México la regla general nos indica que cualquier tipo de litigio mercantil es arbitrable. Incluso la Convención de Nueva York admite la arbitrabilidad de litigios civiles.

15 En nota al pie de página del art. 1o. de esta *Ley Modelo*. Es conveniente no confundir la *Ley Modelo* con las reglas de la UNCITRAL: mientras la primera fue aprobada por la ONU, la segunda deriva directamente de la UNCITRAL.

16 Ruben Santos Belandro, *Arbitraje comercial internacional*, Pereznieto Editores, México, 1997, p. 47.

Según el convenio que México y España celebraron (*DO* del 5 de marzo de 1992), y aunque no todos son litigios propiamente comerciales, se estima que son litigios inarbitrables, entre otros, los fiscales, aduaneros y los administrativos; los derivados del estado civil y la capacidad de las personas físicas, el divorcio, la nulidad de matrimonio, las pensiones alimentarias, las sucesiones, las quiebras, la liquidación de sociedades, las cuestiones laborales, la seguridad social, los daños de origen nuclear, etc. (art. 3o.).

Los comerciantes saben que los litigios llevados ante los tribunales de cualquier país se enfrentan a otros problemas; por ejemplo, el lento ritmo burocrático, el desfase de los procesos judiciales frente al acelerado ritmo del comercio, la formación exegética y conservadora de los jueces, la falta de confidencialidad, la carencia de especialidad en materias especializadas de comercio, la sobrecarga de trabajo, la posibilidad de recurrir a la práctica del *forum shopping* y, en algunos casos, la corrupción, etcétera.

Ejemplo

Un comerciante mexicano compra aparatos electrónicos en Japón, donde obtiene un crédito que le otorga el vendedor. En una operación como ésta, de la que pudiera derivar un litigio entre ambas partes, el comerciante japonés no estaría de acuerdo en someterse a los tribunales mexicanos ni el mexicano aceptaría los japoneses. Lo más natural sería la desconfianza hacia los órganos del Estado de otro país, además del inconveniente de la lejanía y los costos que ésta implica.

Desde tiempos muy remotos los seres humanos han encontrado en el arbitraje una forma de resolver sus controversias.[17] El *arbitraje comercial* nació prácticamente unido al *arbitraje civil*, aunque a finales del siglo XVIII uno y otro empezaron a separarse por su especialización, y esto fue evidente a finales del siglo XIX.

Para los operadores del comercio internacional, un litigio debe resolverse pronto, de forma especializada y de manera sencilla. No hay necesidad de alargar la decisión. El negocio de esos comerciantes es el comercio, no los litigios, por lo que el arbitraje comercial es un buen medio para resolver sus diferencias.

Al procedimiento arbitral también pueden ser sometidos los litigios que normalmente se llevan al proceso judicial estatal. Los únicos litigios que no pueden someterse al proceso arbitral son aquellos que, por su materia, la ley no deja a la libre voluntad de las partes.

17 Para una consulta acerca de la historia del arbitraje, y en especial de España durante la Edad Media, se puede consultar Antonio Marchan Álvarez, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

21.4. Tipos de arbitraje

El tema de este capítulo es el *arbitraje comercial internacional*; sin embargo, conviene explicar algo sobre la tipología arbitral para ubicar al arbitraje que nos interesa dentro del cuadro general.

a) Tomando en cuenta la *calidad de los litigantes*, el arbitraje puede ser público o privado. El primero dirime las controversias entre Estados; por ejemplo, cuestiones sobre límites, como en el caso de El Chamizal o el de la Isla de la Pasión en México. En cambio, el arbitraje privado es el que inician los particulares, quienes establecen sus propias reglas, como en el caso del arbitraje comercial y civil. Puede haber un arbitraje mixto si una de las partes es un particular y la otra el Estado, como sucede en los arbitrajes previstos en los capítulos XI, XIV y XIX del TLCAN, con base en los cuales el inversionista puede demandar al Estado para dirimir sus conflictos, o para que los comerciantes puedan evitar que se les imponga una cuota *antidumping* o compensatoria.

b) Conforme a la *naturaleza de la materia* en litigio que se resolverá, el arbitraje puede ser comercial, civil, laboral, bancario o en materia de seguros, etcétera.

c) De acuerdo con la ley aplicable por el lugar sede del arbitraje, en este punto de conexión el arbitraje será interno o internacional como lo prescribe el *Código de Comercio* (art. 1415). Éste es el criterio que prevalece hoy en día.

d) Con base en la *voluntad de los sujetos*, el arbitraje puede ser voluntario u obligatorio. El más común es el primero, como el arbitraje comercial, en el que las partes acuerdan someter sus diferencias a la resolución de un tercero. En el necesario u obligatorio las partes forzosamente deben recurrir al proceso arbitral en litigios específicos.[18] Este tipo se puede encontrar en ciertos procedimientos oficiales, entre los que cabe distinguir a la vez tres tipos: uno, cuando las dos partes están obligadas a concurrir y participar, por disposición de la ley, como ocurre en las juntas de conciliación y arbitraje en materia laboral; dos, cuando se trata de entes sujetos a una regulación determinada, como los bancos y las compañías aseguradoras, que deben apegarse a la normatividad de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores; y tres, cuando un particular solicita un arbitraje contra un banco o compañía de seguros, que también es obligatorio.

e) Tomando en consideración la *generalidad* o *especialidad* de las normas reguladores del arbitraje, éste puede ser *ad hoc* o institucional.

En el primer caso las partes establecen las reglas específicas para resolver el asunto, a diferencia del segundo, en el que las normas se fijan previamente para diversos

18 El arbitraje forzoso es desconocido en el ámbito internacional. Internamente mantuvo alguna tradición. Véase Antonio Marchan Álvarez, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico, op. cit.*, pp. 142 y ss. Respecto de la intervención del Estado en el arbitraje, consúltese Fernando Estavillo Castro, "Algunas cuestiones sobre la participación de la Administración Pública Federal en el arbitraje comercial privado y la ejecución de laudos", en CAMECIC, enero-marzo de 1997, pp. 20 y siguientes.

casos. En el arbitraje comercial puede recurrirse a ambos tipos, pero el más común es el que se realiza mediante una institución administradora.

f) Según la resolución esperada, el arbitraje puede ser *de derecho* o *de equidad* y depende de si las partes acordaron que el árbitro, en el momento de resolver, se valga del derecho escogido por éstas, que es la vía más frecuente, o lo solucione con base en lo que le dicte su conciencia.[19]

21.5. Fundamentación del arbitraje

El arbitraje comercial internacional tiene tres fuentes de derecho en México:

a) Las del derecho convencional internacional, esto es, los tratados internacionales.

b) Las normas del derecho interno, como las leyes y códigos.

c) Las que surgen por iniciativa de las partes en uso de la autonomía de su voluntad; obviamente ésta debe manifestarse dentro de los límites establecidos por la ley, es decir, que permita a los compromitentes fijar las reglas conforme a las cuales se ha de resolver su controversia sin que se violenten disposiciones de orden público, como el derecho de audiencia, la igualdad en el proceso, el derecho a ser escuchado, etc. Las partes pueden acordar como aplicable la ley de un país, o bien, que se apliquen al arbitraje las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres pertinentes. En este último caso estaremos dentro del ámbito de la *lex mercatoria*.[20]

a) Derecho convencional internacional

México es Estado parte de varios tratados, como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), que estimula el recurso del arbitraje (art. 2022). Este acuerdo obliga a cada país miembro a promover el arbitraje para la solución de controversias comerciales y con ese fin cada Estado parte debe señalar los procedimientos adecuados. Asimismo, el TLCAN establece que sus suscriptores se adecuen a la Convención de Nueva York y a la de Panamá, o Convención Interamericana.

Entre los tratados ratificados por México en materia de arbitraje están la Convención de Nueva York (*DO* del 22 de junio de 1971) que, como dijimos, constituye la espina dorsal del arbitraje contemporáneo, y la Convención Interamericana

19 El art. 17 de las *Reglas*, CCI, establece en su tercer párrafo: "El Tribunal Arbitral tendrá los poderes de amigable componedor o decidirá *ex aequo et bono* únicamente si las partes, de común acuerdo, le han otorgado tales poderes." La frase *ex aequo et bono* significa que el árbitro deberá resolver conforme a lo equitativo y lo justo (del latín: *aecuabiles*), y además lo más conveniente (*bonus*) para las partes.

20 Ya en el capítulo 17 nos referimos a la *lex mercatoria* e hicimos mención del concepto de la autonomía de la voluntad. Sobre la *lex mercatoria* puede verse Jorge Alberto Silva (comp.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, Jorge Alberto Silva (comp.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006.

sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975, también conocida como *Convención de Panamá* (DO del 27 de abril de 1976). Ambas son fuente del derecho convencional vigente en México. Por medio de los tratados referidos México se vincula, en materia de arbitraje, prácticamente con todos los países que tienen relaciones comerciales con él. Retomaremos estas convenciones al final del capítulo.

Además de los mencionados, México ha ratificado otros dos convenios sobre arbitraje: la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (DO del 20 de agosto de 1987), así como la Convención entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil (DO del 5 de marzo de 1992).

Asimismo, no queremos dejar de mencionar la *Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional* de la CNUDMI o UNCITRAL (según se citen las siglas en español o en inglés de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), del 21 de junio de 1985. Como su nombre lo indica, no se trata de un convenio o tratado internacional; es un modelo o *prototipo dirigido a cada Estado de la comunidad internacional*,[21] para que una vez adoptado en su legislación interna se constituya en una legislación uniforme respecto de los otros países con los cuales comercia. México adoptó la *Ley Modelo* de la UNCITRAL como título cuarto del libro quinto de su *Código de Comercio.*

b) Derecho interno

El *Código de Comercio* reproduce casi totalmente la *Ley Modelo de Arbitraje* de la CNUDMI o UNCITRAL.[22] Esto es, la regulación interna es semejante a la de la mayor parte de los países más importantes en el campo comercial que han adoptado dicha *Ley Modelo,* incluidas varias entidades federativas de Estados Unidos de América.

El título cuarto del libro quinto del *Código de Comercio* no admite supletoriedad de ningún otro ordenamiento jurídico, especialmente del *Código Federal de Procedimientos Civiles,* del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* o de los códigos civiles de los estados de la República.

En efecto, el *Código de Comercio* establece que "el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes... Pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral" (art. 1051). En este mismo artículo se indica que "el procedimiento arbitral (se regirá) por las disposiciones del Título Cuarto ('Del Arbitraje Comercial') de este libro" (libro quinto, "De los Juicios Mercantiles"), es decir, el título cuarto que establece las disposiciones en materia arbitral mencionadas.

En conclusión, si las partes optan convencionalmente por el arbitraje, se aplicarán las reglas arbitrales que designaron, y si éste tiene su sede en México, se aplicarán como supletorias las reglas del título cuarto del libro quinto del *Código de Comercio.* Si en su acuerdo arbitral las partes no designaron reglas, se aplicará el mismo título cuarto. Es importante mencionar que de acuerdo con este título de la ley no existe supletoriedad de ningún otro ordenamiento, salvo los casos específicos que el mismo título prevé. De esta manera, las cuestiones no previstas en este último o en el acuerdo entre las partes deberá solucionarlas el tribunal arbitral conforme al mandato que le da el art. 1435, segundo párrafo, según el cual "a falta de acuerdo el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto por el presente título, dirigir el arbitraje del modo que lo considere más apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas."[23]

c) Autonomía de la voluntad

Las leyes internas y los tratados auspician la *autonomía de la voluntad,* pues no sólo permiten que las partes designen el derecho aplicable; además, con la cláusula arbitral prorrogan la jurisdicción y se someten a las reglas conforme a las cuales deben resolverse las controversias que surjan en sus relaciones jurídicas. Incluso, dichas leyes y tratados pueden integrar, y de hecho integran, el tribunal que conocerá del litigio correspondiente.[24]

Al amparo de la autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar directa o indirectamente el procedimiento que se va a seguir, al igual que los tribunales u órganos que les resolverán la controversia, como ya mencionamos.[25] Además, en el arbitraje *ad hoc* las partes pactan las reglas procesales y los órganos, lo cual ilustra el grado de decisión que les permite la autonomía de su voluntad.

De manera *indirecta*, y es el caso más común, las partes confían en las reglas y órganos creados; estas disposiciones se establecieron mediante procesos graduales, es decir, mediante los procesos de enriquecimiento basados en la experiencia con las reglas arbitrales y cuyas constantes modificaciones atienden las nuevas necesidades del comercio. Se puede hablar así de las reglas de procedimientos arbitrales de las instituciones administradoras de arbitrajes, a las que ya hemos aludido, o de reglas arbitrales en el interior de determinadas agrupaciones de comerciantes o prestadores de servicios.

Las reglas arbitrales internacionales más importantes son las que ya mencionamos: las de la London Court of International Arbitration, las de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara Internacional de Comercio (CCI), las de la American

21 Para mayor información sobre la CNUDMI y la naturaleza de las leyes modelo puede consultarse Leonel Pereznieto Castro, "La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", en *Relaciones Internacionales,* núm. 65, enero-mayo de 1995, Centro de Relaciones Internacionales, UNAM, México, p. 97 y siguientes.

22 En el capítulo 2 señalamos que este organismo es más conocido por sus siglas en inglés, UNCITRAL, que en español, CNUDMI.

23 Sobre el concepto de no supletoriedad véase Carlos Loperena Ruiz, "El procedimiento arbitral", en *CAMECIC,* enero-marzo de 1997, pp. 8 y siguientes.

24 En el capítulo 17 hemos abordado ampliamente el tema de la autonomía de la voluntad.

25 Véase el capítulo 17.

Arbitration Association (AAA), a través de su Centro Internacional para la Solución de Disputas, las del *Reglamento de Procedimientos* de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) y las del Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA). Estas reglas las elaboraron órganos de carácter privado. Son sencillas, claras y precisas; regulan el procedimiento para resolver el litigio interpartes y la forma de constituir los tribunales. Han sido decantadas por la experiencia de más de un siglo, en su versión moderna.

En cuanto a la demanda de arbitraje y su contestación, no existen formas específicas aunque sí requisitos mínimos.[26] Por lo demás, para las pruebas, medios de admisión y desahogo, plazos, resoluciones durante el proceso arbitral y el laudo, las reglas que nos ocupan fijan principios generales junto con disposiciones más precisas que los árbitros deben aplicar e interpretar. Además, determinan la forma como se constituye un tribunal, el número de árbitros, las recusaciones y sustituciones,[27] y tienen la suficiente flexibilidad para permitir que el procedimiento sea conducido adecuadamente por los árbitros y no se convierta en "una camisa de fuerza" para ellos. El principio general en materia arbitral para todo aquello que no esté previsto en el acuerdo entre las partes ni en las reglas aplicables es el fijado por el art. 1435 del *Código de Comercio,* que en su segundo párrafo señala: "A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá [...] dirigir el arbitraje del modo que considere más apropiado", concepto que ya hemos analizado.

21.6. Naturaleza del arbitraje

Aunque el debate ya ha desaparecido, para fines didácticos es importante referirnos a la naturaleza jurídica del arbitraje: las tesis *contractualistas* y las *jurisdiccionalistas.* Las mencionamos porque, como veremos, tienen relevancia en materia conflictual.

Los contractualistas parten de que el arbitraje debe analizarse a partir del convenio entre las partes y, en su caso, de los efectos de éste. El contrato, consideran, se ejecuta por medio del *proceso arbitral.* Por su parte, los jurisdiccionalistas destacan que la presencia en el arbitraje de un tercero extraño que esté a cargo de la resolución permite considerar que en el arbitraje se realiza una función jurisdiccional (conocer y decidir un litigio por parte de un tercero extraño), posición que en México fue definida por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo.

La definición del arbitraje es relevante por las razones siguientes: si se afirma la calificación contractual, nos lleva a aplicar las reglas contractuales designadas por

26 Sin embargo, algunas reglas establecen los requisitos mínimos indispensables que debe contener una demanda. Véanse, por ejemplo, las reglas del CCI, art. 4o, y la contestación de la demanda, art. 5o.

27 Para ampliar el estudio de la autonomía de la voluntad en relación con el arbitraje véase Leonel Perez-nieto Castro, "Comentarios a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de las Naciones Unidas", en CAMECIG, enero-marzo de 1997, pp. 11 y siguientes.

la regla de conflicto. En cambio, si destacamos el acento jurisdiccional, procede la aplicación de leyes procesales.[28] Hoy en día esta polémica resulta, a los efectos prácticos, un tanto irrelevante, ya que tratados y leyes internas otorgan una autonomía al trato del derecho arbitral. De cualquier manera, la definición de la naturaleza jurídica del arbitraje continúa entre los procesalistas y los contractualistas. Por ejemplo, para Elena Artuch existe una posición mixta.

21.7. Acuerdo arbitral

Hemos visto que cuando atendemos a la voluntad de las partes el arbitraje puede ser voluntario u obligatorio. El *voluntario* es el único reconocido en el ámbito internacional y requiere la anuencia por escrito[29] de las partes para que el litigio sea llevado a un proceso arbitral. Esta anuencia encuentra su expresión en lo que conocemos como *acuerdo arbitral,* en el que las partes renuncian a su derecho de recurrir a un tribunal judicial estatal para resolver su controversia. Según la *Ley Modelo* de la UNCITRAL (art. 7o.), el acuerdo arbitral es aquel en que "las partes deciden someter al arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente".

Según Raúl Medina Mora, el compromiso arbitral "es un acto privado en el que rige la autonomía de la voluntad, pero por lo mismo está también sujeto a los límites de dicha autonomía, es decir, tanto a la protección de la libertad contractual por la definición de los vicios del consentimiento como causa de nulidad y a la seguridad que da a las partes la forma requerida, como por el respeto al orden público".[30]

En el arbitraje la fuerza del acuerdo arbitral se refleja en dos disposiciones del *Código de Comercio.* La primera, la del art. 1424, dispone: "El juez al que se someta un litigio sobre un asunto que sea objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes el arbitraje en el momento en que lo solicite cualquiera de ellas, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible."

Aun cuando la validez del acuerdo sea contradicha ante un juez estatal, este hecho no interrumpe el proceso arbitral, según lo indica el mismo artículo, cuyo último párrafo establece: "Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo anterior

28 Véase Elena Artuch Iriberri, *El convenio arbitral en el arbitraje internacional,* Eurolex, Madrid, 1998.

29 La Convención de Nueva York requiere que el acuerdo sea por escrito (art. II, 1). En el Grupo de Trabajo II de la UNCITRAL (44o. periodo de sesiones, 23-27 de enero de 2006, Nueva York, documento A/CN.9/WG.II/WP.139, se acordó considerar como "forma escrita" el acuerdo arbitral concluido por un medio electrónico; véase www.uncitral.org.

30 Raúl Medina Mora, "Cláusula y acuerdos arbitrales", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.,* pp. 15 y siguientes.

(nulidad o ineficacidad del acuerdo) se podrían, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el juez."

a) Tipos de acuerdo arbitral

El acuerdo puede ser *previo* o *posterior.* Mientras el primero y más frecuente se pacta antes de que surja el litigio (prevé la posibilidad de un litigio futuro), en el segundo éste se encuentra ya presente. En México se conocen ambos tipos de acuerdo.

El acuerdo arbitral es de naturaleza independiente y por lo general se incluye en los contratos como una de sus cláusulas a fin de que se arbitren los posibles conflictos que surjan con motivo de los derechos y obligaciones establecidos en aquéllos; sin embargo, puede tratarse de un acuerdo que no conste en el contrato, y en este caso el acuerdo arbitral debe señalar en su objeto el tipo de litigio o negocio que se arbitrará. Dicho litigio debe ser determinado o determinable.

Por otro lado, en el acuerdo arbitral deben incluirse las reglas a las que se someterá el arbitraje (AAA, CCI, CAMCA, CIAC, etc.). En caso de que no se someta a ninguna de ellas deberá definir la forma de constitución del tribunal arbitral, las normas aplicables y los procedimientos por seguir. Ya explicamos que las reglas institucionales son orgánicas y de procedimiento aplicable. En todo acuerdo arbitral es indispensable señalar también el lugar del arbitraje, el número de árbitros, el idioma del arbitraje y la ley aplicable al fondo del asunto que será sometido al arbitraje. En este último caso, basta que en el acuerdo arbitral se determine expresamente el derecho aplicable. El acuerdo se perfecciona con el consentimiento de ambas partes y sólo a ellas obliga.

Por lo que se refiere a la forma del acuerdo arbitral, según la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York, art. II, 1), éste debe constar por escrito; y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial (Convención de Panamá, art. 1o.) agrega que puede estar firmado por las partes: "el acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por ambas partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex". El *Código de Comercio* agrega el "facsímil" (art. 1423). Por tanto, no es necesaria la escritura pública, como se requirió en el pasado; simplemente, su formalidad consiste en que sea por escrito. Como hemos visto, la UNCITRAL propone que se considere como forma escrita un archivo electrónico donde se exprese el acuerdo.

b) Autonomía del acuerdo arbitral

La autonomía del acuerdo arbitral implica resolver dos cuestiones: *a*) la autonomía de la voluntad de los compromitentes frente al Estado, y *b*) la autonomía del acuerdo arbitral *frente al contrato principal.*

En el primer caso, con la autonomía de la voluntad las partes pueden pactar todo tipo de derechos y obligaciones, lo que es propio de una libertad de contratación. Los únicos límites a esta libertad son las disposiciones de orden público y el fin o motivo determinante del acto.[31] En este sentido, las partes eligen (directa o indirectamente) las reglas que regirán el proceso arbitral y el Estado debe respetar la voluntad de esos compromitentes. De la misma manera, la regla general consiste en un *amplio reconocimiento a la autonomía de la voluntad para pactar.* (Recuérdese lo que sobre el particular expusimos al abordar la contratación internacional en el capítulo 17.)

En el segundo caso (la autonomía frente al contrato principal), el acuerdo arbitral no es parte del contrato principal; es un acuerdo autónomo, un convenio independiente que las partes formularon. Para entender esta idea puede decirse que si el acuerdo arbitral se pacta en una cláusula del contrato principal, tal cláusula no resulta afectada aunque se reclame la nulidad del contrato, entre otras razones porque se trata de un acuerdo autónomo. El objeto de lo acordado por las partes en la cláusula es una forma de solución de futuros litigios que consta de un objeto distinto del objeto del contrato principal; y también porque si los árbitros se pronunciaran por la nulidad del contrato, estarían anulando la cláusula arbitral y con ello su propia capacidad para pronunciar su laudo. Si esto sucediera, se afectaría gravemente la voluntad de las partes manifestada en la cláusula. Yves Derains y Eric A. Schwartz agregan lo siguiente: "La noción conforme a la cual el acuerdo arbitral tiene existencia autónoma, distinta del contrato en el que puede constar, es uno de los principios fundamentales del derecho y práctica del arbitraje internacional moderno."[32]

Sobre la autonomía del acuerdo arbitral, la *Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado* dispone que "la validez de un convenio de arbitraje no podrá ser impugnada por el motivo de que el contrato principal no sea válido o de que el convenio de arbitraje cumple un litigio aún no suscitado" (art. 178).

Por su parte, el *Código de Comercio* establece:

> **Artículo 1432.** 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. A ese efecto, la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión de un tribunal arbitral declarando nulo un contrato no entrañará por ese solo hecho la nulidad de la cláusula compromisoria.

c) Tipos de cláusulas en el acuerdo arbitral

Según el *Código de Comercio,* podemos referirnos a tres tipos de cláusulas:

1. Cláusulas necesarias, como aquellas que no pueden faltar y que indican el litigio que ha de arbitrarse; el *Código de Comercio* se refiere así al negocio o litigio por arbitrarse.

---

31 Sobre este último concepto, véase Leonel Pereznieto Castro, *Las obligaciones convencionales en el Derecho Internacional Privado mexicano, op. cit.*, p. 49.

32 *A Guide to the New* ICC *Rules of Arbitration,* Kluwer Law International, La Haya, 1998, p. 104.

2. Cláusulas opcionales o facultativas, como las que determinan el número de árbitros, el procedimiento para su selección, el lugar donde se realizará el proceso arbitral, el idioma, las normas aplicables al fondo y al procedimiento, el tipo de fallo requerido, el plazo de duración del proceso, etcétera.

Se les llama *cláusulas opcionales* o *facultativas* porque no son esenciales para la existencia del acuerdo arbitral; sin embargo, es muy importante que queden definidas en el contrato porque evitan dificultades en el futuro, en caso de que surja el conflicto y, sobre todo, porque impiden que las partes dejen en manos de un tercero, en este caso el árbitro, cuestiones que ellas pueden definir y precisar conforme a sus intereses.

3. Cláusulas prohibidas o excluidas son aquellas que impiden el derecho de defensa para una de las partes, o su derecho de audiencia, o bien, establecen ciertas ventajas para una parte en detrimento de la otra, etcétera.

Normalmente los centros administradores de arbitraje proponen un tipo de cláusula denominada *cláusula tipo* o *cláusula modelo.* Por ejemplo, en las reglas de la CCI se recomienda la cláusula tipo siguiente: "Todas las desavenencias que deriven de este contrato o guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento."

A la vez, el CAMCA recomienda la cláusula siguiente: "Cualquier conflicto, controversia o reclamación que surja de o esté relacionado con este contrato, o el incumplimiento del mismo, será resuelto en definitiva mediante arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas, de acuerdo con sus reglas, y la resolución pronunciada en el laudo por el árbitro podrá ser presentada en cualquier tribunal que tenga jurisdicción sobre el mismo."

La cláusula modelo AAA, en su versión castellana, según la publicación que la propia AAA hizo en el documento AAA1755-5M-12/97, señala: "Cualquier controversia o reclamación que surja de o se relacione con este contrato será determinada por arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje Internacional de la Asociación Americana de Arbitraje." A su vez, la cláusula CIAC establece: "Cualquier litigio, controversia o reclamación provenientes o relacionados con este contrato, así como cualquier caso de incumplimiento, terminación o invalidez del mismo, deberá ser resuelto por medio del arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Procedimientos de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial vigente en la fecha de este convenio. El tribunal de arbitraje decidirá como amable componedor o *ex aequo et bono.*"

Es importante que los abogados no intenten "mejorar" la cláusula. Los peligros de este "mejoramiento" han sido puestos de relieve por José María Abascal,[33] ya que al hacerlo pueden cometer errores u omisiones en perjuicio del acuerdo arbitral y que se reflejarían de manera significativa en el desarrollo del arbitraje. Además de

33 José María Abascal Zamora, "Panorama del arbitraje comercial", conferencia impartida en la Escuela Libre de Derecho, marzo de 1994.

incluir la cláusula deseada, conviene no olvidar que a continuación del texto de la misma deben aparecer los datos en los que hemos insistido tanto: lugar o sede del arbitraje, derecho aplicable al fondo, idioma y número de árbitros.

d) Ley aplicable al acuerdo arbitral y al fondo del negocio

Por lo que hace a la ley u orden jurídico aplicable al acuerdo arbitral, nos referiremos a los aspectos siguientes:

1. La ley aplicable a la *validez y existencia del acuerdo arbitral,* que según la Convención de Nueva York será la que elijan las partes comprometentes.

2. La ley aplicable a la *capacidad de los compromitentes.* Tanto la Convención de Nueva York como la de Panamá indican que la capacidad de los compromitentes se regula por la regla de conflicto: "la ley que les es aplicable a los compromitentes". Esto puede significar que se aplique la ley del domicilio, la de la residencia habitual, la del establecimiento principal, la de la constitución de la empresa o incluso la *lex fori,* según el sistema que se adopte.

3. La ley aplicable a la *arbitrabilidad del litigio.* De acuerdo con el derecho convencional internacional, la arbitrabilidad se rige conforme a la ley del lugar *donde ha de ejecutarse el laudo;* aunque también la ley aplicable puede ser la del lugar de la sede del tribunal o la ley escogida por las partes. Sin embargo, en este último caso hay que considerar que si las partes en el acuerdo designan una ley aplicable que permite que todos los litigios laborales podrán ser resueltos por arbitraje, y la sede del arbitraje es México, puede impugnarse el laudo de acuerdo con la ley mexicana, que no permite este tipo de arbitraje, sin embargo, el laudo que resultara anulado por la ley mexicana podría ser reconocido en el país del cual se aplicó la ley de fondo.

En efecto, la Convención de Nueva York establece como causa de la posible denegación del reconocimiento y ejecución de los efectos de un laudo o sentencia arbitrales el hecho de que el acuerdo arbitral no sea válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se ha indicado a este respecto en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia (art. V, 1. a). También establece que el juez puede denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia arbitral si la autoridad competente del país donde se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba "que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución vía de arbitraje" (art. V, 2. a).

Según la *teoría del derecho del lugar sede* y derivado de la práctica del arbitraje,[34] este último queda sometido a la ley del lugar donde se lleva a cabo el propio arbitraje; principio que, como vimos, es mantenido en la Convención de Nueva York.

34 A. Redfern, M. Hunter *et al., Droit et pratique de l'arbitrage commercial international,* 2a. ed., LGDJ, París, 1994, p. 67.

La Ley Suiza sobre Arbitraje (1989) establece sobre el particular lo siguiente: "Las disposiciones del presente capítulo se aplican a todo arbitraje si la sede del tribunal arbitral se encuentra en Suiza y si por lo menos una de las partes no tuvo en el momento de la conclusión de la cláusula arbitral, ni su domicilio ni su residencia habitual en Suiza."

El *Código de Comercio* prevé:

> **Artículo 1415.** Las disposiciones del presente Título se aplicarán al arbitraje comercial nacional y al internacional cuando el lugar del arbitraje se encuentre en territorio nacional [...]

Respecto del derecho de fondo que debe regir al arbitraje, será el *elegido por las partes en el acuerdo arbitral.* En caso de que se hubiera omitido en este pacto, los árbitros podrán elegirlo.

Tradicionalmente se había seguido el sistema conflictual conforme al cual los árbitros tomaban en cuenta la voluntad implícita de las partes en el contrato. Con este fin identificaban en el documento la ley que las partes habían elegido para regular sus derechos y obligaciones; por ejemplo, qué ley debía regir los efectos del contrato, cuál la celebración del mismo, cuál cierto tipo de estipulaciones del contrato y no otras (*depeçage*); en fin, tenía que partirse de un sistema "acumulativo" de las diferentes reglas de conflicto de los países que tuvieran relación con el litigio. Sin embargo, las reglas de conflicto ya son poco utilizadas por los árbitros, pero se tomó de este método el método acumulativo que no hace desaparecer del todo la regla de conflicto y que permite al árbitro hacer una remisión directa. Por cierto, éste es el método utilizado por varios de los árbitros de la CCI:[35] "El método acumulativo es particularmente útil para usarse en el procedimiento arbitral. Por su referencia a varias reglas de conflicto potencialmente aplicables, los árbitros pueden infundir un elemento internacional en los procedimientos y asegurar a las partes que el asunto no será determinado por la aplicación estrecha de un determinado sistema jurídico estatal, cuya relación con el litigio no es necesariamente determinante."[36]

A este sistema de la determinación del derecho aplicable se adicionó otro, en el que se deja a los árbitros con plena libertad para escoger el modo que estimen más conveniente; así, con motivo de la emisión de las nuevas reglas de arbitraje internacional de la AAA en 1997 (las cuales están vigentes), se estableció la fórmula siguiente. Se tomarán en cuenta: "El art. 28 'la ley sustantiva' o las 'reglas de derecho designadas por las partes', y a falta de tal designación el tribunal arbitral aplicará 'las leyes o reglas de derecho que considere apropiadas' (*sic*)".

Como se puede observar, la disposición AAA se refiere a ley o regla "sustantiva", lo que excluye en principio la de conflicto. Sin embargo, la idea que debe retenerse

35 W. Park, W. Craig y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration,* 2a. ed., Océana, Nueva York, 1990, p. 290.

36 *Idem*, p. 291.

aquí es la concerniente a la plena libertad con que se dota al tribunal para que, en ausencia de las partes, escoja la ley; sin embargo, deberá utilizar puntos de conexión como el del lugar de la celebración del contrato o el de su ejecución, etcétera.

Destaca el art. 28, segundo párrafo: "2. En arbitrajes que envuelvan la aplicación de contratos, el tribunal decidirá conforme a los términos del contrato y tomando en cuenta los usos del comercio aplicables al contrato." Dicho en otras palabras, deberán consultarse primero los "términos del contrato", lo que implica que el tribunal arbitral deberá aplicar el método acumulativo antes descrito; y sobre la disposición de tomar en cuenta "los usos del comercio aplicables al contrato", cabe advertir que, además del método tradicional de regla de conflicto, deberá utilizarse el de aplicación del derecho uniforme, el cual se deriva de "los usos comerciales", y que por tratarse de arbitraje comercial internacional habrá de referirlos a los usos comerciales internacionales. Conforme a esta regla, un arbitraje comercial internacional como el que nos ocupa se desvincula de los derechos nacionales en este punto para vincularse al derecho creado fuera de los Estados correspondientes; es decir, a las reglas que cada vez en mayor medida son creadas en diversos países por los operadores del comercio y las cuales suelen quedar incluidas dentro de la expresión genérica de *lex mercatoria.* Sin embargo, como veremos en seguida, esta expresión debe ser acotada en un sentido más preciso.

En términos más claros, y dentro de esta misma tendencia, el art. 17 de las nuevas reglas de la CCI (1999) establece que, ante la ausencia de acuerdo entre las partes para la designación de la ley aplicable, "en todos los casos el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes".

Esto significa aplicar el método acumulativo ("tener en cuenta las estipulaciones del contrato") y considerar los usos comerciales compatibles ("pertinentes") con la naturaleza del comercio.

Ejemplo

> Si se trata de un caso de compraventa de maíz para ser embarcado en el puerto de Veracruz con destino al puerto de Alejandría, en Egipto, regirán los usos comerciales aplicables a este tipo de producto, que toman en cuenta la época del año para determinar los grados de humedad y de merma que pueda tener el maíz en su transportación por el Atlántico y por el Mediterráneo, así como el comportamiento regular de quienes realizan este tipo de comercio.

En este caso los usos comerciales pertinentes son distintos según el sector que toquen, por ejemplo, una compraventa de maquinaria de la industria gráfica que deba ser embarcada en el puerto de Amsterdam con destino al de Tampico, o la venta de rosas mexicanas exportadas al mercado de Estados Unidos de América. En el primer caso, los usos abarcan la instalación y puesta en marcha de la maquinaria y no sólo

su entrega en el puerto de Tampico. En el segundo caso, se incluyen la preparación previa de la flor antes de su embarque (por lo general, el gasificado de la flor), el empaque, la refrigeración, la forma de embalar la flor y los plazos de entrega, que deben ser muy cortos por la naturaleza del producto que se comercia.

Es importante destacar que la determinación de la ley aplicable al fondo del litigio corresponde normalmente a los árbitros, quienes deben tener una visión integradora que permita interpretar lo más ampliamente posible la voluntad de las partes en la selección de la ley aplicable, es decir, la que realmente las partes deberían haber designado en su contrato.

Sin embargo, la disposición de que "en todos los casos" el tribunal arbitral deberá tomar en cuenta la aplicación de lo estipulado en el contrato y lo que dispongan los usos comerciales pretende evitar que dicho tribunal termine aplicando un sistema nacional que las partes no quisieron o nunca pensaron que sería aplicable a su relación contractual, o caer en "oscuros puntos técnicos legales".[37]

Sobre la aplicación de "los usos comerciales" conviene hacer algunas precisiones. Dijimos que existía un vínculo entre esos usos y la *lex mercatoria*. En realidad, lo que hicimos fue llamar la atención del lector en relación con el concepto, que es preciso acotar para diferenciarlo de los "usos comerciales" a los que se refieren las reglas de la CCI.

En efecto, cuando nos referimos a la *lex mercatoria* aludimos a las reglas creadas por organismos descentralizados, no estatales, o a un "sistema descentralizado (en la creación de estas reglas) convalidado por la costumbre internacional y admitido por los sistemas nacionales".[38] Aquí estamos ante la descripción de un sistema; no obstante, cuando mencionamos los *usos comerciales* nos remitimos a las normas o reglas específicas que las partes quisieron que se aplicaran a su contrato —aunque no lo hayan mencionado expresamente— por considerar que su relación debe ser regulada "de acuerdo con las prácticas usuales observadas en sus respectivas áreas de negocios".[39] Así, por ejemplo, los árbitros analizarán el carácter de comerciantes de las partes y su actividad específica, de donde podrán derivar los usos aplicables.

En un tipo de arbitraje diferente, que es el arbitraje entre Estados, esta dificultad es aún mayor, y para dar una idea de la que puede existir en la determinación de la ley aplicable nos referimos a los arbitrajes en el TLCAN, en el que el derecho aplicable varía según el capítulo de que se trate. Así, en el capítulo XI, apartado B, referente a la inversión extranjera, el derecho aplicable está establecido en el propio TLCAN y en "las reglas aplicables del derecho internacional" (art. 1131). Esto, con el objeto de que el litigio no sea regido por las normas internas en materia de inversión de ninguno de los países miembros del tratado, pero sí por las disposiciones del TLCAN, incluidas las decisiones de la Comisión de Libre Comercio, establecida por el capítulo XX, e integrada por representantes de las partes en el ámbito de las Secretarías de Estado y que tiene como finalidad la puesta en práctica del tratado y la supervisión de su desarrollo.

37 Y. Derains y E. Schwartz, *op. cit.*, p. 224.
38 Leonel Pereznieto Castro, *Derecho Internacional Privado. Parte general, op. cit.*, p. 141 y siguientes.
39 Y. Derains y E. Schwartz, *op. cit.*, p. 225.

El "derecho internacional" designado aplicable por el capítulo XI del TLCAN incluye todas las disposiciones emitidas por organismos internacionales en materia de inversión, los tratados o convenios internacionales en la materia, las decisiones de los tribunales internacionales, la jurisprudencia de Estados nacionales aceptada internacionalmente, la doctrina más relevante y los usos internacionales que han conformado los principios sobre la inversión extranjera en el mundo. (En este aspecto es preciso consultar el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, que establece las fuentes del derecho internacional.)

En el caso del capítulo XIV del TLCAN sobre servicios financieros, el derecho aplicable (derecho internacional) es el mismo que en el capítulo XI por dos razones: primera, porque el capítulo XIV es omiso en definir el derecho aplicable, y segunda, porque una parte de los procedimientos previstos para el capítulo XI son aplicables en el capítulo XIV (art. 1415). Evidentemente, en este caso el derecho internacional aplicable sería el derivado de principios, tratados, decisiones, doctrina y usos en materia financiera internacional.

Una situación distinta es la que encontramos en el capítulo XIX del TLCAN, donde la función de los paneles es juzgar si la autoridad nacional aplicó correctamente el derecho interno para establecer los derechos compensatorios. En estas circunstancias, el derecho aplicable será precisamente el derecho interno del país cuya autoridad aplicó (anexo 1911); sin embargo, el mismo capítulo XIX establece en su art. 1904.3 que "el panel aplicará los criterios de revisión señalados en el anexo 1911 y los principios generales de derecho que de otro modo un tribunal de la parte importadora aplicaría para revisar una resolución de la autoridad investigadora competente".

Al respecto, Loretta Ortiz sostiene que los principios generales de derecho aludidos por la disposición citada son "comunes a los distintos Estados que ya han alcanzado cierta objetividad en el derecho interno".[40] A esto puede agregarse que en el anexo 1911 se mencionan los principales ordenamientos internos de Canadá, Estados Unidos de América y México, y se especifica que *criterio de revisión* significa "legitimación del interés jurídico", "agotamiento de los recursos administrativos", "debido proceso", etc., factores que deben tomarse en cuenta por tratarse de principios generales de derecho para los tres países mencionados.[41]

e) Medios de extinción del acuerdo arbitral

Los *medios de extinción del acuerdo arbitral* son, entre otros, los siguientes:

a) *Cumplimiento del objeto previsto en el acuerdo.* Esto es, si se había previsto un litigio específico y éste ya fue resuelto, el acuerdo se extingue.

40 Discurso de ingreso en la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 12 de junio de 1998, p. 26.
41 *Idem*, p. 32.

b) Disposición de la ley. Por ejemplo, cuando una nueva ley declare inarbitrables ciertos litigios. Puede ser también por muerte del árbitro, especialmente cuando fue designado nominalmente, como lo establecía el derogado art. 1428 del *Código de Comercio.* En la actualidad este último supuesto ya no presenta problemas en el arbitraje institucional, ya que la denominación del árbitro es genérica y existen reglas para su sustitución.

c) Acuerdo entre las partes. Ocurre cuando las partes revocan su acuerdo arbitral o resuelven su litigo mediante transacción fuera del procedimiento arbitral o cuando éste ni siquiera ha dado inicio.

d) Causas extrañas al arbitraje. Esta situación puede darse si el litigio es sobre un bien que luego desaparece.

e) Otras causas previstas en el acuerdo. Puede ser cuando ya transcurrió el plazo fijado por las partes para que el arbitraje se resuelva sin que esto haya sucedido, caso por cierto muy poco probable, pues si las partes en realidad están interesadas en resolver su conflicto prorrogarán el plazo de común acuerdo.

21.8. Instituciones administradoras, tribunales y árbitros

Una de las características del proceso arbitral comercial consiste en que los órganos que lo administran no son estatales ni se relacionan con el Estado. Los sujetos del litigio, en lugar de someterse a un juzgado o tribunal estatal, se acogen a determinadas reglas arbitrales y a una institución administradora creada descentralizadamente respecto del Estado y dirigida por particulares.

a) Instituciones administradoras del arbitraje

Como hemos señalado, las partes pueden establecer el tribunal arbitral y acordar su procedimiento, como el arbitraje *ad hoc,* poco recomendable y sólo para casos muy específicos (disputa de propiedad familiar, conflictos entre empresas de un mismo grupo o entre socios de un despacho, dificultades entre inversionistas de una empresa y ésta, en casos en que no se desea que trasciendan más allá de las personas interesadas, etc.). Lo que normalmente sucede es que las partes litigantes recurren a un órgano ya existente y con prestigio en estos menesteres. Se trata de lo que conocemos como *instituciones administradoras de arbitrajes* a las que se refiere el art. 1416, párrafo segundo, del *Código de Comercio.*

Estas instituciones normalmente han sido creadas y organizadas por los propios operadores del comercio internacional, o sea, comerciantes, industriales, prestadores de servicios que se organizaron para establecer mecanismos destinados a resolver sus conflictos en forma rápida, especializada y efectiva.

Dijimos también que la Cámara Internacional de Comercio (CCI) es el organismo de comercio mundial no gubernamental más importante y que desde 1923 creó

la Corte Internacional de Arbitraje. Sólo como recordatorio mencionamos nuevamente otras instituciones que destacan en el plano internacional: la London Court of International Arbitration (LCIA); la Asociación Americana de Arbitraje Comercial (American Arbitration Association), más conocida por sus siglas AAA, y dependiente de ésta el Centro Internacional para la Solución de Controversias (ICDR); y recientemente la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), el Chartered Institute of Arbitrators (de Londres), el Centro de Arbitraje y Mediación Comercial para las Américas (CAMCA), que ha sido impulsado por la AAA a raíz de la entrada en vigor del TLCAN; en México, la Asociación Mexicana de Mediación y Arbitraje Comercial (AMMAC) y el Centro de Arbitraje de México (CAM), a los que hicimos alusión en la parte introductoria de este capítulo.

En el ámbito gremial los comerciantes también se organizaron para crear los centros administradores de arbitraje. Aquí conviene destacar la Cámara de Comercio de la Ciudad de México y las cámaras de comercio estatales. Lo mismo hicieron los industriales, que cuentan con órganos conciliadores y arbitrales en el seno de la Cámara Nacional de la Industria de la Transformación[42] o las diversas cámaras de industria, que disponen de un centro de arbitraje, la CONCAMIN.

Entre las funciones de cada centro administrador de arbitrajes está la de recabar y actualizar la lista de árbitros previamente seleccionados con base en sus especialidades, seriedad, conocimiento del arbitraje, probidad, moralidad, etc., para ponerlos a consideración de las partes cuando éstas no hayan nombrado árbitro. Otras funciones del centro administrador de arbitrajes son expedir el reglamento de procedimientos que regulará los casos que se presenten con base en un acuerdo arbitral que los declare competentes; calificar las causas de impedimentos de los árbitros, y administrar el desarrollo del procedimiento haciendo las notificaciones a las partes, supervisando el proceso y, finalmente, notificando el laudo.

Si las partes han decidido someter su litigio a una institución con sede en el extranjero o fuera de la plaza donde se encuentren establecidas, como es usual, las relaciones que tengan con ella normalmente serán telefónicas, por fax, correo electrónico o correo certificado. Tomando en cuenta que alguna documentación se requiere en original, como las demandas, las reconvenciones y sus contestaciones, éstas suelen transmitirse por mensajería internacional. En suma, las partes no necesitarán desplazarse a la sede de la institución arbitral para realizar dichos trámites, aunque tendrán que hacerlo al sitio que hayan escogido como lugar sede del arbitraje, en una o dos ocasiones a lo sumo y por un corto periodo, que puede variar de dos días a una semana. Los desplazamientos suelen producirse al realizar las audiencias de desahogo de pruebas, la declaración de testigos o las audiencias que requieren la presencia de los árbitros, de las partes y de los peritos. El resto del procedimiento se efectúa por los medios de comunicación que las partes hayan acordado en su *Acta de Misión* o *términos de referencia,* aunque comúnmente es por fax para que quede constancia

42 Sobre los diferentes órganos de arbitraje gremial véase G. Uribarri, *Arbitraje en México, op. cit.*

de las firmas de los documentos. El uso del correo electrónico está condicionado a que se acuerde previamente como uno de los medios para las comunicaciones. Éste suele ser común para las comunicaciones de discusión de algún aspecto, aunque también las resoluciones procesales suelen transmitirse por este medio.

En el arbitraje internacional contemporáneo se distingue el lugar sede del arbitraje, donde las partes lo han decidido, y por lo general no coincide con el lugar en donde se encuentra la institución administradora. El primero es un punto de conexión del cual se deriva la ley aplicable al arbitraje, al menos cuando se demanda la nulidad del laudo y, al mismo tiempo, la jurisdicción de los tribunales que han de pronunciarse sobre dicha nulidad. El lugar de la institución administradora es irrelevante en este sentido.

En la *Ley Modelo* de la UNCITRAL, al igual que en el título cuarto del libro quinto del *Código de Comercio,* se establece que los tribunales del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje tendrán competencia para conocer de cuestiones que se les planteen en relación con éste. Incluso, éstos son los tribunales competentes para conocer sobre la nulidad del laudo, como lo dispone la Convención de Nueva York (art. V.1.*e*). Aunque estos principios están vigentes, la *teoría de la deslocalización* pretende eliminar todo vínculo entre el lugar sede del arbitraje y el derecho del país donde se encuentra.[43] Los argumentos: que el derecho y las reglas aplicables al arbitraje son el resultado de la voluntad de las partes y de los árbitros, por lo que no hay razón para someterlos a un derecho territorial; también, que el control de la instancia arbitral debe darse por los tribunales de donde se pretenda hacer reconocer y ejecutar el laudo, no por los tribunales del país sede del arbitraje, con los que no se tiene ninguna vinculación.[44]

Estos planteamientos son lo suficientemente razonables para prever que con frecuencia —si no es que en todos los casos— las partes deciden la sede del arbitraje no en función del derecho del lugar, sino porque ese lugar es el más práctico, ya que geográficamente está bien ubicado para que los desplazamientos de árbitros, testigos y peritos no resulten onerosos; porque es un sitio que cuenta con las instalaciones adecuadas, resulta neutral, garantiza el reconocimiento del laudo o no presenta problemas migratorios para las partes o los dos testigos, que las partes escogieron porque se trataba de un lugar cuyas leyes en materia arbitral no ofrecerían ningún problema, pero no especialmente porque quisieran que la ley arbitral de ese Estado acabase rigiendo su arbitraje y menos aún la nulidad de su laudo. Retomaremos este tema al final del capítulo.

b) Tribunal arbitral

El tribunal arbitral es menos complejo que los tribunales del Poder Judicial estatal, no depende ni es auxiliar de éstos; es autónomo y decide el litigio interpartes, al

43 A. Redfern, M. Hunter *et al., op. cit.*, pp. 68 y siguientes.
44 *Ibidem.*

grado que también realiza una función jurisdiccional pues su trabajo consiste en resolver litigios entre las partes. La *Ley Orgánica del Poder Judicial del Distrito Federal* lo menciona como un administrador de justicia (art. 3o.) y no como un simple auxiliador de la misma (art. 4o.). Otra de las diferencias respecto de los tribunales estatales consiste en que el tribunal arbitral carece de *imperium.*

La ley que regula al tribunal arbitral es, según la Convención de Nueva York, la que *eligen las partes.* A falta de elección será la del *lugar donde se efectúe el proceso arbitral.* En cambio, según la Convención de Panamá, cuando las partes no indiquen la ley que debe regir ni la forma de constituir el tribunal, deberá recurrirse al Reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional (art. 3o.) que, al igual que todos los reglamentos en el arbitraje comercial internacional, no fue creado por un órgano oficial estatal.

En uso de la autonomía de la voluntad, las partes también pueden establecer una serie de disposiciones, como el número de árbitros, la sede, el idioma en que deberán presentarse los documentos y desahogarse las pruebas, los plazos de resolución, etcétera.

Se conocen diversos tipos de tribunales arbitrales. He aquí algunos:

a) De acuerdo con el *tipo de litigios,* podrán ser generales o especiales, según puedan conocer de una amplia gama de litigios o de manera específica se aboquen a algún tipo de ellos, como los correspondientes al campo marítimo o de la construcción.

b) Según el *número de árbitros,* los tribunales pueden ser unitarios o colegiados. Para asuntos de pequeña cuantía normalmente se elige al tribunal unitario, a un árbitro. El colegiado por lo común está constituido por tres árbitros y se prevé para casos más complejos y de mayor cuantía.

c) Tomando en consideración la permanencia y *continuidad funcio*nal, hay tribunales de tipo comercial que permanecen como el caso de los *Boards of disputes* previstos por las reglas CCI y que permanecen por el tiempo de ejecución de un proyecto, durante el cual resuelven todas las disputas que aparecen.[45]

Aunque la demanda se presenta antes de que se constituya el tribunal, su constitución es el acto a partir del cual se considera que empieza el procedimiento arbitral; algunas reglas señalan como fecha de inicio la de la conformación del tribunal. Asimismo, el proceso de constitución previamente involucra al sistema de designación de árbitros, que suele ser una acción crucial en el procedimiento arbitral.[46]

45 Por lo general, los tribunales arbitrales de origen oficial permanecen en funcionamiento, como lo hacen en México, entre otras, las comisiones arbitrales de la Comisión Nacional de Valores o de Seguros, la Comisión Nacional de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros (COMPUSEF), la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, etcétera.
46 Leonel Pereznieto Castro, "La constitución del tribunal arbitral", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.*, pp. 31 y siguientes.

c) Árbitros

Los árbitros no necesariamente deben ser profesionales del derecho, pero sí tener capacidad para actuar, habilidad, conocimientos en la materia, independencia, neutralidad y entrenamiento en materia arbitral. En México e internacionalmente no se requiere que el árbitro tenga una nacionalidad o sexo determinados. Sin embargo, para poder resolver responsablemente, cada árbitro debe haber sido capacitado sobre el particular.[47] En este sentido, cabe decir que todas las instituciones arbitrales en el mundo organizan periódicamente cursos de capacitación y certifican los conocimientos adquiridos.

Tales conocimientos permiten que el arbitraje sea un sistema de solución de controversias de gran efectividad, pues algunos árbitros deben ser especialistas en campos como cierto tipo de maquinaria, de transacciones financieras, de construcción de buques, de obras civiles, de tecnología compleja, etcétera.

Existen diversas *formas de elección del o de los árbitros*. Pueden ser elegidos por las partes mismas, pero si éstas omitieron la designación, ésta puede recaer en dos tipos de órganos: el tribunal judicial o las instituciones administradoras del arbitraje. Recaerá tal facultad en la institución administradora, según sus reglas, cuando luego de poner a consideración de las partes los nombres de los árbitros que tenga registrados, no hay acuerdo y, por tanto, la institución designa. Conforme al *Código de Comercio,* si no se hizo esta elección y no existe institución administradora que los designe, el juez será el elector (art. 1427, fracc. III, CCom). Evidentemente, el mejor sistema y el más usual es que el centro administrador dirija la elección de los árbitros. En la práctica, el procedimiento es el que se detalla a continuación:

Si las partes no se ponen de acuerdo para designar al árbitro único o a los que corresponda cuando se trate de un tribunal colegiado, la institución administradora somete a consideración de las partes una lista de árbitros para seleccionar a las personas adecuadas. Acto seguido, informa de ello a los árbitros seleccionados por las partes y les solicita declarar formalmente si tienen vínculos o intereses con alguna de ellas. Cuando la respuesta es negativa, se les envían las declaraciones de independencia y neutralidad que deben llenar y firmar bajo juramento, y en seguida la institución administradora procede a su nombramiento y entran en funciones.

Sin embargo, cualquiera de las partes puede recusar a un árbitro por considerar que no reúne las condiciones de independencia y neutralidad. La petición de recusación debe ser presentada ante la institución administradora, la cual decidirá en definitiva. Si no hay institución administradora, el art. 1429 del *Código de Comercio* prevé que esa recusación sea hecha ante el juez competente, quien decidirá en definitiva.[48]

47 Aquí cabe recordar que cuando se trata de litigios sobre inversiones, en el capítulo XI del TLCAN se establece que los árbitros deben contar con "experiencia en el derecho internacional y en asuntos en materia de inversiones" (art. 1124.4).

48 Sobre el particular véase Guillermo Aguilar Álvarez, "La recusación de árbitros", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.*, pp. 45 y siguientes.

Cuando se trata de un tribunal integrado por tres árbitros, una vez designados los dos primeros, éstos eligen al tercero, que será el presidente del tribunal arbitral. Su elección la harán saber a la institución administradora, que procederá a practicar la consulta ya descrita con los primeros dos árbitros. Una vez recibida la declaración de independencia y neutralidad del tercer árbitro, la institución administradora lo designará y hará saber de ello a los árbitros restantes y a las partes.

En el momento en que los árbitros se confirman y reciben el expediente del caso, y cuando ya se han pagado los gastos requeridos por la institución administradora, se considera que el tribunal arbitral quedó constituido y que, por tanto, se inició el procedimiento arbitral. En este momento la institución administradora entrega el expediente al tribunal arbitral y normalmente demanda y contestación, así como las comunicaciones que se hayan intercambiado las partes hasta ese momento.

Cuando las partes, en su acuerdo arbitral, no se hayan sometido a las reglas de una institución de arbitraje, como hemos dicho, se aplica el título cuarto del *Código de Comercio,* el cual prevé que si las partes *no se ponen de acuerdo en cuanto a la designación del árbitro, tendrán que solicitárselo al juez del lugar que hayan escogido como sede del arbitraje* (art. 1427, fracc. III). Una petición de este tipo puede dar lugar, en un sistema judicial como el mexicano, a muchas demoras.

21.9. Procedimiento arbitral

Una de las cuestiones preliminares que deben ser resueltas es la elección de las normas que regirán el procedimiento, si es que no fueron escogidas desde la firma de la cláusula arbitral.

a) Elección de las reglas de procedimiento

Como regla general son las partes en uso de la autonomía de la voluntad quienes eligen las reglas de procedimiento aplicables a su procedimiento arbitral. A este respecto, y como ya hemos visto, los compromitentes pueden: *a*) crear directamente las reglas, o *b*) crearlas indirectamente. Directamente, cuando las partes construyen sus propias reglas de procedimiento; se trata del procedimiento *ad hoc* al que ya nos hemos referido. En este supuesto, lo que hacen las partes, y es aconsejable, consiste en que adopten reglas ya establecidas, como el título cuarto del libro quinto del *Código de Comercio,* que contiene las reglas arbitrales comerciales más adecuadas en el sistema jurídico mexicano. Un extremo sería que además de éstas designaran como reglas complementarias las de algún *Código de Procedimientos.* Si esto sucediera —como desafortunadamente ha ocurrido en algunas ocasiones—, el resultado sería que el arbitraje, por naturaleza sencillo y práctico, se convertiría en un procedimiento tan formalista y complejo como el de los tribunales judiciales. Por ello el arbitraje *ad hoc* sólo es recomendable para casos específicos, y entonces conviene

procurar que las reglas sean sencillas y delegar en el tribunal arbitral facultades para que resuelva, como lo considere más oportuno, cuestiones y problemas imprevistos que surjan durante el procedimiento arbitral. Se trata de que las partes, en el procedimiento *ad hoc*, doten al tribunal de la máxima flexibilidad posible.

Como ejemplo de la flexibilidad que deben tener los árbitros en el procedimiento arbitral, Claus von Wobeser se refiere a un caso en que la controversia fue sometida a un arbitraje *ad hoc* por las partes, que "al inicio del arbitraje identificaron todos los puntos de controversia. Tomando en cuenta que las partes querían solucionar su controversia, una vez iniciado el arbitraje siguieron negociando para tratar de dirimir los diferentes puntos en conflicto. En virtud de que las partes empezaron a llegar a acuerdos específicos sobre puntos determinados de la controversia, notificaban periódicamente al tribunal los puntos a los que habían llegado a un acuerdo, que se excluían de la controversia."[49]

La creación indirecta de reglas, que en realidad se reduce a la designación de reglas ya establecidas de una institución administradora de arbitrajes, además de ser lo más común, resulta lo más recomendable dada la experiencia que se encuentra detrás de esas reglas y, por supuesto, la experiencia que dichas instituciones arbitrales han acumulado.

A este respecto es ilustrativa la ley federal suiza sobre derecho internacional privado, que dispone:

1. Las partes podrán, directamente o por referencia a un reglamento de arbitraje, reglar el procedimiento arbitral; también podrán someter éste a la ley de procedimientos de su elección (art. 182).

2. Si las partes no hubieren reglado el procedimiento, éste será, por necesidad, fijado por el tribunal arbitral, bien directamente, bien por referencia a una ley o a un reglamento de arbitraje.

En el ámbito del arbitraje comercial las reglas son creadas por las partes en su cláusula arbitral mediante la incorporación de las reglas que alguna institución arbitral ha creado con anterioridad y sometiéndose a ellas para que rijan su procedimiento arbitral.

A falta de acuerdo entre las partes respecto de las reglas que se deben seguir para un arbitraje comercial (ya sea porque no se incorporaron o no se fijó regla de localización de las mismas), éstas serán las que indique el derecho interno; en el caso de México, las que el propio *Código de Comercio* determine, que será el título cuarto del libro quinto, que regula precisamente al arbitraje comercial, nacional o internacional.

49 "El procedimiento arbitral: desarrollo del procedimiento arbitral", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.*, p. 103.

Si es aplicable la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, ésta establece, como mencionamos, que "a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial" (art. 3o.).

Entre las reglas fijadas en el ámbito interno y las previstas por la mayor parte de las instituciones administradoras de arbitraje existe gran similitud. Esta homogeneidad se debe a que cada vez se han acercado más en lo fundamental a las reglas de arbitraje creadas por la Comisión de las Naciones Unidas (UNCITRAL o CNUDMI) para el desarrollo del comercio internacional, aunque en aspectos específicos las normas de las instituciones administradoras sufren constantes cambios que van marcando las necesidades del comercio y la experiencia.

Las reglas que establece el *Código de Comercio* son prácticamente las mismas que las contenidas en la *Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional*, elaboradas por la ONU a través de la UNCITRAL. En cuanto a las diferencias, podemos anotar que en el *Código de Comercio* se estipula que a falta de una institución administradora de arbitrajes podrá recurrirse al juez para que designe a los árbitros si no hay acuerdo entre las partes (art. 1427. III *a*). Ciertamente, la participación en este nivel de un juez en el proceso arbitral puede causar retrasos y hasta ruptura del procedimiento por las características de los procesos judiciales en México. El juez también tiene competencia para conocer acerca de la validez de la cláusula arbitral (art. 1424). Asimismo, se prevé la intervención judicial en el caso de recusación de árbitros, cuando las partes no hayan previsto el procedimiento o el tribunal arbitral al que se ha sometido la recusación no resuelva dentro de los 30 días siguientes (art. 1429, último párrafo), etcétera.

De igual manera, y como señalamos, las reglas de arbitraje comercial expedidas por cada centro administrador de arbitrajes se inspiraron en las correspondientes al *Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL*[50] o en las más evolucionadas de la *Ley Modelo de Arbitraje*.[51]

Aquí conviene que el lector diferencie la *Ley Modelo* de las reglas de arbitraje de UNCITRAL o CNUDMI. Estas últimas corresponden a reglas de procedimiento aprobadas por la Asamblea de las Naciones Unidas varios años antes de la *Ley Modelo*. Ésta es un concepto de normas que los Estados adoptan y hacen parte de su legislación, como en el caso del título cuarto del libro quinto del *Código de Comercio;* en cambio, las reglas UNCITRAL de arbitraje son de la misma naturaleza que cualesquier otras reglas, salvo que en aquéllas no hay una institución administradora; las partes pueden escogerlas para su arbitraje, lo mismo que acogerse a una institución administradora. Las reglas arbitrales UNCITRAL pueden aplicarse en los paneles del cap. XI del TLCAN.

En fin, como lo normal es que las partes litigantes escojan sus propias reglas, el art. 1417 del *Código de Comercio* dispone que pueden libremente elegir el reglamento de arbitraje de alguna institución administradora.

50 Corresponde a la resolución 31/98 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 15 de diciembre de 1976.

51 Esta ley fue aprobada por la UNCITRAL el 21 de junio de 1985.

b) Esquema general del procedimiento

En virtud de que el arbitraje es una institución nueva, con el fin de ilustrar sus diversas fases haremos un símil con el esquema del procedimiento general para resolver un litigio, que resulta familiar a cualquier estudiante de derecho o abogado. Podemos detectar cinco fases:

a) Fase postulatoria. En ésta se regula la presentación de la demanda y contestación, que se caracteriza porque está a cargo totalmente de la institución administradora, ya que los árbitros aún no han sido designados.

b) Fase constitutiva del tribunal. Corre paralela a la fase postulatoria y durante la misma se hace la elección de los árbitros. Aquí las partes eligen a sus árbitros y, en su omisión, el centro administrador o en su caso el juez procede a la designación. Una vez elegidos los árbitros, requieren declarar por escrito su neutralidad e independencia para que la institución administradora ratifique sus nombramientos.

c) Fase confirmatoria. Las partes, junto con el árbitro, redactan un documento en el que se especifica cuál es la *litis;* las fechas de las audiencias; la forma de presentación de las pruebas; si se requieren peritos, cómo deben actuar y si pueden ser interrogados por las partes; cuáles son las reglas de comunicación entre las partes y los árbitros, y viceversa; el calendario de actividades; teléfonos, fax, correo electrónico y demás medios de comunicación de las partes y el árbitro. A este documento, que debe estar firmado por las partes y los árbitros, se le denomina *acta de misión* o *términos de referencia.*

En las reglas de la AAA y del ICDR no se elabora necesariamente este documento y las partes junto con el tribunal van acordando todas esas cuestiones.

Sin embargo, vale la pena insistir en que dicho documento es de primera importancia, ya que sirve como elemento regulador del procedimiento y para los árbitros representa la seguridad de que lo que resuelvan en el laudo, ni más ni menos, debe ser lo que ha quedado precisado respecto de la *litis* en el documento.

d) Fase probatoria. En ella se ofrecen las pruebas y, por lo general, las partes reunidas ante el árbitro las desahogan. Éste suele ser el único momento en el arbitraje en que las partes y el árbitro se reúnen físicamente. Lo hacen en el lugar sede del arbitraje o pueden acordar uno distinto. Aquí también comparecen los peritos para rendir oralmente y por escrito su peritaje y ser repreguntados por las partes.

e) Fase conclusiva. Si las partes así lo acuerdan o los árbitros lo deciden, las partes presentarán conclusiones o alegatos y posteriormente los árbitros elaborarán su decisión, que es el laudo o la sentencia arbitral.

A pesar de algunas diferencias entre las reglas privadas, la *Ley Modelo* y el *Código de Comercio,* en las líneas siguientes examinaremos los rasgos generales del procedimiento arbitral comercial.

La fase postulatoria se inicia con la demanda. En ésta, además de describirse los hechos y pretensiones, debe incluirse en sus anexos el acuerdo arbitral y la documentación necesaria. No existe ningún formalismo para producir la demanda, salvo que las pretensiones deben ser claras y ordenadamente expuestas. Sin embargo, el art. 4o., numeral 3 de las reglas de la CCI hace una enumeración ilustrativa de los requisitos mínimos que debe contener toda demanda arbitral:

- El nombre completo, calidad en que intervienen y dirección de cada una de las partes.
- Descripción de la naturaleza y circunstancias de la controversia que ha dado origen a la demanda.
- Indicación de las pretensiones y, en la medida de lo posible, de los montos reclamados.
- Los convenios correspondientes y, particularmente, el acuerdo de arbitraje.
- Toda indicación pertinente en relación con el número de árbitros y su selección de conformidad con lo dispuesto en los arts. 8o., 9o. y 10, así como la designación del árbitro que en ellos se requiera.
- Cualquier indicación en cuanto a la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables y el idioma del arbitraje.

Por su parte, la contestación y, en su caso, la demanda reconvencional, también de acuerdo con las reglas de la CCI (art. 5o., numeral 1), deben contener al menos los requisitos siguientes:

- Nombre completo, calidad en que se interviene y dirección.
- Comentarios sobre la naturaleza y circunstancias de la controversia que da origen a la demanda.
- Posición sobre las pretensiones de la demandante.
- Indicaciones en relación con el número de árbitros y su elección a la luz de las propuestas formuladas por la demandante y de conformidad con lo dispuesto en los arts. 8o., 9o. y 10, así como la designación del árbitro que en ellos se requiera.
- Comentarios en cuanto a la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables y el idioma del arbitraje.

La demanda se presenta por vía correo certificado o mensajería internacional al centro o institución administradora de arbitrajes, que notificará de ello al demandado a fin de que éste se entere de las pretensiones del demandante. La contestación y, en su caso, la reconvención, se presentará ante el mismo centro o institución administradora.

Puede haber una demanda reconvencional; si se presenta, la parte reconvenida tiene derecho a contestar, y lo común es que en ese momento cese esta fase del procedimiento. Sin embargo, suele suceder en la práctica —y ésta es una característica

de la flexibilidad del arbitraje— que las partes intercambien escritos y notas aclaratorias hasta el momento en que se firmen los *términos de referencia* o *misión del árbitro,* o bien hasta que se inicie la audiencia de desahogo de pruebas si es que las partes no han acordado una fecha anterior o ésta haya sido fijada por el tribunal.

En forma paralela a la fase postulatoria, el centro administrador de arbitrajes abrirá el procedimiento para la constitución del tribunal arbitral. Durante esta fase, las partes harán la elección de sus árbitros y éstos el del árbitro tercero, e incluso se podrán plantear las recusaciones y sustituciones pertinentes. Si no se ha hecho la elección del árbitro, la institución administradora pondrá a su consideración una lista de árbitros previamente elaborada, de la cual las partes elegirán al que les corresponda.

Una vez elegidos los árbitros, el centro o institución administradora del arbitraje procede a solicitarles que contesten un cuestionario en el que básicamente deben indicar la capacidad que tienen para conocer del arbitraje que se les presenta, la experiencia adquirida en materia arbitral y, lo que es fundamental, su independencia y neutralidad respecto de las partes. Después de que los árbitros firman esta declaración, por lo general la institución o centro administrador procede a confirmarlos.

Ya confirmados los árbitros, de acuerdo con las reglas de la CCI (art. 11), las partes tienen un plazo de 30 días para presentar ante la Corte Arbitral Internacional, que es la institución administradora en este caso, la recusación de los árbitros. La Corte habrá de pronunciarse acerca de la procedibilidad o no de la recusación y, en caso de admitirla y antes de decidir, oirá al árbitro o árbitros recusados.

Si no hay recusación, si ésta no prosperó o si habiendo prosperado se nombró al árbitro sustituto, se considera que el tribunal arbitral ha quedado constituido.

Tan pronto como el tribunal queda constituido, el centro administrador de arbitrajes entrega a aquél el expediente, formado principalmente con la demanda y la contestación, y a partir de ese momento se inicia propiamente el procedimiento arbitral y, por tanto, los árbitros asumen la responsabilidad de continuar con el proceso. Para que el procedimiento pueda dar inicio es indispensable también que las partes hayan depositado ante la institución administradora los pagos por los gastos administrativos y la parte que la institución administradora determine de los honorarios de los árbitros.

En cuanto queda constituido el tribunal, los árbitros se ponen en contacto con las partes y, por medio de fax, teléfono o correo electrónico, acuerdan los términos de referencia o el acta de misión del árbitro; el documento final lo firman cada una de las partes y los árbitros, y se entrega copia a cada uno de los firmantes. Como mencionamos, si no hay un documento de esta naturaleza las partes acuerdan, durante el procedimiento, cómo proceder.

En caso de que alguna de las partes se niegue a firmar, conforme a las reglas de la CCI (art. 18, 3), el documento debe ser sometido para su aprobación a la Corte.

En la misma acta de misión del árbitro o términos de referencia puede acordarse el orden en que deben resolverse los asuntos planteados; así, por ejemplo, puede "determinarse en forma preliminar que en el arbitraje se decidirán en forma inicial

las cuestiones de responsabilidad en el incumplimiento del contrato, y únicamente después, si así fuese necesario, las cuestiones relativas a daños y perjuicios causados..."[52]

Las reglas de la CCI establecen los elementos mínimos que debe contener un acta de misión o términos de referencia, y son los siguientes (art. 18.1):

- Nombre completo y calidad en que intervienen las partes.
- Dirección de las partes donde se podrán efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje.
- Una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones y, en la medida de lo posible, la indicación de cualesquier sumas reclamadas por vía de la demanda principal o reconvencional.
- A menos que el tribunal arbitral lo considere inadecuado, una lista de los puntos litigiosos por resolver.
- Nombres y apellidos completos, calidad y dirección de los árbitros.
- Sede del arbitraje.
- Precisiones en relación con las normas aplicables al procedimiento y, si fuere el caso, la mención de los poderes conferidos al tribunal arbitral para actuar como amigable componedor o para decidir *ex aequo et bono.*

En la práctica suele suceder que las partes no se pongan de acuerdo en los términos precisos sobre la *litis.* En estos casos los árbitros deben evaluar las diferencias, acercarlas lo más posible y, en todo caso, expresar en el documento lo que la parte actora considera que es la *litis,* y lo mismo, a su vez, la parte demandada. Aunque no haya total coincidencia, ésos serán los puntos controvertidos sobre los cuales deberán pronunciarse los árbitros.

Hemos reiterado que el arbitraje no está limitado por formalismos; sin embargo, en el plano de los *términos de referencia* es importante que quede aclarada la representación legal por parte de quienes intervienen en la elaboración de los mismos y, de ser posible, que se diga ahí si se ostentan con algún poder de representación. En los arbitrajes AAA e ICDR estos acuerdos suelen hacerse en una primera conferencia telefónica entre las partes y el tribunal, de la cual se levanta un acta con los acuerdos que posteriormente adopten las partes.

En la fase probatoria, aquella en la que por fin se reúnen físicamente las partes con los árbitros, se reciben los documentos, testigos, peritos, inspecciones, etc., las partes pueden pactar la omisión de diligencias probatorias, bastando únicamente que se presenten los documentos acordados. Según las reglas, el tribunal es libre para decidir en torno de la forma de interrogar a los testigos, siempre respetando los derechos de audiencia e igualdad entre las partes. Es común encontrar en el arbitraje internacional el empleo del método del *cross examination* de preguntas directas y

52 Alejandro Ogarrio R. E., "El procedimiento arbitral", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.,* p. 82.

respuestas que ayuda a descubrir la verdad. El desahogo de las pruebas se hará en el idioma que las partes acordaron previamente para el arbitraje.

Esta fase se caracteriza por el principio de contradicción y por la discreción que debe seguirse, ya que el proceso no es público. Además, las diligencias podrán repetirse según lo resuelva el tribunal. Al final de la fase se declaran "cerradas todas las audiencias" o concluido el periodo de instrucción. En todo momento los árbitros tienen plena libertad para conducir el procedimiento como lo estimen más oportuno, respetando los principios establecidos en las reglas de arbitraje.

Con el objeto de mantener siempre la igualdad entre las partes, al final de la fase probatoria el tribunal arbitral debe consultarlas sobre si ya desahogaron todas las pruebas que ofrecieron y si expresaron todas sus defensas. Tal confirmación —se recomienda que quede precisada en un acta firmada por las partes y los árbitros— es indispensable para evitar que esta fase del procedimiento sea atacada de nulidad con el argumento de que una de las partes no fue oída y se violó su derecho de audiencia.

Una vez agotada la fase de instrucción, siempre es conveniente solicitar a las partes que presenten sus conclusiones o alegatos, para lo cual se les fija un plazo. Los alegatos y conclusiones tienen la ventaja de ayudar a los árbitros a constatar que, con base en la definición de la *litis* que se hizo en el acta de misión o términos de referencia, se ha juzgado precisamente lo que las partes acordaron desde su cláusula arbitral y que no ha habido omisiones o excesos que puedan prestarse a impugnaciones ante los tribunales estatales cuando se trate de hacer reconocer y dictar ejecución forzosa del laudo. Asimismo, esas conclusiones y alegatos servirán como una buena guía —una *aide memoire*— para el tribunal en el momento de la elaboración del laudo.

El procedimiento concluye con el laudo, que es el que resuelve el fondo controvertido. Los árbitros gozan de libertad para elaborar el laudo. En la práctica, cuando el tribunal arbitral está compuesto de tres árbitros, el presidente del tribunal elabora un esquema del laudo, reparte tareas a los otros árbitros y finalmente elabora el primer borrador del laudo, que somete a la consideración de los otros árbitros. Con las observaciones de éstos envía el laudo a la institución administradora. El centro administrador no influye sobre la resolución que tomen los árbitros. Sin embargo, la CCI lleva a cabo una labor de revisión y aprobación del laudo cuando éste ha sido concluido. De esta forma, la Corte revisa con minuciosidad el proyecto del laudo y eventualmente puede hacer a los árbitros recomendaciones de tipo formal, como omisiones, contradicciones, corrección de errores, corrección de cuentas, etc. El laudo previamente firmado por los árbitros, una vez aprobado por la Corte, es notificado por ésta a las partes.

De acuerdo con las reglas de la CCI, el laudo debe estar motivado; es decir, los árbitros deben expresar con claridad y brevedad las razones que los llevaron a pronunciar el laudo. No hay ningún formalismo para hacerlo; sin embargo, si se trata de un laudo que deba ser presentado ante los tribunales mexicanos para su reconocimiento, es recomendable solicitar a los árbitros que la motivación sea lo más amplia

posible y que funden sus razones en el derecho aplicable para evitar que algún juez, por desconocimiento de las reglas arbitrales, lo rechace por ese motivo.

Otras instituciones administradoras reciben el laudo y algunas, sin revisión o aprobación previa, una vez firmado por los árbitros, lo notifican a las partes.

c) Medios impugnativos

La posibilidad de combatir una resolución arbitral supone que alguien la considera ilegal o injusta o que los árbitros se han excedido en sus facultades o no han resuelto todo lo que las partes acordaron que debía ser resuelto por el tribunal arbitral. Por ello, quien se siente lesionado por el actuar o por la resolución, la impugna para que se corrija y, cuando ya es definitiva, se resiste y la ataca.

Algunos medios, como los *remedios procesales,* pretenden la corrección (no la anulación) del acto que se estima viciado. En este sentido, el laudo puede ser aclarado o complementado, según la ley interna mexicana (art. 1451, *CCom*) y la mayoría de los reglamentos arbitrales.

Otros medios, como la apelación, tratan de nulificar o modificar el acto impugnado. Este tipo de medio impugnativo es prácticamente inexistente en el proceso arbitral. La ley interna y el derecho convencional internacional tampoco la estiman. Antes de las modificaciones al *Código de Comercio* era permisible la apelación, pero también se establecía la posibilidad de que los interesados renunciaran a este medio impugnativo.

La *nulidad* o *revocación* del laudo es el medio impugnativo aceptado en el *Código de Comercio* (art. 1460), el cual sólo podrá ejercerse ante los tribunales del país que haya sido sede del arbitraje.

Por último, también cabe mencionar el amparo. Dicho recurso es improcedente en materia arbitral, ya que este medio impugnativo sólo procede contra actos de autoridades, circunstancia que no se advierte en la naturaleza de los árbitros.[53] Curiosa y anticonstitucionalmente, el *CPCDF* declara su procedencia (art. 635),[54] pero esta disposición no es aplicable al arbitraje comercial internacional que nos ocupa, por no ser el *CPCDF* aplicable supletoriamente a la materia arbitral.

Es importante precisar que el laudo no es dictado por autoridades y, por tanto, no está sujeto al amparo. Sólo cuando el laudo ha sido sometido para su reconocimiento a los tribunales nacionales y éstos lo reconocen y, en su caso, dictan un auto de ejecución forzosa, entonces sí es procedente el amparo, pero sólo en contra de esos actos judiciales; el amparo sólo debe versar sobre si fue o no procedente el reconocimiento, y no se deberá entrar en el fondo del laudo, ya que esto ha de considerarse como una decisión no sujeta a apelación.

53 Sobre este tema consúltese Carlos de Silva Nava, "El arbitraje y el amparo", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.,* pp. 157 y siguientes.

54 "Contra las resoluciones del árbitro designado por el juez cabe el amparo de garantías, conforme a las leyes respectivas."

Es conveniente insistir en este aspecto y distinguirlo del procedimiento de nulidad del laudo que sí procede, pero únicamente ante los tribunales judiciales del lugar en donde se dictó el laudo. Volveremos sobre este tema más adelante.

d) Incidencias durante el procedimiento

Durante el desarrollo del proceso arbitral pueden surgir algunas cuestiones que es preciso resolver antes de la resolución final y de fondo. Esto es, al lado de la *quaestio principalis* puede presentarse la *quaestio incidens.*

El tribunal arbitral es competente para conocer de los incidentes. Puede conocer sobre la competencia del propio tribunal, la acumulación de procesos arbitrables, la elección de árbitros sustitutos, los gastos u honorarios, las medidas precautorias, etc. Destaca en estos incidentes que ellos no *suspenden la marcha normal del proceso principal,* como puede ocurrir con el proceso judicial estatal. Eventualmente, el tribunal arbitral está facultado para dictar laudos interlocutorios, como puede ser en el caso de las medidas precautorias.

21.10. Laudo o sentencia arbitral

Seguramente la decisión más importante en el proceso arbitral es el *laudo* o *sentencia arbitral.*[55] Se trata de la resolución que resuelve el fondo controvertido y que normalmente ha sido la esperada por quien abrió el proceso arbitral.

El laudo resuelve el fondo controvertido por sí mismo, sin necesidad de que sea aprobado por una autoridad judicial u otra estatal.

Según el *Código de Comercio,* un laudo es simple cuando sólo resuelve la controversia. Al lado de éste se encuentra el *laudo interpretado,* el que luego de pronunciado el laudo simple desentraña su sentido. Además, antiguamente se hablaba del laudo *rectificado* o *corregido,* es decir, aquel que rectifica lo resuelto. Sin embargo, esta posibilidad desapareció con la aceptación prácticamente unánime en el sentido de que el laudo es una decisión definitiva. Por último, es conocido el *laudo adicional,* en el que se resuelven las pretensiones no resueltas en el laudo simple (art. 1450, *CCom).*

Se puede hablar de *laudo nacional* y *extranjero,* y esta clasificación alude el *Código de Comercio* cuando establece que serán sujetos de reconocimiento y ejecución los laudos dictados en otro país (capítulo IX del título cuarto, libro quinto).

55 Originalmente parece que la resolución que recaía en el proceso arbitral se denominaba *sentencia.* La ley de enjuiciamiento mercantil española del siglo XIX así lo establecía. El laudo lo reservaba esa ley al acto decisorio que emanaba de la amigable composición. Antonio Marchan Álvarez, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico, op. cit.,* p. 189. En México y en varios países latinoamericanos se le denomina *laudo* a la resolución arbitral; sin embargo, internacionalmente se le conoce como *sentencia arbitral.* Ésta es la terminología reconocida por la Convención de Nueva York.

El origen del laudo sirve para aplicar la reciprocidad establecida en la Convención de Nueva York. Por cierto, la cláusula de reciprocidad de este tratado no podrá ser aplicada por México, ya que al ser ratificado, México no opuso reservas. Además del origen del laudo, sirve para saber dónde deben estar acreditados los agentes diplomáticos o consulares o las autoridades locales que más adelante podrán certificar o legalizar el laudo. Cabe adelantar que esta certificación consular no es necesaria, pues suele aceptarse que el laudo esté firmado en original por los árbitros que intervinieron, y si éstos fueron designados por una institución administradora, con una certificación de la institución.

Normalmente todo laudo debe acoger los *principios de congruencia y exhaustividad.* Mediante el primero se deben resolver las mismas pretensiones que fueron sometidas al proceso, esto es, no se puede resolver otro tipo de pretensiones. Por el segundo de los principios el laudo debe resolver todas las pretensiones llevadas al proceso arbitral; no debe faltar una sola.

La *fundamentación y motivación* son otros principios que suelen mencionarse. No obstante, el *Código de Comercio* dispone que aunque el laudo debe contener los razonamientos o motivos, las partes pueden dispensar que se asienten esos datos, circunstancia que se atiende especialmente en el caso de los laudos de equidad, pero no en los de derecho. Sin embargo, cuando se trate de un laudo que vaya a ser ejecutado en México, es recomendable que las partes acuerden que debe estar fundado y motivado para evitar sorpresas en los tribunales mexicanos.[56]

Si los tribunales arbitrales son colegiados, el laudo puede adoptarse por *mayoría de los votos de los árbitros.* Esto nos indica, en otra clasificación, que los laudos pueden ser por unanimidad o por mayoría. Hay casos en los que el árbitro disidente elabora una opinión que acompaña al laudo. En la práctica del arbitraje no son aconsejables las opiniones disidentes, porque éstas suelen ser utilizadas ante los tribunales judiciales para anular el laudo, que por otro lado no es el propósito que se busca con la opinión disidente.

Conforme a la Convención de Nueva York, el laudo alcanza la definitividad o *res iudicata,* que nos indica la inimpugnabilidad del mismo. Al respecto, José Luis Siqueiros afirma que el laudo se constituye como un título al que debe dársele crédito. Algunos abogados litigantes consideran que el laudo queda como una *simple opinión.* Indudablemente se trata de un error producto de épocas en que el arbitraje era descalificado. En la actualidad, la propia Convención de Nueva York obliga a las autoridades estatales a reconocer y ejecutar el laudo que se hubiese pronunciado, salvo los casos especiales que la misma Convención establece.[57]

56 Sobre las diferentes posturas de los tribunales mexicanos frente al arbitraje y en especial frente al árbitro, véase Carlos Loperena Ruiz, "Ejecución de laudos arbitrales comerciales extranjeros en México", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.,* pp. 107 y siguientes.

57 Para conocer la postura de los tribunales de otros países frente a la Convención de Nueva York consúltese Jean Paulson, "The impact of treaties on ICC Arbitration", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.*

21.11. Apoyo estatal al arbitraje

Dijimos que el tribunal arbitral y sus resoluciones carecen de *imperium*. ¿Qué hacer para que el laudo se ejecute, si éste ha sido pronunciado por sujetos no oficiales? ¿Qué hacer cuando los testigos no quieren declarar frente al árbitro? ¿Qué hacer para que el demandado comparezca ante el tribunal arbitral, o bien, cuando deba ejecutarse una medida precautoria?, etcétera.

Ante estas posibilidades, los tribunales estatales le facilitan la ayuda al árbitro. Actualmente, más que controlar la actividad arbitral, el Estado *garantiza esa actividad*, ya que por medio de los jueces *otorga al arbitraje la coerción* que requieren los árbitros, así como la garantía de que se respetará el acuerdo arbitral, obviamente, siempre que las determinaciones cumplan los requisitos de legalidad necesaria.

Por ejemplo, todo tribunal estatal debe dar apoyo a la *excepción de compromiso, de litispendencia de cosa juzgada*. De esta forma, si alguna demanda se presenta ante los tribunales estatales, éstos, basados en el acuerdo arbitral (civil o comercial), deben remitir *a las partes a un tribunal arbitral* (art. 1424, *CCom*). Igualmente, si el litigio ya se hubiese planteado ante los tribunales de arbitraje, el tribunal estatal debe declarar *procedente la excepción de litispendencia*. A la vez, si el litigio ya fue resuelto por un tribunal arbitral, la autoridad estatal debe declarar procedente la *excepción de cosa juzgada* en el caso de que se vuelva a plantear el litigio en terrenos judiciales.

Para garantizar la actividad arbitral, los jueces estatales también tienen el deber de cooperar con los tribunales arbitrales. Pueden hacerlo *designando árbitros* (arts. 1427, fraccs. I, III, y 1431, *CCom*), *compeliéndolos a realizar su función* (art. 636, *CPCDF*), y *revisando su capacidad subjetiva en concreto* (art. 1428, *CCom*).

Para prestar la fuerza o *imperium*, el tribunal estatal *reconocerá y ejecutará* las resoluciones arbitrales, en este caso, cuando se trate de medidas cautelares (arts. 1425 y 1433, *CCom*) o medios de apremio, como por ejemplo para que las partes exhiban algún documento, se presenten a declarar, citar testigos o peritos (art. 1444 de dicho *Código*).

21.12. Procedimiento de exequátur y homologación

Al pronunciarse el laudo ha concluido el proceso arbitral y con ello se ha definido o resuelto el litigio interpartes, aunque es factible que la parte contra la que se dictó el laudo cumpla el mismo, también lo es que se niegue a cumplir lo ordenado por el tribunal arbitral.

En estas condiciones, la parte en cuyo favor se pronunció el laudo optará por la ejecución coactiva de lo mandado. Sólo que, como ya dijimos, el laudo no fue pronunciado por una autoridad estatal y acaso sea necesario que ese laudo se ejecute en un lugar diverso de aquel en donde se dictó.

No hay que olvidar que entre denegar el reconocimiento de un laudo y reconocerlo, el derecho internacional ha optado por el principio "favor arbitraje", de ahí que se hubiese liberado la gran carga de requisitos que se habían establecido antes de la Convención de Nueva York.

A reserva de lo que ya explicamos en el capítulo 20 al referirnos al reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias, sólo puntualizaremos en las próximas líneas algunos aspectos de interés. Nos referiremos al procedimiento de exequátur y a la resolución homologatoria.

Aunque existen convenios internacionales para reconocer laudos arbitrales, lo que no se encuentra estandarizado son los procedimientos, que pueden ser diferentes de un país a otro. El procedimiento italiano, por ejemplo (arts. 839 y ss. del *Código de Procedimiento Civil*), es distinto del mexicano. Por lo pronto, nuestro interés se centra en la regulación mexicana.

En el procedimiento de exequátur conviene recordar la diferencia entre el procedimiento tendiente a obtener el reconocimiento del laudo y su reconocimiento mismo. Al procedimiento lo conocemos como procedimiento de exequátur, y al reconocimiento como *homologación*. La palabra *homologación* es un neologismo que significa "cúmplase".

La competencia en México para conocer del procedimiento de exequátur recae en una autoridad judicial estatal, no en una administrativa o en el mismo tribunal arbitral. En algunos países tal competencia recae en los tribunales de segunda instancia (la Corte de Apelaciones o el Supremo Tribunal Federal); en México, en un juzgado de primera instancia, que bien puede ser del fuero común o de distrito (art. 1422, segundo, *CCom*). Al respecto, debemos tomar en cuenta que en materia mercantil la competencia entre tribunales del fuero común y federales es concurrente. A la vez, el tribunal podrá ser el del domicilio del ejecutado o el de la ubicación de los bienes.

El procedimiento de exequátur se inicia con la solicitud de homologación del laudo. Esta solicitud no es introducida por vía de exhorto o carta rogatoria, ya que es el propio interesado quien la presenta, además de que no se trata de una resolución judicial. A dicha solicitud deberá anexarse diversa documentación:

- Copia auténtica o certificada del laudo.
- Las traducciones al español que sean necesarias.
- Original o copia autenticada del acuerdo arbitral.
- Copia de la constancia que demuestre que el demandado fue notificado o emplazado en forma personal.
- Documentación que demuestre que el laudo tiene el carácter de cosa juzgada en el lugar donde se dictó.
- Otros requisitos, tales como domicilio para oír notificaciones.

Algunas de estas constancias podrán omitirse, pues la carga de la prueba de su ausencia recae en el presunto ejecutado. Tal ocurre por ejemplo con la validez del acuerdo arbitral.

Entre los requisitos para que un laudo pueda homologarse deben diferenciarse los que se establecen en algún tratado internacional y los que la ley interna puede llegar a estipular. Ningún Estado parte en el tratado podrá exigir mayores requisitos o más gravosos que los que exige dicho tratado. Por lo que hace a los establecidos en la Convención de Nueva York, Santos Belandro los clasifica en atención a los sujetos del proceso y en aquellos que se refieren al demandante, al demandado y al juez del exequátur.[58]

La Convención de Nueva York dispone que para la homologación de un laudo nacional o un laudo no nacional no deben establecerse diferencias rigurosas. En el convenio se utilizan las palabras *apreciablemente más rigurosas* y *no sustancialmente similares*. Por virtud de la resolución homologatoria, el laudo equivale a una sentencia y tendrá la misma eficacia que cualquier sentencia nacional.[59]

Por último, es factible que el laudo sea reconocido parcialmente y esto da lugar a su ejecución parcial. La homologación parcial puede sobrevenir, por ejemplo, cuando una parte de lo resuelto pugna contra el orden público foral o porque no todos los bienes sobre los cuales ha de ejecutarse el laudo se encuentran en el foro.

21.13. Ejecución del laudo

Los compromitentes que se sometieron al arbitraje conforme a las reglas de la Corte de Arbitraje Internacional (la de la Cámara Internacional de Comercio) deberán cumplir "el laudo sin demora" (art. 321), lo que es válido también para el TLCAN si se tratara de un laudo en materia de inversiones (art. 1136.2).

El cumplimiento de un laudo no debe entenderse como un mero acatamiento de un acuerdo arbitral, sino como el de una decisión jurisdiccional pronunciada luego del proceso arbitral.

El laudo se ejecutará de la misma manera y conforme a los mismos procedimientos con que se ejecuta una sentencia nacional. Sus reglas corresponden a las que ya examinamos al referirnos a la homologación de laudos y sentencias extranjeras.

21.14. Nulidad del laudo

Para concluir con este capítulo es necesario decir algunas palabras respecto de la nulidad del laudo.

58 Ruben B. Santos Belandro, *Arbitraje comercial internacional, op. cit.*, pp. 85 y siguientes.

59 Sobre resoluciones mexicanas, véase Jorge Alberto Silva, "Algunas resoluciones judiciales de los tribunales mexicanos en torno al reconocimiento del laudo arbitral", en *Decita*, Buenos Aires, 2004.

En primer lugar está la cuestión de la competencia. El art. 1422 del *Código de Comercio* determina que cuando se requiera intervención judicial "será competente para conocer el juez de primera instancia federal, o del orden común del lugar donde se lleve a cabo el arbitraje". Esta misma disposición señala en su segundo párrafo: "Cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera del territorio nacional, conocerá del reconocimiento y de la ejecución del laudo el juez de primera instancia federal o del orden común competente del domicilio del ejecutado o, en su defecto, el de la ubicación de los bienes."

Como se advierte, se determina la competencia en dos hipótesis distintas. En la segunda, el reconocimiento y la ejecución se refieren claramente al laudo dictado por un tribunal arbitral que ha tenido su sede fuera de México y, por tanto, ese laudo debe ser reconocido y homologado por los tribunales mexicanos. En cambio, en la primera hipótesis la competencia a que se refiere el art. 1422 respecto de la intervención judicial en general remite al "lugar donde se lleve a cabo el arbitraje", y la disposición es clara cuando determina qué jueces —de primera instancia federal o del orden común— mexicanos deben conocer en caso de que "el lugar donde se lleve a cabo el arbitraje" se encuentre dentro de territorio nacional, incluida la competencia para conocer de la nulidad del laudo.

Interpretada la disposición del art. 1422 a *contrario sensu,* nos dice que cuando el "lugar donde se lleve a cabo el arbitraje" no esté dentro de territorio nacional, serán competentes para intervenir judicialmente los tribunales del lugar sede del arbitraje. Dicho en otras palabras, los tribunales del lugar donde se realice el arbitraje serán los competentes para conocer de la nulidad del laudo.

El capítulo VIII del título cuarto del *Código de Comercio* prevé las causas de nulidad del laudo cuando la sede del arbitraje haya estado en México. Se trata de causas que sólo pueden argumentarse para declarar la nulidad del laudo, sin que valga aplicar aquí, como hemos dicho, disposiciones supletorias de ningún tipo.

Efectivamente, en materia arbitral, de acuerdo con el *Código de Comercio*, no se admite ninguna supletoriedad cuando se trata de aplicar el título cuarto del libro quinto de ese ordenamiento, y la razón es la siguiente: como ya mencionamos, el libro quinto, en su título primero, que se refiere a los juicios mercantiles, estipula en el art. 1051 que "el procedimiento mercantil preferente a todos es el que libremente convengan las partes [...] pudiendo ser un procedimiento convencional ante tribunales o un procedimiento arbitral". En el tercer párrafo de la misma disposición se lee que "el procedimiento arbitral (se regirá) por las disposiciones del Título Cuarto de este libro"; o sea, el título que establece las disposiciones en materia arbitral y al que ya nos hemos referido.

Más adelante, el art. 1054 del *Código de Comercio* sienta como regla general que sólo en los casos en que no exista compromiso arbitral ni convenio entre las partes, "salvo que las leyes no establezcan un procedimiento especial o una supletoriedad expresa", se aplicará dicho *Código,* y en su defecto, se "aplicará la ley de procedimientos local respectiva". Dicho en otros términos, si hay acuerdo arbitral y se aplica un procedimiento especial como el establecido en el título cuarto de ese mismo libro

quinto, el resultado es que no habrá supletoriedad de ningún *Código de procedimientos*, salvo que las propias partes así lo acuerden.

En materia de nulidad del laudo, exclusivamente cuando la sede del arbitraje se encuentre en México, quedan como únicas procedentes las seis causas que se mencionan en el art. 1457:

- Falta de capacidad en alguna de las partes, o bien, que dicho acuerdo no ha sido válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido.
- Violación al derecho de audiencia de alguna de las partes.
- El laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje, o hubo exceso de parte de los árbitros al decidir sobre cuestiones no acordadas por las partes.
- La composición del tribunal no se ajustó al acuerdo celebrado entre las partes.
- Según la legislación mexicana, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje.
- El laudo es contrario al orden público mexicano.

La limitación de causas de nulidad del laudo arbitral queda así determinada por el *Código de Comercio* y por legislaciones nacionales de otros países, a fin de otorgar certeza y seguridad jurídica de que sólo por estas causas el laudo puede ser, eventualmente, anulado. Por otro lado, se cumple un principio de uniformidad internacional en una institución que tiene vocación internacional (el arbitraje) y que consiste en que se conozca previamente la normatividad a que las partes se someten cuando firman su acuerdo arbitral.

Para concluir el tema de la nulidad del laudo arbitral y este capítulo, mencionaremos algunas ideas que han surgido a últimas fechas y que sugieren que los tribunales del lugar sede del arbitraje no necesariamente tienen competencia para conocer de la nulidad del laudo.

Estas ideas surgen a partir de que el art. v, 1. e) de la Convención de Nueva York establece en términos condicionales que los tribunales o las autoridades competentes del país en el que se pide el reconocimiento y la ejecución podrán denegar dicho reconocimiento y ejecución cuando la sentencia arbitral haya sido anulada por la autoridad competente del país en el que, conforme a su ley, ha sido dictada la sentencia, que suele coincidir con el país sede del arbitraje.

La primera sentencia en este sentido fue una decisión de la Corte de Casación francesa del 23 de marzo de 1994,[60] por la que el máximo tribunal francés confirmó una sentencia rendida por el Tribunal de Gran Instancia de París de fecha 19 de diciembre de 1991, en la que se otorgó validez a una sentencia arbitral del 19 de agosto de 1988 dictada en Suiza, a pesar de que esa sentencia había sido anulada por los tribunales de Ginebra. Las razones que se expresaron para confirmar el criterio

60 *RCDIP*, núm. 2, 1995, pp. 356 y 357, Societé Hilmarton Ltd. *vs.* Societé Omnium de Traitement et de Valorisation, S.A., Cour de Cassation, 1er. Chambre, 23 de marzo de 1994.

del Tribunal de Gran Instancia de París fueron que la sentencia es internacional y como tal no se integró al orden jurídico del Estado suizo y, por tanto, a pesar de su anulación por los tribunales de Ginebra, sede del arbitraje, no pierde su naturaleza y valor internacionales; en consecuencia, puede ser reconocida en Francia sin que ese reconocimiento sea contrario al orden público internacional.

Un caso más reciente fue el de *Chromalloy Autoservices vs. gobierno de Egipto*, decidido por la Corte del Distrito de Columbia en Estados Unidos de América, en 1996.[61] Aquí, esta Corte reconoció un laudo que había sido anulado por el Tribunal de Apelaciones de Egipto, país sede del arbitraje. El arbitraje se derivó de una disputa sobre un contrato de suministro militar entre Chromalloy y la Fuerza Aérea Egipcia. Las razones de parte de la Corte de Columbia para reconocer la sentencia arbitral previamente anulada en Egipto fueron las que se detallan a continuación:

Conforme a la Convención de Nueva York, específicamente el art. v, el juez del reconocimiento tiene facultades discrecionales para denegar o no el reconocimiento y la ejecución de un laudo arbitral. Asimismo, el art. VII de la Convención de Nueva York —consideró el juez estadounidense— establece "el derecho de las partes que pueden hacer valer contra una sentencia arbitral en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque", y en el caso de que se trata, la actora Chromalloy invocó el derecho que le asistía a que el laudo fuera reconocido conforme a la *Ley Federal de Arbitraje de Estados Unidos de América*.

Independientemente de otros argumentos formulados por el juez de Columbia, se afirmó que existe discrecionalidad en la Convención de Nueva York para reconocer o no los efectos de una nulidad del laudo declarada en el extranjero, y con ello se fortalece la idea de que, en última instancia, es el país de reconocimiento el que tiene la última palabra; en estas circunstancias, el principio de que sean competentes las autoridades del país en donde ha tenido lugar la sede del arbitraje parecería sólo limitarse a aquellas situaciones en las que el tribunal arbitral requiere acciones que revistan *imperium*, como las medidas precautorias, la comparecencia de ciertos testigos o el desahogo de pruebas que reclaman la fuerza de las autoridades estatales.[62]

Si continúa la tendencia a la que nos hemos referido y que hoy en día parece perfilarse, partes interesadas intentarán cada día menos una acción de nulidad del laudo ante las autoridades competentes del lugar donde se haya efectuado el arbitraje, salvo que ésta sea una acción, entre otras, para demorar el reconocimiento y la ejecución del laudo.

61 Sobre este caso consúltense Carolyn Lamm, en *International Arbitration Law Review*, vol. I, núm. 1, diciembre de 1997, pp. 16 y 17; Leonel Pereznieto Castro, "El caso Chromalloy Autoservices, ¿un nuevo derrotero en el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros?", en *Pauta, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, año XCIX, núm. 28, pp. 37 y siguientes.

62 Otros casos sobre el mismo tema: Societé Hilinarton *vs.* Societé OTV, del 10 de junio de 1997, Corte de Casación, en *International Arbitration Law Review*, vol. I, Issue 1, diciembre 1997, pp. 16 y 17; Lapine Technology Corp. *vs.* Kyocera Corp., 3er. Distrito Federal, 97CD059183 9th Circuit, en *International Arbitration Law Review*, vol. I, núm. 3, 998, 9 de diciembre de 1997, pp. 55 y siguientes.

22 Solución de controversias en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)

22.1. Introducción

La administración de los tratados internacionales ha sufrido varios cambios, en especial durante la segunda mitad del siglo XX. Nos referiremos a dos tipos de administración de un tratado: la *unilateral* y la *bilateral.*

En la administración unilateral, también llamada administración *clásica* o *tradicional,* cada Estado contratante interpreta el tratado del cual es parte y lo aplica a través de sus propias autoridades. Este mecanismo, que sigue vigente en la mayoría de los tratados de los que México es parte, ha sido criticado debido a los conflictos de interpretación y aplicación que produce. Así, un Estado parte puede entender y aplicar en forma muy estricta una institución o disposición, en tanto que otro puede entenderlo de manera diferente. Por ejemplo, el concepto de la notificación en el derecho codificado o en el *common law:* en uno es un concepto estricto cuyo cumplimiento requiere formalidades, mientras que en el *common law,* los requisitos para considerar realizada una notificación personal recaen en elementos más de hecho —"el demandado debió haber sabido qué se le notificó"—; es decir, el medio se vuelve secundario. Lo mismo sucede en otros temas del derecho procesal o incluso del derecho material.

En la administración bilateral de un tratado (o multilateral, según el caso) los Estados parte, además de acordar las normas materiales del acuerdo, también crean diversos órganos para administrar ese tratado. Éste, claro está, es interpretado y aplicado por los órganos creados por consenso para ese fin. El Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) es un ejemplo de este tipo de administración.

El TLCAN prevé la existencia de diversos órganos en los que participan los Estados parte, los cuales se encargan de interpretar y administrar ese tratado. Cabe mencionar, por ejemplo, la Comisión de Libre Comercio, integrada por representantes de cada país y cuya función es la siguiente:

- Supervisar la puesta en práctica del TLCAN.
- Vigilar su ulterior desarrollo.

- Resolver las controversias que pudiesen surgir respecto de la interpretación o aplicación del propio TLCAN.
- Supervisar la labor de todos los comités y grupos de trabajo establecidos conforme a ese tratado, incluidos en el anexo 2001.2.
- Conocer de cualquier otro asunto que pudiese afectar el funcionamiento del tratado.

A su vez, esta Comisión puede encargar ciertas responsabilidades a comités *ad hoc.* Cuenta con un Secretariado, que está compuesto por sus secciones nacionales; así, por ejemplo, en México está la Sección Mexicana del Secretariado, y existen secciones nacionales en Estados Unidos de América y Canadá. Además de asistir a la Comisión de Libre Comercio, el Secretariado debe apoyar los paneles y comités que se creen con el objeto de solucionar desacuerdos o controversias

Uno de los aspectos sobresalientes y novedosos en el TLCAN es el mecanismo de regulación y solución de controversias, que abarca desde las consultas hasta el establecimiento de instancias resolutorias de carácter supranacional.

Dicho sistema de resolución de controversias se concibió para someter a escrutinio las divergencias nacidas de la ley o de las decisiones de las autoridades locales con base en la mayor objetividad posible. Con ello se busca desplazar la voluntad unilateral de los Estados parte en el tratado y establecer un sistema objetivo y confiable, por lo que el TLCAN representa un gran avance en la administración de los tratados.

Esta autonomía del sistema de controversias en el tratado se confirma a partir de dos criterios. Uno es que en el TLCAN los diferentes comités y comisiones son instancias resolutorias de carácter técnico que, junto con los paneles, solucionan las controversias; al mismo tiempo, la forma en que estas instancias resuelven cada caso establece un precedente; es decir, conforma una guía (aunque no vinculatoria) en cuanto a la manera en que las instancias resolutorias previstas en el tratado deben conducirse en el futuro y, a la vez, servirán de guía para futuros arreglos.

Las disposiciones del TLCAN en la materia señalada son de "tercera generación", pues crean un sistema de solución de controversias sin un pesado aparato burocrático, como es el caso de los tratados que administra la Unión Europea o el MERCOSUR. Los paneles son creados para cada caso específico, y cuando han rendido su decisión, desaparecen. Además, el sistema panelar previsto por el TLCAN se fundamenta en los principios y la experiencia del arbitraje comercial internacional.

En este capítulo presentamos una caracterización del sistema previsto por el TLCAN. En la primera parte examinaremos algunos de los sistemas de solución de controversias más relevantes en los tratados comerciales modernos de los que México es parte, y en seguida analizaremos el sistema de solución de controversias diseñado en el TLCAN con sus diversas variables.[1]

1 Véase Leonel Pereznieto Castro, "Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el Tratado Norteamericano de Libre Comercio", en *Jurídica,* Universidad Iberoamericana, núm. 23,

22.2. Antecedentes

Antes de estudiar el sistema de solución de controversias previsto en el TLCAN es pertinente que nos refiramos, aunque sea brevemente, a los métodos de solución de controversias en otros tratados que en alguna medida sirvieron de antecedente para el TLCAN. Abordaremos el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT) y la Organización Mundial de Comercio (OMC). También comentaremos los métodos de la Unión Europea.

a) Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT)

En 1947, una vez concluida la Segunda Guerra Mundial, 23 países firmaron el Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), tendiente a reducir las barreras arancelarias y no arancelarias al comercio. Desde entonces se han celebrado ocho rondas o reuniones de desgravación arancelaria y además se ha incrementado el número de países miembros. En la última (la Ronda Uruguay), surgió en 1994 la Organización Mundial de Comercio (OMC), que actualmente conforman 132 países. Los esfuerzos por reducir el proteccionismo son ahora más efectivos.

En sus 47 años de existencia el GATT contribuyó a la reconstrucción europea y, sobre todo, se constituyó en un foro que siempre veló por un comercio más libre en el mundo como elemento fundamental para el desarrollo de los Estados parte. En este tratado aparece regulado el "principio de la nación más favorecida", así como el "de trato nacional", que más adelante acogerá el TLCAN, así como los acuerdos de la OMC, a los que nos referiremos.

En el GATT[2] (art. XVIII, sección B) se establece un método de consultas con declaración. Así, cuando uno de los países suscriptores del acuerdo considera que otro (u otros) ha violado un aspecto del GATT en su perjuicio, tiene derecho a convocar a una reunión de los demás países contratantes y plantear su problema.

1994, pp. 355 y ss; José Luis Siqueiros, "La solución de controversias en el marco del TLC", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, núm. 24, 1995, pp. 379 y siguientes.

2 Especialmente los acuerdos complementarios que se derivaron del GATT, como el reglamento del art. VI sobre *antidumping* y derechos compensatorios; el acuerdo relativo a la aplicación del art. VII del GATT en materia de aforo aduanero; el acuerdo sobre obstáculos técnicos al comercio, o bien otros menores, como el de procedimientos sobre licencias de importación, en el que se contempla la existencia de "grupos de expertos técnicos" que tienen características de conciliadores y que emiten opiniones no vinculatorias, las cuales sirven para que las partes puedan llegar a arreglos; o bien, el caso de "grupos especiales" que en su estructura y carácter tienen parecido con los procedimientos de resolución de controversias en el TLCAN. Estos acuerdos constituyeron, junto con el GATT de 1947, los acuerdos multilaterales de la Organización Mundial de Comercio de 1994. Para un desarrollo de este organismo, véase Juan Manuel Saldaña, *Comercio internacional*, Porrúa-Instituto Internacional del Derecho, México, 2005, pp. 26 y ss. En esa misma obra, el autor aclara (p. 47) la vigencia del GATT de 1947.

Según el procedimiento, los países contratantes a los que les fue enviada la solicitud celebrarán consultas entre sí para determinar si efectivamente se lesionaron los intereses del país que presentó la denuncia. Si determinan que hubo lesión, establecerán contacto tanto con el Estado denunciante como con el denunciado y les propondrán vías de solución.

Si no se llega a un acuerdo conforme a los buenos oficios emprendidos y si el denunciante lo solicita, los países contratantes que han atendido la denuncia pueden emitir una declaración en la que se establezca que la actitud del país o países denunciados es contraria a los fines y objetivos de la carta del GATT.

Si emiten una resolución condenatoria, en el ámbito político internacional ello significa una sanción moral, pues el Estado o Estados que incurrieron en una violación del acuerdo se exhibirán ante la opinión pública mundial. En el caso extremo de que el país denunciado en la declaración no desista de su actitud, el denunciante podrá retirar las ventajas arancelarias que le haya otorgado en el ámbito o materia de la disputa.

Como se advierte, un mecanismo de este tipo tiene varias fallas. En primer término, el de ser un sistema de mediación que en última instancia deja a la parte denunciada la opción de remediar o no el conflicto que ha creado. En segundo, como los países con mayor poder económico son los que normalmente cometen faltas en contra de Estados menos fuertes, si como sanción éstos retiran sus ventajas arancelarias, ello desatará una reacción y tal vez hasta el retiro de beneficios arancelarios por parte de los países denunciados en una respuesta aún más grave.

b) Organización Mundial de Comercio (OMC)

A principios de la década de 1980 varios Estados miembros del GATT expresaron su desacuerdo con las reglas existentes en materia de comercio internacional y, sobre todo, con su insuficiencia. De esta manera, con motivo de la Ronda Uruguay, iniciada el 20 de septiembre de 1986 en Punta del Este, se planteó la reforma del sistema establecido. La Ronda concluyó ocho años más tarde y se acordaron nuevas normas, en las que el GATT pasó a varios acuerdos multilaterales, creándose la Organización Mundial de Comercio (OMC) como organismo administrador de dichos acuerdos. La constitución de la OMC se firmó el 15 de abril de 1994[3] y entró en vigor el primero de enero de 1995.

En los 14 acuerdos multilaterales aprobados se prevén mecanismos de interpretación y de ajuste de dichos acuerdos; sin embargo, se consideró necesario elaborar un convenio independiente, sujeto a la ratificación de los Estados parte del acuerdo,

3 Un tribunal *antidumping* (maíz de alta fructosa) formado al amparo del TLCAN resolvió, en 2001, que el sistema jurídico mexicano comprende, entre otros textos jurídicos, las normas del GATT, Juan Manuel Saldaña, *Comercio internacional*, *op. cit.*, p. 502.

en el que se establecieran y definieran las bases de un sistema de solución de controversias; se trata del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias, que consta en el anexo 2 de los documentos cuya administración queda encargada a la OMC.[4]

El nuevo sistema es mucho más desarrollado y completo que el incluido en el GATT; su normatividad es más precisa y amplia, y prevé diferentes instancias de solución, incluido el arbitraje comercial internacional cuando las partes lo acepten. También es importante mencionar que las bases fijadas en este entendimiento se concibieron para que de ellas pudieran derivarse en el futuro mejores y más eficientes sistemas de solución, habida cuenta de las diferencias que existen hoy en día entre los derechos y las obligaciones de las partes contratantes, que pasaron de las negociaciones arancelarias en bienes a la liberación del comercio en servicios e inversiones, con la amplia gama de necesidades que esto implica.

En el aspecto estructural, junto con el Consejo General aparecen tanto el Órgano de Examen de las Políticas Comerciales (OEPC) como el Órgano de Solución de Controversias (OCS). En los procedimientos para la efectividad jurídica del sistema se aprobó el Entendimiento Relativo a las Normas y Procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias. El OCS queda facultado para crear grupos especiales y adoptar los informes de éstos y del órgano de apelación. Se preservan las consultas, los buenos oficios, la conciliación, la mediación, los grupos especiales y el arbitraje, etcétera.[5]

A partir de la Conferencia de Doha de 2001, el acuerdo de los países parte se ha extendido a otras materias donde se ha discutido la necesidad de definir sistemas de solución de diferencias, tales como una mayor liberación en el mercado de prestación de servicios, las relaciones entre el sistema tradicional de patentes y el nuevo desarrollo biotecnológico, subvenciones a la exportación de productos agrícolas y comercio electrónico.[6]

c) Acuerdos latinoamericanos de libre comercio

En América Latina surgieron algunos organismos de libre comercio como la Asociación Latinoamericana de Libre Comercio (ALALC), ya desaparecida, y su sustituto, la Asociación Latinoamericana de Desarrollo e Integración (ALADI).[7] Esta última fue creada en 1980 por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela. La asociación se centra en el establecimiento de

4 J. L. Roca Aymar, "La Ronda Uruguay sobre negociaciones comerciales multilaterales", en *Mundi Prensa*, Madrid, 1994, pp. 453 y siguientes.

5 Véase Ruperto Patiño Manfer, "Creación de la Organización Multilateral de Comercio (OMC)", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 81, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México.

6 En este sentido, véase M. Herdegen, *Derecho económico internacional*, Thompson-Civitas, Madrid, 2003, pp. 191 y 192.

7 El primero, creado por el Tratado de Montevideo de 1960, y la segunda por el Tratado de Montevideo de 1980.

preferencias arancelarias y de cierta liberación. En 1993 México solicitó que se le suspendieran sus derechos como Estado parte, porque la ALADI era incompatible con el TLCAN.

La ALADI tiene un sistema de consultas como el del GATT. Cuenta con un tribunal que resuelve cuestiones propias de la organización, así como las controversias que se susciten entre la organización y algún Estado. Sin embargo, sus resoluciones no son obligatorias. Se trata del Tribunal Administrativo, cuyas funciones se dirigen más bien hacia la aplicación interna del tratado; no obstante, constituye una instancia de resolución de controversias de carácter supranacional.

En el tratado de complementación económica México-Chile, a raíz del cual se formó la Asociación de Libre Comercio, está previsto un sistema de solución de controversias más moderno y desarrollado (capítulo 16), que en resumen señala lo siguiente: cuando un productor nacional considera que ha sido afectado por prácticas desleales en el comercio realizadas por un productor establecido en uno de los países del tratado, puede recurrir al Secretariado Nacional (la oficina de cada país ante el acuerdo) para que éste, a su vez, presente la reclamación ante su contraparte del otro país. A partir de la fecha en que esta oficina reciba la reclamación se inicia el plazo de 15 días para que el asunto se exponga ante la Comisión Administradora del Acuerdo (la Comisión).

La Comisión debe valorar concienzudamente la controversia; puede incluso designar un mediador entre una lista de expertos nombrados por la misma instancia. El mediador dispondrá de un plazo de 30 días para avenir a las partes en conflicto. En caso de que el diferendo no pueda resolverse, la Comisión nombrará un grupo arbitral (panel) que estará compuesto por dos árbitros de cada país. Éstos, a su vez, nombrarán a un quinto árbitro no nacional de los Estados parte. Si los cuatro árbitros nombrados no se ponen de acuerdo en el nombramiento del quinto árbitro, éste será designado por el secretario general de la ALADI.

Desde el momento en que quede integrado, el panel contará con un plazo de 60 días para dictar su laudo, que no es susceptible de apelación. Si el laudo no es cumplido, esto podrá aducirse como causa para suspender la aplicación del acuerdo. Si subsiste, el incumplimiento puede ser causa de denuncia del tratado por parte del país miembro cuyo productor fue afectado por ese incumplimiento.[8]

En el ámbito del MERCOSUR también se creó un sistema de solución de controversias para los países miembros del acuerdo, primero con el Protocolo de Brasilia en 1991 y más tarde con el Protocolo de Ouro Preto (1994).

Los antecedentes tomados en cuenta para su preparación (la del sistema de solución de diferencias) fueron el Tratado constitutivo de la zona de Libre Comercio entre los Estados Unidos de América y Canadá —que también lo fue para el sistema

8 El acuerdo establece que este mecanismo de solución de controversias servirá para interpretar las disposiciones contenidas en el mismo, así como su aplicación o incumplimiento, excluidas las prácticas desleales de comercio, que deben seguir un camino diferente por medio de la Comisión Administradora del acuerdo, a la cual las comisiones nacionales suministrarán información con el objeto de arreglar conciliatoriamente las controversias sobre esta materia (art. 133).

adoptado por el TLCAN—, el Acuerdo de Complementación Económica celebrado entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos, la Carta de Naciones Unidas, los convenios de promoción y protección recíproca de inversiones que firmó Argentina y los mecanismos de solución de controversias utilizados por organismos como la ALADI y el GATT.[9]

d) Sistema de la Unión Europea

En el Tratado de Roma de 1957,[10] del que México no es parte, se estableció un sistema de solución de controversias. Como se recordará, con este tratado se constituyó la Comunidad Económica Europea (CEE). Sin embargo, también ha sido modificado, ampliado y precisado.[11]

El Tratado de Roma estableció cuatro órganos (art. 4o.): el Parlamento Europeo,[12] el Consejo de Ministros,[13] la Comisión, que es el órgano ejecutivo,[14] y la Corte de

9 Dreyzin *et al.*, "*Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los Estados mercosureños*", en Diego Fernández Arroyo (coord.), *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalía, Buenos Aires, 2003, pp. 202 y 203.

10 **Artículo 164.** "La Corte de Justicia (de las Comunidades) asegurará el respeto del derecho en la interpretación y aplicación del presente Tratado." Como veremos a continuación, la competencia interpretativa de la Corte a través del tribunal se amplió para *conocer de la aplicación del derecho internacional y del derecho comunitario*, y también para conocer de la aplicación del derecho interno y del derecho comunitario que realizan los jueces nacionales. En este sentido, consúltese J. Chauvin y E. Trubert, *Le droit communitaire et international devant le Juge de Commerce*, L'Epargne, París, 1989; y R. Abraham, *Droit internacional, droit communitaire et droit francais*, Hachette, París, 1989.

11 Especialmente la Convención de Bruselas del 27 de septiembre de 1968 y el Protocolo de Luxemburgo relativo a la interpretación de la Convención de Roma por la Corte de Justicia, conforme a la cual se otorgan facultades a la Corte para pronunciarse sobre la interpretación de la Convención en relación con la competencia judicial y la ejecución de decisiones en materia civil y comercial. Sobre este tema véase, entre otros, M. Waelbroeck, *Traités internationaux et jurisdictions internes dans les six pays du Marché Commún*, Pedone, París, 1970, y B. Generois, "Le droit internacional et le droit communitaire", en *Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat*, *LGDI* - Montchrestein, París, 1989. Entre los tratados más significativos, además del de Bruselas, pueden mencionarse el Acta Única Europea, firmada simultáneamente en La Haya y en Luxemburgo en 1986, y el Tratado de Maastricht de 1992.

12 De acuerdo con el art. 137 del Tratado de Roma, está integrado por representantes "del pueblo de los Estados parte de la Comunidad" y es electo por voto universal y directo; ejerce facultades deliberatorias y de control establecidas por el propio tratado.

13 Según el Tratado de Roma, el Consejo de Ministros se compone con los representantes de cada Estado parte de la comunidad y tiene como fin la realización de los objetivos del tratado, para lo cual debe asegurar la coordinación de políticas económicas generales de los Estados miembros (arts. 145 y 146).

14 El Tratado de Roma establece que la Comisión tiene cuatro facultades concretas: vigilar la aplicación de las disposiciones del tratado, formular recomendaciones u opiniones sobre éste y disponer de poderes ejecutivos, para lo cual, además, debe participar en la formación de las actas del Consejo y del Parlamento, y ejercitar las competencias que el Consejo le confiere (art. 155).

Justicia de las Comunidades[15] (también llamada *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*).

La Corte de Justicia de las Comunidades está regulada por la sección cuarta del capítulo tercero del tratado. Fue creada con las facultades para interpretar el propio tratado (art. 177).[16] Sin embargo, con motivo de la Convención de Bruselas de 1968 sobre Competencia y Ejecución de Sentencias en Materia Civil y Mercantil, y específicamente a raíz del Protocolo de esta Convención,[17] se le ampliaron las facultades a la Corte para interpretar cuestiones relativas a la competencia judicial y a la ejecución de sentencias en materias civil y comercial, siempre que esta interpretación se la hayan solicitado los tribunales de mayor jerarquía de los Estados parte de la comunidad.

Desde su origen, la Corte de Justicia de las Comunidades fue formada por juristas con conocimientos en el campo del DIPr y de las relaciones internacionales. Sin embargo, las facultades de interpretación del tratado en el área comercial internacional se ampliaron considerablemente en la década de 1970. Por ello en 1988, por decisión del Consejo de Ministros, se creó el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades, como anexo de la Corte. A este tribunal se le otorgaron atribuciones para conocer de las controversias surgidas entre individuos o empresas de derecho privado con las instituciones comunitarias. En estas relaciones se aplican los tratados o acuerdos de la CEE en materia comercial. También se ejercen estos instrumentos sobre las controversias derivadas de la aplicación de una amplia gama de reglamentos a nivel europeo, como distribución exclusiva, ventas en exclusividad, uso de patentes, convenios de especialización, franquicias, *know how*, etcétera.[18]

15 Con base en el art. 165, está formada por 13 jueces y tiene las facultades generales establecidas por el art. 164.

16 **Artículo 177** (primer párrafo). "La Corte de justicia es competente para decidir, a título prejudicial: *a*) sobre la interpretación del presente Tratado; *b*) sobre la validez y la interpretación de actos realizados por las instituciones de la Comunidad; *c*) sobre la interpretación de los estatutos de organismos creados por un acto del Consejo y cuando dichos estatutos así lo prevean."

17 Tanto la Convención como el Protocolo del 27 de septiembre de 1968. Para las decisiones de la Corte de la Comunidad más recientes en las que se definen cuestiones de competencia, puede consultarse Van Dalfsen y otros *vs.* Van Loon y otros, "Corte de Justicia de las Comunidades", Sexta Sala, 4 de octubre de 1991, en *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 1, enero-marzo, 1992, pp. 117 y ss.; "Overseas Union Insurance *vs.* New Hampshire Co", Corte de Justicia de las Comunidades, Sexta Sala, 27 de junio de 1991, en *Revue Critique de Droit International Privé*, núm. 4, octubre-diciembre, 1991, pp. 764 y ss. Específicamente sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras a la luz del derecho comunitario, véase A. Miele, *La cosa giudicata straniera. Escecuzione et reiconoscimento delle sentenze nel diritto commune europeo*, CEDAM, Padua, 1989.

18 Denominados *acuerdos*, han sido la vía para concretar aspectos específicos de la actividad económica y comercial en la vida comunitaria europea; además de los mencionados, existen acuerdos sobre los temas siguientes: venta y reventa de automóviles, libre establecimiento y prestación de servicios bancarios, de crédito, servicios financieros, de seguros y reaseguros, fianzas, agencias de correduría de seguros, representaciones comerciales, servicios de transporte, agentes de turismo, etcétera.

Actualmente una gran cantidad de asuntos comerciales entre particulares y las instituciones comunitarias, o de particulares respecto de otros particulares a través de regulaciones comunitarias, se resuelve por medio del Tribunal de Primera Instancia, que en realidad constituye una justicia supranacional. Este tribunal está formado por especialistas en derecho mercantil internacional y en DIPr, así como en lo que ahora se denomina *derecho comunitario*.[19] Parte de su actividad se centra en demandas presentadas por particulares y casos de competencia desleal entre empresas".[20]

22.3. El sistema de solución de controversias en el TLCAN

a) Antecedentes

El primero de enero de 1994 entró en vigor el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, del cual forman parte México, Estados Unidos de América y Canadá. Es un tratado muy amplio y entre sus objetivos principales está eliminar las barreras arancelarias al comercio mediante reglas claras de cooperación regional; por ello considera la necesidad de "crear procedimientos eficaces para la aplicación y cumplimiento de este Tratado, para su administración conjunta y para la solución de controversias" (art. 102.1.*e*).[21]

El sistema global de solución de controversias en el TLCAN es amplio y complejo debido al abundante número y diversidad de temas que regula. Los caminos o métodos para solucionar las controversias que puedan surgir dependen de la naturaleza, del tipo y del nivel de la cuestión por resolver. Ante la amplitud y complejidad de los temas regulados, la cantidad de métodos también se multiplicó. En las próximas líneas haremos una breve referencia a cada uno de éstos para concluir con la explicación de los mecanismos de solución de controversias más importantes.

b) Método de remisión a otros acuerdos internacionales

Es un *método indirecto,* porque el TLCAN no establece cuál debe ser el mecanismo de solución a una controversia, sino que remite a diversos acuerdos internacionales que fijan su propio mecanismo de solución. Aunque se trata de sistemas de resolución de diferencias acogidos por el TLCAN, no son regulados por el tratado, sino por

19 Pedro Pablo Miralles Sangro, "La formación de la Unión Europea", en Enrique Liende Paniagua *et al.*, *Derecho de la Unión Europea I* (*Antecedentes, instituciones, fuentes y jurisdicción*), Marcial Pons, Madrid, 1995.

20 Carlos Esplugues *et al.*, *Derecho del comercio internacional*, Reus, Montevideo, 2005, p. 68.

21 Para un estudio jurídico del TLCAN véase Fernando A. Vázquez Pando y Loretta Ortiz Ahlf, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio del Norte*, Themis, México, 1994; Sergio López Ayllón (comp.), *El futuro del libre comercio en el continente americano*, UNAM, México, 1997.

otros instrumentos internacionales que los mismos Estados parte concretaron en otra época. El TLCAN se refiere simplemente a lo señalado en esos instrumentos y remite a ellos para su aplicación. Este método de reflejo no es incongruente, pues los tratados o convenios a los cuales remite han probado su efectividad. Por lo demás, en caso de que se hubiera tenido que volver a incorporar materialmente lo establecido en esos tratados dentro del TLCAN, lo harían demasiado extenso y repetitivo.

En este sistema de remisiones tenemos las siguientes:

a) En primer lugar el TLCAN remite al Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT). El TLCAN (art. 103) establece que las partes ratifican los derechos y obligaciones vigentes entre ellas conforme al GATT; esto implica que queda vigente el derecho de los países contratantes de recurrir al sistema de consultas previsto en el art. XXII del GATT. Este criterio se encuentra confirmado en materia agropecuaria (anexo 703.2, sección B.6) para el caso de medidas globales en disposiciones de emergencia (art. 802), y en materia ambiental y de conservación de recursos no renovables (art. 2101).

b) En el TLCAN (art. 104) también se estipula una remisión a la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, así como al Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación. Cada uno de estos instrumentos internacionales tiene su propio mecanismo de solución de controversias.[22]

El Convenio de Basilea establece la obligación para los países miembros de definir, por la vía del protocolo, las normas y los procedimientos apropiados en lo que se refiere a la responsabilidad civil y a la indemnización de los daños resultantes del movimiento transfronterizo y a la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos.[23]

22 La Convención sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres. El art. XVIII dispone un procedimiento de conciliación, y en caso de que no se logre ningún acuerdo, recomienda que las partes se sometan al arbitraje, en especial al arbitraje de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya, en lo que corresponde a la segunda de las convenciones citadas. El Convenio de Basilea, en su art. 20, prevé también en primer lugar la conciliación, y si ésta no prospera se recomienda someter la controversia a la Corte Internacional de Justicia o al arbitraje que la propia Convención establece en su anexo VI. Es importante señalar que el arbitraje que se prevé en este convenio tiene algunas similitudes con el que explicaremos más adelante en el caso del TLCAN. En caso de que las partes no nombren árbitro, éste será designado por el secretario general de la Organización de las Naciones Unidas, y existe la posibilidad de que, al ratificar la Convención, la parte que lo haga declare que la reconoce como obligatoria de pleno derecho y sin acuerdo especial respecto de cualquier otra parte que acepte la misma obligación, la sumisión de la controversia al arbitraje.

23 En efecto, en el art. 12 del Convenio la cláusula de responsabilidad indica que las partes "cooperarán con miras a adoptar antes un protocolo que establezca las normas y procedimientos apropiados en lo que se refiere a la responsabilidad y la indemnización de los daños resultantes del movimiento transfronterizo y la eliminación de los desechos peligrosos y otros desechos".

c) Método de consultas

Las consultas son el método más frecuente al que se recurre en el ámbito del TLCAN y tiene diferentes modalidades. La más importante es la de consultas a través de comités, los cuales se reúnen a petición de una de las partes contratantes, o de comités que se congregan periódicamente. En dichos comités se plantean controversias surgidas en torno de un producto o servicio y que, de común acuerdo, los representantes de las partes en el TLCAN buscan solucionar.

Ejemplo

Este método puede encontrarse en materia de comercio de bienes (art. 316), en materia agropecuaria (art. 707),[24] para medidas sanitarias y fitosanitarias (art. 722), en el caso de medidas relativas a normalización (art. 913), así como en materia de telecomunicaciones (art. 1309) y de servicios financieros (art. 1412), entre otros.

En el método de consultas existen modalidades como el caso del grupo de trabajo conformado por México y Estados Unidos de América (anexo 703.2.25), que tiene facultades resolutivas en cuanto a normas técnicas y de comercialización agropecuaria. También destaca el procedimiento entre partes importadoras y exportadoras para el logro de acuerdos en medidas sanitarias y fitosanitarias (art. 716.6), o bien, en esta misma materia, el procedimiento de consulta previa (art. 718).

La ventaja de la modalidad referida consiste en que actúa directamente sobre los desacuerdos que surgen en una materia o área determinada. Además, los comités están formados por especialistas que, por lo general, tendrán a su cargo el área de operación.

d) Mecanismos internos de solución de controversias

El TLCAN prevé la necesidad de que cada país cuente con procedimientos internos de impugnación de decisiones que afectan las transacciones reguladas en el tratado. Éste es el caso de la revisión e impugnación de las resoluciones en materia de determinación de origen y de los dictámenes anticipados en materia aduanal (art. 510), en medidas de emergencia (anexo 803.3), en materia de compras del sector público (art. 1017) y en materia de propiedad intelectual (art. 1715), entre otros procedimientos.

24 Sobre el mecanismo de solución de controversias en materia de agricultura, consúltese el amplio y documentado trabajo de James F. Smith y Marilyn Whitney, "The Dispute Settlement Mechanism of the NAFTA and Agriculture", en *North Dakota Law Review*, vol. 68, núm. 2, 1992, pp. 567 y ss. Igualmente, Gustavo Vega Cánovas *et al.*, México, *Estados Unidos y Canadá: Resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.

Ejemplos

a) Cada país parte en el TLCAN debe establecer dentro de sus leyes internas los procedimientos que sirvan para identificar y proteger la información confidencial propia de la propiedad intelectual (art. 1715.1.*e*).

b) En las leyes de cada uno de los Estados parte deberán existir reglas que permitan a la autoridad judicial ordenar a alguna de las partes en el litigio que presente las pruebas de las que carece la contraparte. Dichas reglas deben garantizar la protección de la información confidencial (art. 1715.2.*a*).

Cabe apuntar que en el caso del capítulo XI en materia de inversión, a la cual aludiremos más adelante, y sobre todo en lo referente al art. 2022, el TLCAN apoya y promueve el recurso de los particulares al arbitraje comercial internacional y el que los laudos arbitrales cuenten con los procedimientos internos adecuados para su reconocimiento y ejecución.

e) Mecanismo supranacional de solución de controversias

El sistema para la solución de controversias se establece mediante procedimientos específicos; se trata del método más completo de los incluidos dentro del TLCAN para solucionar conflictos que se susciten entre los países. Abarca cuatro opciones principalmente:

- Procedimientos tendentes a solucionar controversias en materia de inversión, previstos en el capítulo XI, sección B.
- Procedimientos encaminados a solucionar controversias en materia de servicios financieros, establecidos en el art. 1415.
- Procedimientos orientados a solucionar controversias en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias, previstos en el capítulo XIX.
- Procedimientos relativos a disposiciones institucionales y tendientes a la solución de controversias, incluidos en el capítulo XX.

A continuación presentamos un resumen de cada uno de estos métodos o procedimientos.

f) Solución de controversias en materia de inversión

Respecto de las inversiones, el TLCAN establece tres procedimientos para la solución de controversias:

- El señalado en las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI) para el caso de los países que son miembros de este acuerdo, como Canadá y Estados Unidos de América.
- El procedimiento establecido en las reglas del mecanismo complementario del CIADI cuando un Estado no sea parte de este convenio.[25]
- Un procedimiento accesible a las tres partes por igual conforme a las reglas de arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, conocida por sus siglas inglesas UNCITRAL y del que hablamos en el capítulo 2.[26]

En los tres casos se trata de un sistema administrado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, cuya sede se encuentra en las oficinas principales del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.[27]

Existen normas que regulan el acceso a cualquiera de los tres procedimientos. Se trata de reglas que definen el tipo de consentimiento que las partes deben manifestar para someterse a estos procedimientos, así como de las disposiciones complementarias para la integración de los paneles arbitrales, reglas para la designación de árbitros y también para la acumulación de procedimientos, notificación, documentación, sede, derecho aplicable, interpretación de los anexos, dictámenes de expertos, medidas provisionales de protección, laudo y su ejecución.[28]

Los principios a los que se sujetan las controversias en materia de inversiones son básicamente los mismos que regulan todo el TLCAN: trato nacional, trato de nación más favorecida, reciprocidad internacional y debido proceso legal ante un tribunal imparcial e independiente de las partes en el Tratado. Consideramos que estos principios son suficientes para garantizar las inversiones de extranjeros en los tres países parte

25 Con referencia al CIADI véase Víctor Carlos García Moreno, "Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (capítulo XI)", en *Revista de Derecho Privado*, año 7, enero-abril de 1996, México.

26 Sobre la privatización de mecanismos de resolución de diferencias consúltese León E. Trakman, "Privatizing Dispute Resolution Under the Free Trade Agreement Truth or Fancy?", en *Maine Law Review*, vol. 40, 1988, pp. 349 y ss. Véase también Víctor Carlos García Moreno y Jorge Alberto Silva, "La inversión en el TLC; el arbitraje como medio de solución de controversias (cap. XIX)", en *Memoria del XVII Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado Eduardo Trigueros*; Francisco González Cossío, "Reflexiones acerca de algunos problemas constitucionales suscitados por los tratados de inversión de los que México es parte", en *Jurídica*, núm. 28, 1998; Rafael Pérez Miranda, "La protección de la inversión extranjera y la solución de controversias en la materia", en *Alegatos*, núm. 32, México, 1996; David Gantz, "Resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras", en *Resolución de controversias en América del Norte*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994.

27 Otros medios de solución de controversias en materia de inversiones corresponden a los establecidos en los APPRI, que hemos mencionado en el capítulo 17 de este libro, José Luis Siqueiros, "El arbitraje de naturaleza privada en el marco del TLCAN", conferencia impartida en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez el 10 de marzo de 2006, inédita.

28 Artículos 1116 a 1125.

del acuerdo, especialmente en México.[29] En este sentido, se condiciona al inversionista extranjero respecto de cuatro aspectos para que éste pueda tener acceso a cualquiera de los procedimientos de solución de controversias que estamos explicando (art. 1116):

- La violación de la inversión, por parte del Estado recipendiario, según los principios que rigen el capítulo XI y a los que hicimos alusión en el párrafo anterior.
- Cuando alguna empresa del Estado tenga facultades de regulación o de imposición de cuotas, derechos u otros cargos y con sus medidas o acciones afecte los intereses del inversionista extranjero.[30]
- Cuando monopolios y empresas del Estado lesionen la actividad de la inversión extranjera por su incompatibilidad con las obligaciones asumidas por el Estado parte en la sección A del capítulo XI.[31]
- Que por la aplicación de los criterios anteriores el inversionista haya sufrido pérdidas o daños.[32]

Además de los cuatro supuestos anteriores, el TLCAN (art. 1121) establece condiciones previas para el sometimiento de una controversia al procedimiento arbitral previsto en la sección B del capítulo XI y que ahora comentamos. Las condiciones previas pueden resumirse en dos: primero, que tanto el inversionista-persona física como el inversionista-empresa acepten someterse al arbitraje en los términos establecidos en el tratado, es decir, acepten las reglas del CIADI, de su mecanismo complementario, o las de UNCITRAL, según sea el caso, además de disposiciones complementarias establecidas en la sección B del capítulo XI; segundo, que el inversionista renuncie al derecho que le corresponde de iniciar o continuar cualquier procedimiento ante tribunales internos, salvo el caso del recurso alusivo a medidas precautorias de carácter suspensivo, declaratorio o extraordinario, pero que no impliquen el pago

29 Sobre todo por el hecho de que a partir de 1973, con la *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera* se estableció una política de corte nacionalista, restrictiva de la inversión extranjera; dicha política se modificó radicalmente con la expedición, en 1989, del nuevo Reglamento de la ley que, en muchos aspectos, deroga principios establecidos por ella. Véase en este sentido Alejandro Ogarrio y Leonel Pereznieto, "Mexico-U.S. Relations Economic Integration and Foreign Investment"; Gómez Palacio "The New Regulation on Foreign Investment in Mexico: a Difficult Task", ambos trabajos en *Houston Journal of International Law*, vol. 12, núm. 2, primavera de 1990.

30 Se refiere al capítulo XV de la política en materia de competencia, monopolios y empresas del Estado, y específicamente al art. 1502.

31 Que son los principios de trato nacional, cláusula de la nación más favorecida, requisitos de desempeño y libre competencia.

32 Según el párrafo segundo del art. 1116: "El inversionista no podrá presentar una demanda si han transcurrido más de tres años a partir de la fecha en la cual el inversionista tuvo conocimiento por primera vez o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación, así como de las pérdidas sufridas."

de daños ante dichos tribunales y conforme a la legislación del Estado parte vinculado en la controversia.[33]

Entre las disposiciones complementarias previstas (apartado B del capítulo XI) están las siguientes. En el caso del CIADI, el tribunal se integrará por tres árbitros; cada parte en la controversia nombrará a uno y éstos elegirán a su presidente. En caso de desavenencia, el presidente será nombrado por el secretario general del CIADI (arts. 1123 y 1124, párrafo segundo). Tanto el presidente como el resto de los árbitros serán nombrados de una lista de 45 árbitros seleccionados previamente por cada uno de los países en el tratado (art. 1124, párrafo cuarto). De manera excepcional, el secretario general del CIADI presidirá el tribunal arbitral en caso de que no encuentre en la lista un árbitro disponible y siempre que tenga nacionalidad distinta de las partes en la controversia (art. 1124, párrafo tercero).

En cuanto a la aplicación de las reglas de arbitraje de la UNCITRAL, el tribunal se conformará, como se describió anteriormente, incluyendo las facultades concedidas para el secretario general del CIADI. Las diferencias de este procedimiento respecto de los ya señalados tienen que ver con lo siguiente: la aplicación de las reglas de la UNCITRAL establecen un medio alterno de solución de controversias en el que no se vincula el procedimiento del CIADI. También, la ejecución de las reglas de la UNCITRAL se presenta como una alternativa cuando en una controversia se planteen "cuestiones en común de hecho y de derecho", dotando al tribunal arbitral con reglas de la UNCITRAL para que, con el consentimiento de las partes, inicie la acumulación de procedimientos (art. 1126).

Otro aspecto importante para solucionar las controversias en materia de inversiones es el relativo al *derecho aplicable*. El TLCAN (art. 1132) establece como derecho aplicable las normas del tratado —evitando que se aplique alguna de las legislaciones nacionales—, pero si éstas fueren insuficientes, se llevarán a la práctica las del derecho internacional (no el interno). En este último caso la referencia es amplia, pero en primer lugar debe entenderse la jurisprudencia establecida por la Corte Internacional de Justicia en los pocos casos en los que ha intervenido para resolver intereses privados frente a la actividad estatal,[34] y también debe atenderse a la amplia jurisprudencia arbitral internacional derivada tanto de la Cámara de Comercio Internacional como de la American Arbitration Association, en el caso de las inversiones.[35] En suma, se trata de aplicar un derecho que no esté "contaminado" por los derechos nacionales de cada país contratante.

33 De acuerdo con el párrafo tercero del art. 1121, el consentimiento y la renuncia que se establecen como condición previa "se manifestarán por escrito, se entregarán a la parte contendiente y se incluirán en el sometimiento de la reclamación del Arbitraje".

34 Como son, entre otros, los casos de los préstamos noruegos de 1957, el caso Interhandel de 1959 o el de la Barcelona Traction, Light and Power, Co. Estos casos pueden consultarse en P. M. Eisemann y P. H. Coussirat-Courtere, Petit, *Manual de la jurisprudence de la Cour International de Justice*, Pedone, París, 1970.

35 Véanse *American Arbitration Association, Legal Department Summary of Court Decisions in International Commercial Arbitration*, AAA, Nueva York, 1984; Y. Devanis, *jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Fundación Española de Arbitraje, Madrid, 1985.

Para finalizar este apartado conviene hacer algunos comentarios adicionales sobre el caso de México.[36] El país tuvo que enfrentar y resolver problemas de orden constitucional al aceptar este tipo de sistemas de solución de controversias, como se refleja en el anexo 1120.1 del TLCAN.[37] Podría parecer sorprendente esta reserva que presentó, pero cabe precisar algunos aspectos. Existe una gran carga histórico-política que se advierte en gran medida en la Cláusula Calvo,[38] en función de la cual México hizo dicha reserva. Sin embargo, esta posición inicial merece dos comentarios.

México puede adherirse al CIADI y aceptar en consecuencia su mecanismo complementario, ya que en uno y otro conjunto de disposiciones existe la posibilidad de agotar previamente los recursos internos, con lo cual no se violaría ningún precepto constitucional.[39] La posición actual de México, por tanto, debe interpretarse en un

36 Sobre este tema véase José Luis Siqueiros, "El arbitraje de naturaleza privada en el marco del TLCAN", conferencia impartida en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez el 10 de marzo de 2006, inédita. Igualmente, Alejandro Posadas Urtusuástegui y Gustavo Vega Cánovas, "El capítulo 11 del TLCAN: protección a la inversión extranjera", en Jorge Witker (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2005.

37 "Anexo 1120.1. *Sometimiento de la reclamación al arbitraje, México.*
Respecto al sometimiento de la reclamación al arbitraje:
a) un inversionista de otra parte no podrá alegar que México ha violado una obligación establecida en:
i) la sección A o en el art. 1503(2), 'Empresas del Estado'.
ii) el art. 1502(3)(a), 'Monopolios y empresas del Estado', cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la parte de conformidad con la sección A, tanto en un procedimiento arbitral conforme a esta sección, como en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano.
b) cuando una empresa mexicana que sea una persona moral propiedad de un inversionista de otra parte o que esté bajo su control directo o indirecto, alegue en procedimientos ante un tribunal judicial o administrativo mexicano, que México ha violado presuntamente una obligación establecida en:
i) la sección A o el art. 1503(2), 'Empresas del Estado'.
ii) el art. 1502(3)(a), 'Monopolios y empresas del Estado'; cuando el monopolio ha actuado de manera incompatible con las obligaciones de la parte de conformidad con la sección A, el inversionista no podrá alegar la presunta violación en un procedimiento arbitral conforme a esta sección".

38 De acuerdo con el párrafo primero del art. 27 constitucional, el Estado mexicano puede conceder a los extranjeros el derecho de adquisición de bienes inmuebles en México siempre que dichos extranjeros "convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos". Para mayor información sobre la Cláusula Calvo pueden consultarse, entre otros, Carlos Calvo, *Tres ensayos mexicanos*, SRE, México, 1974; Loretta Ortiz Ahlf, *Derecho Internacional Público*, 3a. ed., Oxford University Press, México, 2004; César Sepúlveda, *Derecho Internacional Público*, 16a. ed., Porrúa, 1991, pp. 247 y siguientes.

39 Siempre que la "enmienda" correspondiente sea aprobada por las dos terceras partes de los miembros del convenio, según se establece en el capítulo IX del mismo. Sobre el particular véase Loretta Ortiz Ahlf, "Mecanismos internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 21, 1992, pp. 397 y siguientes.

sentido más político que jurídico, ya que la suscripción del TLCAN significó un paso demasiado audaz en la postura tradicional del país en sus relaciones con Estados Unidos de América. Dicha posición podría complicarse si, además, se modifican criterios tradicionales sumamente arraigados en diversos grupos de abogados, intelectuales, militantes de izquierda y políticos populistas. De cualquier modo, se trata de una posición que seguramente irá cambiando con el tiempo. Incluso, hoy en día México ya participa en paneles sobre el particular regidos por las reglas complementarias del CIADI.[40]

g) Solución de controversias en materia de inversión en servicios financieros

Para la solución de diferencias en materia de inversiones (capítulo XIV) se reiteran los principios generales de solución de controversias establecidos en el capítulo XX del tratado (art. 1414), así como el procedimiento de los paneles del capítulo XI (art. 1415). Sin embargo, este mecanismo tiene características propias. Son dos las principales:

Primera modalidad. Las partes en el tratado formulan y conservan una lista de 15 personas con "conocimientos especializados o experiencia en la práctica o en el derecho financiero que podrá incluir la regulación de instituciones financieras", para que actúen como árbitros de los paneles de este capítulo (art. 1414, párrafo segundo y tercero, inc. *a*).

Segunda modalidad. El Estado demandado por un inversionista podrá establecer una excepción a fin de que el asunto no llegue al procedimiento de solución de controversias del panel, con tres propósitos:

- Proteger a inversionistas, depositantes, participantes en el mercado financiero, tenedores o beneficiarios de pólizas o personas acreedoras de obligaciones fiduciarias a cargo de una institución financiera o de un prestador de servicios financieros transfronterizos.
- Mantener la seguridad, solidez, integridad o responsabilidad financiera de las instituciones financieras o de prestadores de servicios financieros transfronterizos.
- Asegurar la integración y estabilidad del sistema financiero de una parte (art. 1410).

Cualquiera de estas excepciones está sujeta al estudio e informe que sobre ellas realice el Comité de Servicios Financieros para determinar su procedencia; con base en

40 Para mayor información sobre este tema véase, entre otros, L. Pereznieto, y S. Puig, "The Future of NAFTA Investment Arbitration: a Mexican perspective", en *DE CITA*, 03.2005, Buenos Aires, pp.184 y ss., y J. Soloway, NAFTA's Chapter 11: Investor protection, integration and the public interest, disponible en: http//www.irpp.org/choices/archive/vol9no2.pdf.

él, dicho comité decidirá si el asunto debe ir o no al sistema de solución de controversias de los paneles (art. 1415).[41]

En el caso de México, los organismos estatales que emiten disposiciones en la materia y que eventualmente podrían afectar a inversionistas extranjeros son el Banco de México, que regula una parte de las actividades de banca y crédito; la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, que cumple las funciones de regulación en su ramo, y otros organismos de este tipo.

Ejemplo

Un inversionista canadiense o estadounidense afectado, después de obtener un informe favorable del Comité de Servicios Financieros, puede ir al panel, y si éste resuelve en su favor habrá dos efectos: la revocación de la medida del organismo estatal que lesiona los intereses del inversionista y —cuando se trata de cuestiones financieras— la determinación de la afectación que haya sufrido el inversionista en "pérdidas o daños en virtud de la violación o a consecuencia de ella" (art. 1116, 1, último párrafo). En el primer caso, si la revocación de la medida perjudica a su vez los intereses de un inversionista mexicano, éste podría recurrir a los tribunales mexicanos, y a pesar de tratarse de una "resolución final" no susceptible de apelación, podría recurrir al juicio de amparo en virtud de que sus garantías individuales resultaron lesionadas. En el segundo caso, la afectación del inversionista extranjero en los términos del art. 1116, 1, último párrafo, al que ya nos referimos, podría implicar una indemnización por parte del Estado mexicano. Como la resolución del panel es final, estaríamos ante una condena por daños y perjuicios en contra del Estado mexicano, que eventualmente podría hacerse ejecutable directamente por medio de los tribunales competentes de México.

h) Solución de controversias en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias

En cuanto a las controversias relativas a las cuotas *antidumping* y compensatorias, en el tratado se establecen tres procedimientos (capítulo XIX): *a*) el de revisión de las reformas legislativas, *b*) el de revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas *antidumping* y compensatorias, y *c*) el procedimiento de impugnación extraordinaria.[42]

41 Sobre el particular véase Ton. J. M. Zuijdwik, "Dispute Settlement Mechanisms under the Free Trade Agreement", en *Maine Law Review*, vol. 40, 1988, pp. 330 y siguientes.

42 Sobre los diversos aspectos derivados del capítulo XIX en el Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá, véase "Summary of Proceedings of the Seminar on Dispute Resolution under the Canada-United States Free Trade Agreement", en *Stanford Journal of International Law*, vol. 26, núm. 1, pp. 169 y ss.; David P. Cluchey, "Dispute Resolution Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement", en *Maine Law Review*, vol. 40, pp. 335 y ss.; Alan O. Sykes,

Para los dos primeros se integra un panel binacional (anexo 1901.2): de una lista previa de 75 panelistas (25 de cada país) se intenta la selección del quinto panelista, y si no se llega a un acuerdo se elegirá por sorteo. Los panelistas designarán a su presidente y todos deben firmar compromisos de confidencialidad, a partir de lo cual se considerará formalmente iniciado el panel.

En el tercer procedimiento, el de impugnación extraordinaria, el panel lo forman tres miembros de una lista diferente de la anterior y también previamente integrada por cada país con 15 miembros (anexo 1904.13).

Revisión de reformas legislativas

El procedimiento de revisión de las reformas legislativas entra en juego cuando uno de los países realiza una enmienda legislativa en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias que el otro país considera violatoria de los principios establecidos en el GATT o en sus códigos *antidumping* o de subsidios. También entra en juego cuando se afectan principios de previsión y justicia para la liberación progresiva del comercio, tal como se establece en el tratado, o cuando la reforma legislativa tuvo como fin revocar una resolución que previamente fue adoptada por un panel y que no reunió los principios de previsión y justicia antes expresados (art. 1903, párrafo primero, a y *b*).

La parte o país que inicie el procedimiento de revisión legislativa lo solicitará por escrito y el panel, conforme a las reglas de procedimiento de los países parte, garantizará que cada uno de éstos presente comunicaciones escritas y réplicas y que al

"Countervailing Duty Law: an Economic Perspective", en *Columbia Law Review*, vol. 89, núm. 2, marzo de 1989; John N. Jackson, "Perspectives on Countervailing Duties", en *Law & Policy in International Business*, vol. 21, núm. 4, 1990, pp. 739 y ss.; Michael J. Sussman, "Note Countervailing Duties and the Specificity Test: an Alternative Approach to the Definition of Bounty or Grant", en *Law & Policy in International Business*, vol. 18, pp. 475 y ss.; James D. Southwick, "The Lingering Problem with the Specificity Test in United States Countervailing Duty Law", en *Minnesota Law Review*, vol. 72, núm. 5, 1988; Alexander Pieter Matthijs, "The Specificity Test under U.S. Countervailing Duty Law", en *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, núm. 3, 1989; Gary Horlick, "Government Actions Against Domestic Subsidies, an Analysis of the International Rules and an Introduction to United States' Practice", en *Review of the Europa Institute*, 1986; Joseph F. Francois, N. David Palmeter y Jeffrey C. Anspacher, "Conceptual and Procedural Biases in the Administration of the Countervailing Duty Law", en *The Brookings Institution*, 1990; Richard A. Diamond, "Search for Economic and Financial Principles in the Administration of Uniterd States Countervailing Duty Law", en *Law and Policy in International Business*, vol. 21, 1990, pp. 507 y ss.; Craig R. Giesze, "La revisión y la solución de controversias en materia *antidumping* y cuotas compensatorias a la luz del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en *Resolución de controversias en América del Norte*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1994; Juan Manuel Saldaña, *Comercio internacional*, Porrúa-Instituto Internacional del Derecho, México, 2005; Gustavo Vega Cánovas, *et al.*, México, *Estados Unidos y Canadá: Resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, op. cit.

menos haya una audiencia. Noventa días después del nombramiento del presidente del panel, éste expondrá ante las partes una opinión declarativa preliminar por escrito. La parte que no esté de acuerdo con la opinión contará con un plazo de 14 días para presentar sus objeciones, "debidamente razonadas y motivadas". Treinta días después el panel dictará su resolución definitiva (anexo 1903.2); ésta tendrá carácter de "opinión declarativa" y dará la oportunidad para que, dentro de un plazo de 90 días, las partes realicen consultas y procuren llegar a "una solución mutuamente satisfactoria". Si la solución es una corrección a la legislación motivo de controversia y ésta no se lleva a efecto o no se logra el arreglo planteado por la resolución del panel, dentro de los nueve meses siguientes la parte afectada tiene derecho a adoptar medidas legislativas o administrativas equiparables o a denunciar el tratado respecto de la otra parte en la controversia (art. 1903.3).

Revisión de cuotas *antidumping* y compensatorias

El segundo procedimiento, el de revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas *antidumping* y compensatorias, es más complejo. En el terreno de los hechos, es al que se ha recurrido con mayor frecuencia. Este mecanismo sustituye la revisión judicial interna de las resoluciones definitivas que se dicten en la materia (art. 1904.1). El panel correspondiente debe decidir si la autoridad investigadora del país importador dictó su resolución de acuerdo con el derecho de esa parte.[43]

Adviértase que lo que va a conocer el panel será una resolución pronunciada en el interior de un país por sus órganos de gobierno y leyes en materia de cuotas *antidumping* y compensatorias. Se trata de un procedimiento impugnativo que sustituye cualquier otro que la legislación interna pudiera establecer.[44] Cuando la resolución interna es impugnada y llevada al panel, éste sólo aplicará el derecho vigente en el Estado que resolvió, aunque el procedimiento que se debe seguir para hacer esa revisión será el regulado conforme a las reglas pactadas previamente por los países parte, esto es, un derecho uniforme.

De conformidad con el TLCAN y sus reglas, el plazo para solicitar la integración del panel es de 30 días a partir de la fecha en que se publique la resolución definitiva o que se reciba la notificación correspondiente.[45] La solicitud puede ser hecha por iniciativa de la parte en el tratado, o bien, a petición de un particular que se considere afectado (art. 1904.4 y 5), y debe presentarse ante el "secretariado responsable" (el del país que emitió la resolución final). Este procedimiento puede abrirse a instancia de los importadores, los exportadores o la producción nacional, todos los cuales

43 En el caso de México, la autoridad investigadora es la Secretaría de Economía (SE, que anteriormente era la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, SECOFI).

44 Internamente el procedimiento se realiza, en México, ante la Secretaría de Economía, cuya resolución final puede ser impugnada conforme a los procedimientos impugnativos internos ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa.

45 En México se publica en el *Diario Oficial de la Federación*.

deberán ser llamados al citado procedimiento de revisión sin excluir a la autoridad investigadora que emitió la resolución impugnada.

El panel internacional se integra por cinco panelistas, de los cuales dos serán de cada país involucrado y un quinto que resulta de la elección hecha por el secretariado y que será de la nacionalidad de cualquiera de ambos países. Cada panelista se elige entre una lista especial de 25 personas de cada Estado, personas de gran reputación. Los panelistas se someten, previamente al conocimiento del caso, a un código de conducta, por lo que pueden excusarse o ser recusados si están involucrados con algunos de los interesados en el procedimiento, lo que garantiza la imparcialidad del panel y sus decisiones.

El procedimiento que se debe seguir no se encuentra precisamente en el TLCAN, sino en las *Reglas de Procedimiento* del artículo 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, expedido en tres idiomas (español, inglés y francés). Corresponde, en cierta forma y guardando las distancias, a lo que son los códigos de procedimientos civiles, así como la *Ley Orgánica del Poder Judicial* vigentes en el interior del país.

El panel debe emitir su decisión dentro de los 315 días posteriores a la solicitud de conformación del panel, que, dicho sea de paso, no siempre se ha cumplido con ese plazo. La decisión se puede adoptar por unanimidad o por mayoría, con la posibilidad de que se emitan opiniones concurrentes o disidentes (lo que en nuestro derecho interno conocemos como *votos*, en el caso de los disidentes).

Éste podrá confirmar la resolución o devolverle a la autoridad investigadora su resolución con la indicación de las medidas que debe adoptar. Se trata de lo que en la teoría de los medios impugnativos se conoce como *reenvío*. Si se requiere revisar la medida adoptada en cumplimiento del reenvío, la revisión se llevará a cabo ante el mismo panel, el cual emitirá un fallo dentro de los 90 días siguientes a la fecha en que la medida haya sido puesta a su consideración (art. 1904.8).[46]

El fallo del panel es obligatorio y no está sujeto a procedimiento de revisión judicial alguno del país importador (art. 1904.9 y 11). En otras palabras, esto significa que la decisión de un panel de esta naturaleza no podrá ser objeto de amparo en México.[47]

46 Para un desarrollo de este organismo, véase Juan Manuel Saldaña, *Comercio internacional*, Porrúa-Instituto Internacional del Derecho, México, 2005, pp. 495 y siguientes.

47 El secretariado mexicano se ha encargado de difundir ante sus panelistas diversos trabajos, entre ellos los siguientes: José Manuel Andrade Alarcón, "Sentido de las decisiones de los paneles binacionales establecidos entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, en el marco del art. 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte"; Carla Huerta Ochoa, "Estudio sobre el art. 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte"; Sergio López Ayllón, "El criterio de los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio del Norte en el sistema jurídico mexicano". También puede verse Julio García López, *La crisis del sistema del GATT y el derecho anti-dumping comunitario*, COLEX, Madrid, 1992; Jorge Witker, "El futuro del Tratado de Libre Comercio del Norte (TLCAN)", en *El futuro del libre comercio en el continente americano. Análisis y perspectivas*, UNAM, México, 1995.

Ejemplo

La Secretaría de Economía (anteriormente SECOFI) dictó una resolución por considerar que se producía un daño a la industria nacional productora de placa de acero e impuso una cuota compensatoria a los productos de Bethlehem Steel Co., así como a la USX Corporation. Estas empresas extranjeras, que enviaban sus productos a México desde Estados Unidos de América, consideraron que tal resolución iba en contra del TLCAN, por lo que recurrieron a un panel. Éste resolvió que fue improcedente la imposición de esa cuota compensatoria y ordenó devolver el asunto a la Secretaría de Economía para que ésta, a su vez, devolviera las cantidades que las empresas habían pagado o garantizado (*DO*, 11 de septiembre de 1995).[48]

Revisión en el procedimiento extraordinario

Finalmente, el tercer procedimiento, el de impugnación extraordinaria, tiene lugar cuando, una vez dictada la resolución por el panel y dentro de "un plazo razonable", una de las partes vinculadas recusa a un miembro del panel; por ejemplo, cuando sostiene que en el panel se ha violado una norma fundamental del procedimiento o que se ha excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción (art. 1904.13). Este panel (Comité de impugnación extraordinaria) debe quedar conformado dentro de los 15 días siguientes a la solicitud de su integración y su fallo se dictará dentro de un periodo de 90 días. Este fallo puede anular la decisión definitiva del panel binacional, en cuyo caso se procederá a formar un nuevo panel binacional para que conozca del asunto en las condiciones y los términos descritos (anexo 1904.13).

i) Procedimientos institucionales para la solución de controversias

El último método que presentamos corresponde a la prevención o solución de controversias relativas a la aplicación o interpretación del TLCAN (art. 2004).[49]

Dentro del ámbito de prevención se encuentran procedimientos de buenos oficios, conciliación y mediación a cargo de la Comisión de Libre Comercio, integrada

48 Este asunto es referido por Sergio López Ayllón, "Comentario a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de Estados Unidos de Norteamérica", en *Revista de Derecho Privado*, año 6, núm. 18, septiembre-diciembre de 1995, México.

49 Véase José Luis Siqueiros, NAFTA Institutional Arrangements and Disputes Settlement Procedures", en *California Western International Law Journal*, vol. 23, núm. 2, 1993, pp. 383 y ss.; igualmente, Alan M. A. Rugman, "Canadian Perspective on U.S. Administrated Protection and the Free Trade Agreement", en *Maine Law Review*, vol. 40, 1988, 99. 305 y siguientes.

por representantes de cada país con nivel de secretarios de Estado, o por quienes éstos designen (art. 2001). Los procedimientos preventivos se inician mediante consultas que se efectúan a través del Secretariado, al cual lo componen las respectivas secciones nacionales (art. 2002). Salvo el caso de bienes agropecuarios perecederos, donde se amerita que las consultas se inicien dentro de un plazo de 15 días a partir de la entrega de la solicitud correspondiente (art. 2006.4), los plazos para el resto de las consultas serán de 30 días después de la entrega de la solicitud a la contraparte para consultas, o de 45 días en el caso de que se hayan solicitado consultas subsecuentes (art. 2007.1).

A partir de estos plazos se entrará en la segunda fase, la de buenos oficios, conciliación y mediación de parte de la Comisión de Libre Comercio. Adicionalmente, las partes podrán solicitar por escrito que la Comisión se reúna de acuerdo con dos supuestos generales: el primero, cuando se hayan iniciado procedimientos de solución de controversias conforme al GATT respecto de asuntos relacionados con tratados en materia ambiental y de conservación (art. 2005.3), así como con asuntos previstos en la sección *B* del capítulo VII, "Sector agropecuario y medidas sanitarias y fitosanitarias", y en el capítulo IX, "Medidas relativas a la normalización" (art. 2005.4); y el segundo supuesto es aplicable cuando se hayan efectuado las consultas específicas previstas en el art. 513 sobre procedimientos aduanales; en el art. 723 sobre medidas sanitarias y fitosanitarias, y en el art. 914 sobre medidas de normalización (art. 2007.2.*b*).

Para estos asuntos la comisión se reunirá dentro de los 10 días siguientes a la entrega de la solicitud y "se abocará sin demora a la solución de la controversia" (art. 2007.5). Si el asunto no se resuelve dentro de un plazo de 30 días, cualquiera de las partes podrá solicitar por escrito el establecimiento de un panel arbitral, con lo cual se pasará a una tercera fase (art. 2008.1).

Para efectos del procedimiento institucional de solución de controversias por la vía arbitral, los países parte designan por consenso una lista independiente de 30 árbitros por un periodo de tres años, con posibilidad de reelección (art. 2009.1). A partir de esta lista se integra un panel con cinco miembros dentro de los 15 días posteriores a la solicitud de integración presentada por alguno de los países: dos panelistas por cada Estado y un quinto por acuerdo, o en caso contrario, por sorteo. El país contendiente seleccionará dos panelistas que sean nacionales del otro país contendiente y posteriormente este último procederá de la misma manera (selección cruzada). El presidente del panel será designado por acuerdo entre los Estados contendientes o seleccionado por sorteo (art. 2011).

El panel se regirá conforme a las *reglas modelo de procedimiento* que establece la Comisión de Libre Comercio (art. 2012.2). Dentro de un plazo de 90 días a partir de la designación del último árbitro, el panel presentará a los Estados contendientes un *informe preliminar* fundado en los argumentos y las comunicaciones de las partes y en cualquier información recibida por los Comités de Revisión Científica o por los expertos que consulte (art. 2016. l). En su informe preliminar el panel decidirá si la medida de que se trate es o puede ser incompatible con las obligaciones derivadas del

tratado o es causa de anulación o de menoscabo en la aplicación o interpelación del tratado, así como de las recomendaciones a que haya lugar (art. 2016.2).

Las partes ante el panel tienen un plazo de 14 días para hacer observaciones al informe preliminar (art. 2016.4) y 15 días después el panel presentará su determinación final, que será comunicada a la Comisión y publicada 15 días después (art. 2017). Las partes tendrán 30 días para llegar a un acuerdo a fin de ajustar las recomendaciones y determinaciones del panel (art. 2018). De no llegarse a un arreglo en ese lapso, la parte reclamante podrá suspender la aplicación de beneficios a la parte contra la cual se dirigió la reclamación, mientras no se logre un acuerdo sobre la resolución de la controversia (art. 2019.1).

Bibliohemerografía

A Guide to the New ICC *Rules of Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1998.

Abarca Landero, Ricardo, "La *Ley Federal de Adopción Internacional*", en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1989.

_____, "Convenciones interamericanas en materia procesal, Panamá, 1975", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, Escuela Libre de Derecho, México, 1984.

_____, "La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, su protocolo adicional y la libre cooperación internacional", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, Escuela Libre de Derecho, México, 1984.

Abarca, Paloma y Elisa Pérez Vera (comp.), *Derecho Internacional Privado*, 3a. ed., Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, t. II.

Abascal Zamora, José María, "Panorama del arbitraje comercial", conferencia impartida en la Escuela Libre de Derecho, México, marzo, 1994.

_____, "Nota introductoria a la Convención de las Naciones Unidas sobre letras de cambio internacionales y pagarés internacionales", en *Revista de Derecho Privado*, UNAM, año 1, núm. 1, México, enero-abril, 1990.

_____, "Letra de cambio y pagaré internacionales. Por fin una legislación uniforme", en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera* Graf, t. II, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1989.

Abraham, R., *Droit international, droit communitaire et droit français*, Hachette, París, 1989.

Adame Goddard, Jorge, "Las relaciones de los tratados con las leyes nacionales (según una sentencia del Pleno de la Suprema Corte sobre los poderes otorgados en el extranjero)", en *Revista de derecho privado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año 6, núm. 16, México, enero-abril, 1995.

_____, "El incumplimiento de las obligaciones contractuales en la compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de Derecho Privado*, año 3, núm. 8, México, mayo-agosto, 1992.

_____, "La formación del contrato de compraventa en el *Código de Comercio* y en la Convención sobre compraventa internacional", en *Centenario del* Código de Comercio, UNAM, México, 1991.

_____, *Estudios sobre la compraventa internacional de mercaderías*, UNAM, México, 1991.

_____, "Introducción a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías", en *Revista de Derecho Privado*, año 1, núm. 2, México, mayo-agosto, 1990.

Aguilar Álvarez, Guillermo, "La recusación de árbitros", en *El arbitraje comercial internacional*, Fontamara, 2000, pp. 45 y siguientes.

Aguilar Carvajal, Leopoldo, *Segundo curso de derecho civil*, Porrúa, México, 1960.

Aguilar Navarro, Mariano, *Lecciones de derecho civil internacional español*, Universidad Complutense, Madrid, 1983.

Algara, José, *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, Imprenta de Ignacio M. Escalante, México, 1899.

Álvarez, Rosa María, "*Guardiam ad litem:* un caso de exigibilidad de pensiones alimentarias en Texas", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, abril, 1998.

American Arbitration Association, *Legal Department Summary of Court Decisions in International Commercial Arbitration.* AAA, Nueva York, 1984.

Amores Conradi, Miguel, "Las relaciones entre cónyuges en el Nuevo Derecho Internacional Privado de la familia: valores jurídicos y técnicas de regulación", *Anuario de derecho civil*, t. XL, fasc. I, enero-marzo, Madrid, 1987.

Andrade Alarcón, José Manuel, "Sentido de las decisiones de los paneles binacionales establecidos entre los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América, en el marco del art. 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", s.d., 2004.

Angulo Parra, Carlos y Carol Osmond, "Maquiladoras in the New Environment", en *Doing Business with Mexico Conference: New Opportunities and Challenges on the Road Ahead, Critical Legal, Business and Financial Issues, sponsored by the Institute for International Law & Business,* Nueva York, marzo 14 y 15, 1996.

Aranda Rodríguez, R., *La prenda de créditos*, Marcial Pons-Centro de Estudios Registrales de Cataluña, Madrid, 1996.

Araujo Valdivia, Luis, *Derecho de las cosas y derecho de las sucesiones*, Cajica, Puebla, 1972.

Araujo, Nadia de, *Direito Internacional Privado*, Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

_____, *Contratos internacionais, Autonomía da vontade, Mercosul e Convençoes internacionais,* Renovar, Rio de Janeiro, 1997.

Arce y Cervantes, José, *De los bienes*, Porrúa, México, 2002.

Arce, Alberto C., *Derecho Internacional Privado,* Universidad de Guadalajara, Guadalajara, 1973.

Arellano García, Carlos, "Los conflictos de leyes interprovinciales en el derecho vigente mexicano", *Lecturas Jurídicas*, época II, año II, vol. VI, marzo, 1998.

Arteaga Nava, Elisur, "Problemas del derecho conflictual. Los nuevos estatutos en México", en *XXVI Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Tijuana, 2002.

Artuch Iriberri, Elena, *El convenio arbitral en el arbitraje internacional*, Eurolex, Madrid, 1998.

Atienza, Manuel, *Introducción al estudio del derecho*, Fontamara, México, 1995.

Ballarino, Tito, "Norme vaghe e Diritto Internazionale Privato", en *Jus*, Rivista di Scienze Giuridiche, año XLVI, núm. 1, Università Cattolica del Sacro Cuore di Gesù, Milano, enero-abril, 1999.

_____, *Diritto internazionale privato*, Cedam, Padova, 1996.

Baqueiro, Edgard y Rosalía Buenrostro, *Derecho de familia y sucesiones,* Oxford University Press, México, 1990.

Barrera Graf, Jorge, "La Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y el derecho mexicano. Estudio comparativo", en *Jurídica*, núm. 13, t. II, México, 1981.

_____, "Los títulos de crédito y los títulos valor en el derecho mexicano", *Temas de derecho mercantil,* México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1983.

_____, *El derecho mercantil en Latinoamérica*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1963.

_____, *Tratado de derecho mercantil,* Porrúa, México, 1957, t. I.

Barrera Zamorategui, Fernando, "Hacia una mejor normatividad jurídica del concubinato en el Código Civil del Distrito Federal", *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM*, UNAM-Porrúa, México, 1996.

Batiffol, Henri, "Conflictos en materia de contratos", en *Segundo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, UNAM, México, 1980.

_____, *Droit International Privé,* 7a. ed., LGDJ, París, 1976.

_____y Lagarde, *Droit International Privé,* 5a. ed., LGDJ, París, 1970-1971.

_____, "Nota a la sentencia de la Corte de Casación francesa del 21 de junio de 1950", en *Revue critique de droit international privé,* núm. 4, París, 1950.

Bayitch, S. A. y José Luis Siqueiros, *Conflicts of laws: Mexican and United States*, University of Miami Presss, Miami, 1968.

Belair Mouchel, Claude, "Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 8, núm. 8, t. I, México, 1984.

_____, "Los conflictos interestatales en la República Mexicana", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 6, núm. 6, México, 1982.

Benítez de Lugo, Mariano Aguilar y Beatriz Campuzano de Díaz, "El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho internacional privado español", en *Estudios sobre adopción internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

Bonifaz Alfonso, Leticia, *El problema de la eficacia en el derecho*, Porrúa, México, 1993.

Borda, Guillermo A., *Manual de sucesiones*, Perrot, Buenos Aires, 1997.

Borja Soriano, Manuel, *Teoría general de las obligaciones,* 5a. ed., Porrúa, México, 1966, t. I.

Brena Sesma, Ingrid, "El interés del menor en las adopciones internacionales", en *Estudios sobre adopción internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

Brundage, James A., *La ley, el sexo y la sociedad cristiana en la época medieval*, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

Bugeda Lanzas, Jesús, "Apuntes sobre bursatilización del crédito en México", en *Estudios de Derecho Bursátil en Homenaje a Octavio Igartúa Araiza*, Porrúa, México, 1997.

C. Jarrosson, "Le contrat de transaction dans les relations commerciales internacionales", en *RCDIP,* 1997.

Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *Derecho internacional privado*, 5a. ed., Granada, 2004, vol II.

_____, "Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004.

_____ (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2003.

_____ y Javier Carrascosa González, "Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2003.

_____ y Pilar Blanco Morales Limones, "Capítulo XXII", en *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1998.

_____, *Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1997.

_____, *Introducción al Derecho Internacional Privado*, Comares, Granada, 1977.

Calvo, Carlos, *Tres ensayos mexicanos,* SRE, México, 1974.

Carnevali de Camacho, Magali, "Derechos de crédito y derechos reales", en *Anuario de Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mérida*, núm. 19, Venezuela, 1995-1996.

Carrillo, Jorge Aurelio, "El caso Patiño Borbón ante el Derecho Internacional Privado", en *El Foro, Barra Mexicana de Abogados*, México, abril-junio, 1961.

Cato, Mark, *Arbitration Practice and Procedure, Interlocutory and Hearing Problems*, 2a. ed., Lloyd's of London Press, Londres, 1997.

Celis Aguilar, Mayela, "Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Su práctica y jurisprudencia internacional", en *XXVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Pachuca, 2004.

Cervantes Ahumada, Raúl, *Títulos y operaciones de crédito*, Herrero, México, 1966.

Ciscomani, F. y John M. Wilson, *La garantía mobiliario*, National Law Center for Inter-American Trade, 1998.

Cluchey, David P., "Dispute Resolution Provisions of the Canada-United States Free Trade Agreement", en *Maine Law, Review*, vol. 40, University of Maine, Maine, 1997.

Collins, L., "Contractual obligations the E. C. C. preliminary draft convention on private international law", en *The International and Comparative Law Quaterly*, vol. 25, núm. 1, 1976.

Combalía, Zoila, "Estatuto de la mujer en el derecho matrimonial islámico", en *Revista AequAlitas*, núm. 6, Instituto Aragonés de la Mujer y la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza, mayo, 2001, http://www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/45-Derecho%20Civil/200105-estatuto_de_la_mujer.html, diciembre, 03, 2004.

Consiglio Nazionale del Notariato, "I titoli di credito nel nuovo sistema di diritto internazionale privato", en *Studio*, núm, 1185/2, Approvato dalla Commissione Studi il 15 ottobre. 1996, http://www.notariato.it/cnn/notaio/Studi_e_approfondimenti/Diritto_internazionale_e_comunitario_/1185-2.htm, octubre 5 de 2005.

Contratación internacional, Carlos Esplugues (coord.), Tirant le blanc, Valencia, 1994.

Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte especial*, 2a. ed., Oxford University Press, México, 2006.

_____, "Análisis del caso Antenor Patiño *vs.* María Cristina de Borbón, Décimo Seminario de Derecho Internacional Privado. CD ROM, *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Cenedic, Universidad de Colima, 2001.

Couto, Ricardo, "Existencia legal de las sociedades extranjeras en México", en *Revista General de Derecho y Jurisprudencia*, México, 1930.

Cremades, Bernardo, "Discovery en el arbitraje comercial", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 12, México.

Cruz Ponce, Lisandro, "Comentarios al artículo 1378 del *CCDF*", en *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, actualizado, concordado y con jurisprudencia obligatoria*, Libro Tercero: De las Sucesiones, t. III, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Miguel Angel Porrúa, México, 1998.

Cusi, Ezio, "Una práctica viciada en materia de adopción", *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, México, julio-septiembre, 1969.

_____, "Algunos comentarios sobre las zonas prohibidas", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, México, octubre-diciembre, 1965.

Chauvin, J. y E. Trubert, *Le droit communitaire & international devant le Juge de Commerce*, l'Epargne, París, 1989.

Chávez Asencio, Manuel F., *Convenios conyugales y familiares*, Porrúa, México, 1993.

_____, *La familia en el derecho, Relaciones jurídicas paterno-filiales*, Porrúa, México, 1987.

Chediak, Natalio, "Validez de las sentencias de divorcio dictadas por tribunales extranjeros", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, México, septiembre, 1945.

Davis Scout, Reginald L., "Régimen jurídico de la industria maquiladora en México. Equilibrio e integración", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 16, México, 1984.

Derains, Yves, *El nuevo reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*, Fernando Martínez Valdés (trad.), Oxford University Press, México, 2001.

Derecho del comercio internacional, José Carlos Fernández (ed.), Enzo Lex, Madrid, 1996.

Devanis, Y., *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*, Fundación Española de Arbitraje, Madrid, 1985.

Diamond, Richard A,, "Search for Economic and Financial Principles in the Administration of United States Countervailing Duty Law", en *Law and Policy in International Business*, vol. 21, Washington, 1990.

Dreyzin, Adriana y otros, *Dimensiones convencional e institucional de los sistemas de jurisdicción internacional de los estados mercosureños*, en *Derecho Internacional Privado de los Estados del Mercosur. Avalia*, Diego Fernández Arroyo (coord.), Buenos Aires, 2003.

Droz, G. A. L., "La Convention de Lugano paralléle á la Convention de Bruxelles concernant la competence judiciaire et l'execution des decisions en matière civil et commerciale", en *RCDIP*, 1989.

_____, "Entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, révisée sur la compétence judicial et l'exécution des jugements", en *RCDIP*, 1987.

Dworkin, Ronald, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.

_____, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, 1978.

Ehrenzweig, A., *Private International Law*, Oceana, Nueva York, 1967.

Eisemann, P. M. y P. H. Coussirat-Courtere, Petit, *Manual de la jurisprudence de la Cour International de Justice*, Pedone, París, 1970.

Espluges, C. *et al.*, *Derecho del Comercio Internacional*, Reus, Madrid-IB de F, Montevideo, 2005.

_____, "Compraventa internacional de mercaderías. La Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías", en *Derecho del Comercio Internacional*, Mercosur–Unión Europea, Reus–Editorial IB de F, Madrid, 2005.

Estavillo Castro, Fernando, "Algunas cuestiones sobre la participación de la Administración Pública Federal en el arbitraje comercial privado y la ejecución de laudos", en *Camecic*, enero-marzo, México, 1997.

Esteva Ruiz, Roberto, *Derecho Internacional Privado* (apuntes de clase), UNAM, México, 1937.

Estrada Aceves, Enrique, *Derecho internacional privado mexicano*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, Morelia, 1984.

Fawcett, J. *et al.*, *International Sale of Goods in Conflict of Laws*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

Fernández Arroyo, Diego P., *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea*, Fundación Universidad, Civitas, Madrid, 1998.

_____, "Nuevos elementos del Derecho Internacional Privado de la familia en Europa", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, abril, 1997.

Fernández Flores, José Luis, *Manual de derecho internacional privado*, Libro Segundo, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1980.

Fernández Rozas, José Carlos y Sixto Sánchez Lorenzo, *Curso de derecho internacional privado,* Civitas, Madrid, 1999.

Fernández Rozas, José Carlos, "Un nuevo mundo jurídico: la lex mercatoria en América Latina", en Jorge Alberto Siilva (coord.), *Estudios sobre* lex mercatoria. *Una realidad internacional,* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.

_____, *Nota de presentación a la obra: Cuartas Jornadas de Derecho Internacional Privado. Principios, objetivos y métodos del Derecho internacional privado. Balance y perspectivas de una década,* Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1995.

Fiore, Pascual, *Derecho Internacional Privado o principios para resolver los conflictos entre las diversas legislaciones en materia de derecho civil y comercial,* Talleres la Ciencia jurídica, México, 1898, t. II.

_____, "Elementos internacionales de las sentencias de los tribunales", en *Ius, Órgano de Difusión de la Escuela de Derecho,* Centro Editorial Universitario, vol. 7, Juárez, 1989.

Francescakis, Philon, "Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits des lois", en *Revue Critique de Droit International Privé,* t. IV, núm. 1, París, 1966.

_____, "Conflits de lois", en *Repertoire Dalloz de droit international,* t. c, núm. 67, París, 1960.

_____, *La theorie du renvoi et les conflits de systémes en DIPr,* Sirey, París, 1958.

François, Joseph F., N. David Palmeter y Jeffrey C. Anspacher, "Conceptual and Procedural Biases in the Administration of the Countervailing Duty Law", en *The Brookings Institution,* 1990.

Fresnedo de Aguirre, Cecilia, *La autonomía de la voluntad en la contratación internacional,* Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

Friedman, Wolfgang, *La nueva estructura del derecho internacional,* Trillas, México, 1967.

Furnish, Dale Beck, "La creación, el uso y el efecto de las resoluciones judiciales en los Estados Unidos Mexicanos y los Estados Unidos de América: un análisis comparativo", en *El Foro,* Decimotercera Época, t. XVI, núm. 1, México, primer semestre, 2003.

Gaillard y Savage, *On International Comercial arbitration,* Kluwer Law International, La Haya, 1999.

Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil,* Porrúa, México, 1973.

Gallardo, Ricardo, "La ley del domicilio: Punto de conexión admirable en el Derecho Internacional Privado", en *Revista Jurídica Interamericana,* vol. II, 1960.

Gallardo, Ricardo, *La solution des conflits de lois dans les pays de l'Amerique Latine,* LGD, París, 1956.

Gannage, P., "La penetration de l'autonomie de la volonté dans le droit international de la famille", en *RDIP,* 3, París, 1992.

Gantz, David, "Resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras", en *Resolución de controversias en América del Norte,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994.

García López, Julio, *La crisis del sistema del GATT y el derecho antidumping comunitario,* Colex, Madrid, 1992.

García Moreno, Víctor Carlos, "Régimen de la inversión extranjera en el TLCAN (capítulo XI)", en *Revista de Derecho Privado,* año 7, México, enero-abril, 1996.

_____, "Tráfico internacional de menores: análisis de la Convención interamericana", en *Estudios Jurídicos que en Homenaje a Antonio Ibarrola Aznar presenta el Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM,* UNAM-Porrúa, México, 1996.

García Moreno, Víctor Carlos y Jorge Alberto Silva, "La inversión en el TLC; el arbitraje como medio de solución de controversias (cap. XIX)", en *Memoria del XVII Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado Eduardo Trigueros,* Universidad de Baja California, México, septiembre, 1994.

Generois, B., *"Le droit international et le droit communitaire",* en *Conseil Constitutionnel et Conseil d'Etat,* LGDI-Montchrestein, París, 1989.

Giesze, Craig R., "La revisión y la solución de controversias en materia *antidumping* y cuotas compensatorias a la luz del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", en *Resolución de controversias en América del Norte,* UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1994.

Goldsmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Procesal,* De Palma, Buenos Aires, 1985.

Gómez Gordoa, José, *Títulos de crédito,* Porrúa, México, 2003.

Gómez Palacio, Ignacio, "The New Regulation on Foreign Investment in Mexico: a Difficult Task", en *Houston Journal of international Law,* vol. 12, núm. 2, Houston, primavera de 1990.

Gómez Robledo Verduzco, Alonso, "En torno a la 'Ley Helms-Burton' de 1996", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* Nueva Serie, año XXX, núm. 88, México, enero-abril, 1997.

González Beilfuss, Cristina, "La aplicación del Convenio de La Haya sobre secuestro de menores: estudio de derecho comparado", en *La sustracción internacional de los menores (aspectos civiles),* Ponencias, comunicaciones de trabajo de las Jornadas de profesores de derecho internacional privado de Toledo, Toledo, 1991.

González de Cossío, Francisco, "Reflexiones acerca de algunos problemas constitucionales suscitados por los tratados de inversión de los que México es parte", *Jurídica,* núm. 28, México, 1998.

_____, "La Convención Interamericana y los Contratos Internacionales", en *Jurídica,* Universidad Iberoamericana, núm. 27, México, 1997.

González Campos, Julio D., *Derecho Internacional Privado. Parte especial,* Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Madrid, 1993.

_____ y José Carlos Fernández Rozas, *Derecho Internacional Privado español, Textos y materiales,* vol. 1 (Derecho judicial; internacional), Tecnos, Madrid, 1983.

_____ y Rodrigo Recondo Porrúa, *Lecciones de derecho procesal civil internacional,* Publicaciones la Universidad de Deusto, Bilbao, 1981.

González Huerta, Martha Imelda, "Conflictos interétnicos. Análisis y crítica de la reforma constitucional en materia de derechos indígenas", en *XVII Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado,* Monterrey, 2003.

González Martín, Nuria, *Adopción internacional; la práctica mediadora y los acuerdos bilaterales (referencias hispano-mexicanas),* Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

Gothot, P., "Le renoveau de la tendance unilateraliste en droit international privé", en *Revue critique de droit international privé,* núm. 1, París, enero-marzo, 1971.

Graham, J., *An Introduction into E-Commerce, Cyberbanking and Law,* Paul Bouler, Libref, Luxemburgo, 2000.

Graveson, R. H., *The Conflict of Laws,* 6a. ed., s. d., Londres, 1969.

Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio pecuniario y moral o derechos de la personalidad,* Cajica, México, 1982.

Gutiérrez, Cecilia, "Cómo obtener la nulidad con la venia de la Iglesia", http://www.tercera.cl/diario/2000/03/19/t-19.27.3a.cro.nulidad1.html.

Gutzwiller, M., "Le développement historique du droit international privé", en *Recueil des cours*, t. IV, La Haya, 1929.

Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de derecho*, Editora Nacional, México, 1980.

Hay, Peter. "International versus interstate conflicts law in the United States. A summary of the case law", en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht*, Hamburgo, enero de 1971.

Herdegen, M., *Derecho Económico Internacional*, Thompson-Civitas, Madrid, 2003.

Hernández Romo, Miguel Ángel, "El régimen jurídico de los inmuebles en el Derecho Internacional Privado mexicano", en *Revista de Derecho Notarial*, año XV, núm. 41, México, enero, 1971.

Holtzman, H. M. y J. E. Neuhaus, *A Guide to the* UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1995.

Honnold, John, "International Sales Law and the Open-Price Contract", en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, UNAM, México, 1989.

Horlick, Gary, "Government Actions Against Domestic Subsidies, an Analysis of the International Rules and an Introduction to United States' Practice", en *Review of the Europa Institute*, Saar, 1986.

Hudault, J., "Statut personnel et droit naturel", en *RCDIP*, núm. 1, 1998.

Huerta Ochoa, Carla, "Estudio sobre el art. 1904 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte", publicación a cargo de la Sección Mexicana del Secretariado, México, 1998.

Ibarrola, Antonio de, *Cosas y sucesiones*, 2a. ed., Porrúa, México, 1962.

Jackson, John N., "Perspectives on Countervailing Duties", en *Law & Policy in International Business*, vol. 21, núm. 4, 1990.

Jaime Ortega, Mauricio, "Sucesiones testamentarias e intestamentarias en el Estado de California, Estados Unidos de América", en *Ars Iuris*, Revista del Instituto de documentación e investigación jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana, vol. 16, México, 1996.

Joachim Bonell, Michael, "Restatement of Principles for International Commercial Contracts: an Academic Exercise or a Practical Need?", en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, UNAM, México, 1989.

Juenger, Friedrich K., "La lex mercatoria and private international law", en *Revue de droit uniforme*, vol. V, núm. 1, Roma, 2000.

_____, "Contract choice of law in the Americas", en *RMDIP*, 1997.

_____, "El derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, núm. 23, México, 1994.

_____, *Choice of Law and Multistate Justice*, Nijhoff, Países Bajos, 1993.

_____, "The Recognition of Money Judgements in Civil and Commercial Matters", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 36, Nueva York, 1988.

Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Máynez, 3a. ed., UNAM, México, 1969.

_____, *Teoría general del Estado*, trad. Luis Legaz Lacambra, Nacional, México, 1959.

_____, *El contrato y el tratado*, Imp. Universitaria, México, 1943.

Labariega, Pedro Alfonso, "Devenir histórico del derecho cambiario", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, Nueva Serie, núm 112, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, enero-abril, 2005.

Lagarde, P., "Le nouveau droit international privé des contrats aprés l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980", en *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, París, 1991.

_____, "Le depeçage dans le droit international privé des contrats", en *Rivista di Diritto Internationale Privatto e Processuale*, Cedam, Milán, 1975.

Lainé, A., *Introduction au droit international privé, contenant une étude historique et critique de la theorie des status et des rapports de cette theorie avec le Code Civil*, F. Pichon, París, 1888-1892.

Lamm, Carolyn, *International Arbitration Law Review*, vol. 1, núm. 1, Londres, diciembre de 1997.

Lando, Ole *et al.*, *Principios de derecho contractual europeo*, Colegios Notariales de España, 2002.

Lazcano, Carlos Alberto, *Derecho Internacional Privado*, Editora Platense, La Plata, 1965.

Lazcano, David, *Jurisdicción y competencia*, Guillermo Kraft, Buenos Aires, 1941.

Lewald, H., "Questions du Droit International des successions", en *Recueil des Cours de l'Academie de Droit international Privé*, t. IV, París, 1925.

Loperena Ruiz, Carlos, "Ejecución de laudos arbitrales comerciales extranjeros en México", en *El arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, 2000.

_____, "El procedimiento arbitral", en *Camecic*, México, enero-marzo, 1997.

López Ayllón, Sergio, *El criterio de los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio del Norte en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 1998.

_____ (comp.), *El futuro del libre comercio en el Continente Americano*, UNAM, México, 1997.

_____, "Comentario a la resolución del panel binacional sobre las importaciones de productos de placa de acero en hoja originarios y procedentes de Estados Unidos de Norteamérica", en *Revista de Derecho Privado*, año 6, núm. 18, México, septiembre-diciembre, 1995.

López Velarde, Rogelio, "Derecho aplicable en materia de contratos internacionales", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, núm. 5, México, octubre de 1998.

Loussouarn, Y., "Convention de La Haye d'octobre 1985 sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de merchandises", en *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, París, 1986.

_____ y J. D. Bredin, *Droit du commerce international*, Sirey, París, 1969.

Lowenfeld, Andreas F., *Conflicts of laws: federal state, and international perspectives*, Mathew Bender, Nueva York, 1998.

Maekelt, Tatiana B. de, "Conferencia especializada sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP-I)", Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1979.

_____, "Derecho comparado ayer y hoy", *Libro Homenaje a Fernando Parra Aranguren*, Facultad de Derecho y Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas, 2002.

_____, *La ley venezolana de derecho internacional privado: tres años de su vigencia*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2002.

Magallón Gómez, M. Guillermina, "A Brief Summary of the Decisions by the United States Federal Courts on the Elián González Asylum Petition", en *Revista de Derecho Privado*, Nueva Época, Año I, núm. 1, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, enero-abril, 2002.

Magallón Gómez, Ma. Antonieta, "Consideraciones jurídicas sobre la iniciativa de Ley de Sociedad de Convivencia de 26 de abril de 2001, que presenta la H. Asamblea Legislativa del Distrito Federal, II Legislatura", en *Revista de Derecho Privado*, Nueva Época, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año I, núm. 3, México, septiembre-diciembre de 2002.

Magallón Gómez, Ma. Antonieta, "La adopción internacional en la legislación mexicana", *Estudios sobre adopción internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

Magallón Ibarra, Jorge Mario, *Instituciones de derecho civil*, Porrúa, México, 1987, t. II.

_____, "La fuente nacional del derecho internacional privado", en *El Foro*, Barra de Abogados, México, abril-junio, 1966.

Mancini, Pascual E., *Della nazionalitá come fondamento del diritto delle genti*, Universidad de Turín, Milán, 1851.

Mantilla Molina, Roberto, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1996.

Marchan Álvarez, Antonio, *El arbitraje. Estudio histórico jurídico*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1981.

Marín López, Antonio, *Derecho internacional privado español, parte especial*, vol. II, Granada, CD ROM, *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Cenedic, Universidad de Colima, Colima, 2001.

Martínez Arrieta, Sergio, *El régimen patrimonial del matrimonio en México*, Porrúa, México, 1992.

Marty, y P. Raynaud, *Droit Civil*, Sirey, París, 1962, t. II.

Mayagoitia Alejandro, "Acerca de la vida y obra de don Manuel Cruzado", en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, vol. XVI, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2004.

Medina Mora, Raúl, "Cláusula y acuerdos arbitrales", en *El arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, 2000.

Medina, Graciela, *Los homosexuales y el derecho a contraer matrimonio*, Rubinzal-Culzoni, Argentina, 2001.

Mejiers, E. M., "Historie des príncipes fondamentaux du droit international a partir du Moyen age, specialment dans l'Europe Occidentale", en *Recueil des cours*, La Haya, 1934, t. III.

Méndez Costa, María Josefa, *Matrimonio. Cuestiones conexas: nombre, domicilio, adopción. Sociedad conyugal. Sucesión de los cónyuges. Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987.

Miaja de la Muela, Adolfo, *Derecho Internacional Privado*, Yagües, Madrid, 1973, vol. II.

_____, "Las normas materiales de derecho internacional privado", en *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, 1963.

Michinel Álvarez, Miguel Ángel, "Inscripción de actos de disposición sobre bienes de una sociedad conyugal internacional", en *Derecho registral*, Iprolex, Madrid, 2003.

Miele, A., *La cosa giudicata straniera. Escecuzione et reiconoscimento delle sentenze nel diritto commune europeo*, CEDAM, Padua, 1989.

Miralles Sangro, Pedro Pablo, "Acerca de la eficacia de los convenios internacionales contra el «secuestro» internacional de menores", en *Diario la Ley 5659*, http://www.laley.net/buscar/busdiario_cgi, 25 de noviembre, 2002.

_____, "Derecho internacional privado", en Elisa Pérez Vera (comp.), *Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001, vol. II.

_____, "La formación de la Unión Europea", en *Derecho de la Unión Europea I (antecedentes, instituciones, fuentes y jurisdicción)*, de Enrique Liende Paniagua *et al.*, Marcial Pons, Madrid, 1995.

Molina Pasquel, Roberto, José Luis Siqueiros y Julio C. Treviño Ascue, "Tramitación de divorcios por parte de extranjeros no residentes en México", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, México, octubre-diciembre, 1966.

Molina Pasquel, Roberto, "El fideicomiso de inmuebles en las zonas prohibidas, en favor de extranjeros", en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, México, enero-marzo, 1954.

Montero Duhalt, Sara, "Comentarios a la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción", en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria*, Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1989.

Montiel y Duarte, Isidro, *Tratado de las leyes y su aplicación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1978.

Navarrete Hernández, María Alejandra, "Poderes otorgados en el extranjero. Para que surtan efectos en México conforme al Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes, no son necesarios su registro y protocolización mientras no lo exija una ley federal", en *Anuario Jurídico 1994*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1995.

Niboyet, Juan Paulino, *Principios de Derecho Internacional Privado*, s.d., 1928.

Nijch, P., *Choice of Forum and Laws in International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, La Haya, 1997.

Noodt Taquela, M. B., "Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en *El Derecho Internacional Privado Interamericano en el umbral del siglo* XXI, Departamento de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1997.

Novoa Mandujano, Carlos, "Jurisprudencias emitidas por la Suprema Corte de Justicia sobre el otorgamiento de poderes en el extranjero, de conformidad con el Protocolo sobre Uniformidad", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, México, octubre de 1996.

Ogarrio, Alejandro, "El procedimiento arbitral: desarrollo del procedimiento arbitral", en *El arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, 2000, pp. 75 y siguientes.

_____, "Convención de las Naciones Unidas sobre garantías independientes y cartas de crédito contingente", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 2, México, abril de 1997.

_____ y Leonel Pereznieto, "Mexico-U.S. Relations Economic Integration and Foreign Investment", en *Houston Journal of International Law*, vol. 12, núm. 2, primavera de 1990.

Olivencia, Manuel, "UNCITRAL: hacia un derecho mercantil uniforme en el siglo XXI", en *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 207, Madrid, enero-marzo, 1993.

_____, "La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional: balance de un decenio 1968-1977", en *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al profesor Antonio Polo*, Civitas, Madrid, 1981.

Orejudo Prieto, Patricia de, "Cooperación internacional en la celebración del matrimonio: certificados de capacidad matrimonial", en *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. 0, Improlex, Madrid, 2000.

Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho Internacional Público*, 3a. ed., Oxford University Press, México, 2004.

_____, "Mecanismos internacionales para la solución de controversias internacionales en materia de inversión extranjera", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 21, México, 1992.

Ortiz-Arce de la Fuente, Antonio, *Derecho español y derecho comunitario. Selección de Derecho Internacional Privado*, tratado núm. 214, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1988.

_____, *Programa de Derecho Internacional Privado*, Universidad Complutense, Madrid, 1997.

Ortiz Urquidi, Raúl, *Matrimonio por comportamiento*, Stylo, México, 1955.
_____, "Matrimonio por comportamiento", en *Foro de México*, núm. 30, México, septiembre de 1955.
Pallarés, Beatriz, "Efectos patrimoniales del matrimonio", *Derecho Internacional Privado del Mercosur*, Diego P. Fernández Arroyo (coord.), Zavalia, Buenos Aires, 2003.
Park, W., W. Craig y J. Paulsson, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 2a. ed., Oceana, Nueva York, 1990.
Parra Aranguren, Gonzalo, *Curso general de derecho internacional privado*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1998.
_____, "La importancia del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) en la futura uniformidad jurídica del hemisferio americano", en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, núm. 86, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1992.
Patiño Manfer, Ruperto, "Creación de la Organización Multilateral de Comercio (OMC)", en *Boletín mexicano de derecho comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 81, México, 1994.
Paulson, Jean, "The impact of treaties on ICC Arbitration", en *El arbitraje comercial internacional, op. cit.*, Fontamara, 2000.
Pecourt García, Enrique, *Derecho internacional privado español. Jurisprudencia sistematizada y comentada*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.
Pena López, José María, *Concepto de Derecho Real*, Tórculo Ediciones–Universidad de La Coruña, 1998.
Pérez Contreras, María de Montserrat, "La legislación vigente en materia de obligaciones alimentarias en el marco de la familia para el caso de menores en el Distrito Federal", *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, Sección de Legislación, México, 2002.
_____, "La filiación en la legislación familiar para el Distrito Federal: comentarios en torno a las reformas", *Boletín Mexicano de Derechos Humanos*, Nueva serie, Año XXXV, núm. 105, México, septiembre-diciembre, 2002.
Pérez Miranda, Rafael, "La protección de la inversión extranjera y la solución de controversias en la materia", en *Alegatos*, núm. 32, México, 1996.
Pérez Vera, Elisa, "Algunas consideraciones sobre la aplicación en España del Convenio de la Conferencia de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, de 25 de octubre de 1980", en *Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres, 12 y 13 de agosto de 2002*, Montevideo, Uruguay, SIM/doc. 9/02.
_____, "Algunos inconvenientes jurídico-políticos a superar para lograr la eficacia de los convenios internacionales contra el 'secuestro' internacional de menores", *Reunión de expertos gubernamentales sobre sustracción internacional de menores por parte de uno de sus padres, 12 y 13 de agosto de 2002*, Montevideo, Uruguay, SIM/doc. 10/02.
_____, *Derecho Internacional Privado*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2001.
_____, "El menor en los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado", en *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 45, enero-junio, Madrid, 1993.
Pérez Verdía, Luis, *Tratado Elemental de Derecho Internacional Privado*, Tip. de la Escuela de Artes y Oficios, Guadalajara, 1908.

Pereznieto Castro, Leonel, *Introducción al estudio del Derecho*, 5a. ed., Oxford University Press, México, 2006.
_____, "Lex Mercatoria. Un referente necesario en nuestros días", en *El Foro*, Barra Mexicana Colegio de Abogados, México, primer semestre, 2006.
_____, *Consideraciones en torno a la lex mercatoria: el caso de México*, en Jorge Alberto Silva (coord.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2006.
_____ y S. Puig, *The Future of Nafta Investment Arbitration: a Mexican perspective*, De Cita 03, Buenos Aires, 2005, pp. 185 y siguientes.
_____, *Derecho Internacional Privado, Parte general*, 8a. ed., Oxford University Press, México, 2003.
_____, "Algunos aspectos del derecho familiar en México y otros países de Latinoamérica", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2003.
_____, "Notas sobre las reformas al Código Civil para el Distrito Federal en materia de derecho internacional privado", en XII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, CD ROM, *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Cenedic, Universidad de Colima, Colima, 2001.
_____, "La constitución del tribunal arbitral", en *El arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, 2000.
_____ (comp.), *El arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, 2000.
_____, "La uniformidad y armonización de los sistemas de garantías comerciales y financieras internacionales", en *RMDIP*, 1999.
_____, "El caso Chromalloy Autoservices ¿un nuevo derrotero en el reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros?, en *Pauta, Boletín del Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio*, núm. 28, México, 1999.
_____, "Comentarios a la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de las Naciones Unidas", en *Camecic*, México, enero-marzo, 1997.
_____, "Dos mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: 'la Cláusula Calvo' y 'la Zona Prohibida' o 'Zona Restringida'", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, México, abril, 1997.
_____, "La codificación interamericana en Derecho Internacional Privado ¿es todavía una opción?", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 1, México, octubre, 1996.
_____, "La Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional", en *Relaciones Internacionales*, núm. 65, Centro de Relaciones Internacionales, UNAM-CNUDMI, México, enero-mayo, 1995.
_____, "El artículo 133 constitucional: una relectura", en *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 25, México, 1995, pp. 265 y siguientes.
_____, "Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales", en *Rivista di Diritto Internazionale Privatto e Processuale*, año XXX, núm. 4, Milán, 1994.
_____, "Algunos aspectos del sistema de solución de controversias en el Tratado Norteamericano de Libre Comercio", en *Jurídica*, Universidad Iberoamericana, núm. 23, México, 1994.

Pereznieto Castro, Leonel, "Introducción a la Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos", en *Revista de Derecho Privado,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, año 5, núms. 13, 14 y 15, México, enero-diciembre, 1994.

_____, "Resolution of an International Transaction under Mexican Conflict of Laws Principles", *en Florida Journal of International Law,* vol. VII, núm. 3, Florida, 1992.

_____, "La tradition territorialiste en Droit international privé dans les pays d'Amerique Latine", en *Recueil des cours de La Academie de Droit International de La Haye*, t. I, Nijhoff, Holanda, 1985.

_____, "Algunos aspectos de la constitución y la personalidad jurídica de las sociedades internacionales", en *Estudios de derecho económico,* núm. 1, UNAM, 1977.

_____, *Derecho Internacional Privado, notas sobre el principio territorialista y el sistema de conflictos en el derecho mexicano,* UNAM, México, 1977.

_____, "Las obligaciones convencionales internacionales en el Derecho Internacional Privado Mexicano", en *El Foro*, Barra Mexicana Colegio de Abogados, Sexta Época, núm. 6, México, 1976.

_____, *Las obligaciones convencionales en el Derecho Internacional Privado en México*, en *El Foro*, Barra Mexicana de Abogados, Sexta Época, núm. 6, México, 1976.

_____, "Consideraciones sobre el Derecho Internacional Privado en México durante el siglo pasado a partir de la Independencia", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* núm. 20, México, mayo-agosto, 1974.

_____, "La nacionalidad de las sociedades", en *El Foro,* Quinta Época, núm. 27, México, julio-septiembre, 1972.

_____, "La nacionalidad de las sociedades", en *El Foro*, México, julio-septiembre, 1972.

_____, "La institución del Discovery en el arbitraje comercial internacional en México", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 11, México, mayo de 2002, pp. 139 y siguientes.

_____, *La Cláusula Calvo y la zona prohibida o zona restringida, dos mitos del derecho mexicano,* en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 3, pp. 111 y siguientes.

_____ y Jorge Alberto Silva, *Diccionarios jurídicos temáticos. Derecho Internacional Privado*, Oxford University Press, México, 2002.

Perrenot, Richard B., "El reconocimiento en los tribunales de los Estados Unidos de las sentencias de los tribunales mexicanos", en *Ius, Órgano de Difusión de la Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez,* Editorial Universitaria, vol. 3, Ciudad Juárez, 1986-1987.

Peter Berger, Klaus, "The lex mercatoria doctrine and the UNIDROIT principles of international commercial contracts", *Law and policy in international bussiness*, vol. 28, núm. 4, Washington, verano de 1997.

Pieter Matthijs, Alexander, "The Specificity Test under U.S. Countervailing Duty Law", en *Michigan Journal of International Law,* vol. 10, núm. 3, Michigan, 1989.

Planiol, Marcel y George Ripert, *Derecho Civil*, trad. Leonel Pereznieto, Oxford University Press, Colección Clásicos del Derecho, México, 1999.

_____, *Tratado práctico de derecho civil francés,* Cultural, La Habana, 1940.

Platto, Charles, "United States", en *Obtaining Evidence in Another Jurisdiction in Business Disputes*, Graham and Trotman, Londres, 1988.

Pocar, Fausto, "La unificación de reglas de conflicto en materia de contratos en la Comunidad Europea", en *Segundo Seminario Nacional de DIPr*, UNAM, México, 1980.

Posadas Urtusuástegui, Alejandro y Gustavo Vega Cánovas, "El capítulo 11 del TLCAN: protección a la inversión extranjera", en *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Evaluación jurídica: diez años después*, coord. Jorge Witker, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

Practical Handbook on the Operation of the Hague Convention of March 18, 1970, on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, Maarten Kluwer's Internationale Uitgeversonderneming, Antwerpen-Apeldoorn, 1984.

Puig Borda, Oriol y José Verdaguer de Lorenzo, "Régimen de Visitas", en http://www.upf.es/dret/civil/lamarca/web/regimen_visitas.pdf, febrero 18, 2003.

Redfern, A. Hunter *et al., Droit et pratique de l'arbitrage commercial international,* 2a. ed., LCDJ, París, 1994.

Rigaux, François, "Examen de quelques questions laissées ouvertes per la Convention de Rome sur loi applicable aux obligations contractuelles", en *Cahiers de Droit Européene,* núm. 2, París, 1988.

_____, *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1985.

Robles Brambila, Luis, "Algunas consideraciones sobre capitulaciones matrimoniales", *Podium Notarial. Revista del Colegio de Notarios del Estado de Jalisco*, núm. 4 México, enero-junio, 1991.

Roca Aymar, J. L., "La Ronda Uruguay sobre negociaciones comerciales multilaterales", en *Mundi Prensa,* Madrid, 1994.

Rodríguez Benot, Andrés, Lección 6, "La filiación y los alimentos", en *Lecciones de derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1996.

Rodríguez Martínez, Elí, "Breves consideraciones relativas a los estatutos personales y los conflictos de leyes interétnicos en México", en *XVII Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Monterrey, 2003.

Rodríguez y Rodríguez, Joaquín, *Derecho mercantil*, Porrúa, México, 1967, t. II.

_____, *Derecho mercantil,* Porrúa, México, 1974, t. I.

Rodríguez, Mónica Sofía *et al.*, "Las uniones de pareja a la luz del derecho internacional privado argentino", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003.

Rojina Villegas, Rafael, *Derecho civil mexicano*, Porrúa, México, 1975, t. I.

_____, *Compendio de derecho civil,* Porrúa, México, 1974, t. III.

_____, *Compendio de derecho civil: Bienes, derechos reales y sucesiones*, Talleres de la editorial Libros de México, México, 1968, vol. II.

Rosales Silva, Manuel y Francisco Ignacio Navarro, "Posibles conflictos de leyes derivados del matrimonio y concubinato en el Código Familiar para el Estado de Hidalgo de 8 de noviembre de 1983", *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, México, 1984.

Rugman, Alan M. A., "Canadian Perspective on U.S. Administrated Protection and the Free Trade Agreement", en *Maine Law Review,* vol. 40, Universidad de Maine, Maine, 1988.

Ruiz-Almodóvar, Caridad, "La dote en los códigos de estatuto personal de los países árabes", en *Revista Meah, Revista de estudios semíticos,* Universidad de Granada, núm 49, http://www.ugr.es/~estsemi/hebreo/hebmeah49.htm (3 de diciembre, 2004).

Saldaña Pérez, Jesús, "El régimen jurídico de la adopción en el Código civil para el Distrito Federal", en *Estudios sobre adopción internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2001.

Saldaña Pérez, Juan Manuel, *Comercio internacional*, Porrúa-Instituto internacional del Derecho, México, 2005.

_____, *Régimen Jurídico Económico del Comercio Internacional*, Porrúa, México, 2005.

Salles, Vania y Rodolfo Tuirán, "Mitos y creencias sobre la vida familiar", en *La familia en la ciudad de México; presente, pasado y devenir*, comp. Leticia Solís, ACPEINAC, México, 1997.

Sánchez de Bustamante y Sirven, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, Cultural, La Habana, 1943, t. II.

Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, Porrúa, México, 1984.

Sansó Rotondo, Benito, "El régimen patrimonial de los bienes en el Derecho Internacional Privado venezolano", en *Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.

Santos Belandro, Ruben B., "Reclamaciones de alimentos en el ámbito iberoamericano", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2003.

_____, *Arbitraje comercial internacional*, 3a. ed., Oxford University Press, México, 2000.

_____, *Arbitraje comercial internacional*, Pereznieto Editores, México, 1997.

_____, *Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias; reglas de conflicto materialmente orientadas hacia la protección de las personas*, Productora Gráfica, Montevideo, 1991.

_____, *El derecho aplicable a los contratos internacionales*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, 1966.

Savigny, M. F. C. von, *Derecho romano*, 2a. ed., trad. Jacinto Mesía y Manuel Poley, Madrid, s. f., t. VI.

_____, *Sistema de derecho romano actual*, 2a. ed., Centro Editorial Góngora, Madrid, s. f., t. VI.

Schnitzer, A., "Die zovordnung der vërtrage im internationalen privatrecht", en *Rabels Zeitschrift*, núm. 1, Hamburgo, 1969.

Sentís Melendo, Santiago, *La sentencia extranjera (exequátur)*, EJEA, Buenos Aires, 1958.

Sepúlveda, César, *Derecho Internacional Público*, 16a. ed., Porrúa, México, 1991.

Shapira, Amos, "Private international law aspects of child custody and child kidnapping cases", *Recueil des Cours*, 1989-II, Martinus Nijhoff Publishers, Países Bajos, 1989.

Siegel, David, *Conflicts in a Nut Shell*, West Publishing, Minnesota, 1982.

Sierralta R., Aníbal y Luis Olavo Baptista, *Aspectos Jurídicos del Comercio Exterior*, Academia Diplomática del Perú, Perú, 1992.

Silva, Jorge Alberto (comp.), *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

_____, "Resurgimiento de la *lex mercatoria*: la regulación de las relaciones comerciales internacionales", en *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, comp. Jorge Alberto Silva, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2006.

_____, *Estudios de derecho conflictual sucesorio interestatal durante el siglo XIX*, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Ciudad Juárez, 2006.

_____, "Presencia del Derecho Internacional Privado y del derecho interestatal en la revista El Derecho", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, México, 2006.

Silva, Jorge Alberto, *Estudios de derecho conflictual sucesorio interestatal durante el siglo XIX*, UACJ, Ciudad Juárez, 2006.

_____, "Algunas experiencias sobre cooperación judicial internacional entre México y EEUU", en *Problemas actuales del derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005.

_____, "Los convenios internacionales relacionados con el derecho de familia; su falta de recepción en el derecho interno mexicano", *XVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Pachuca, 2004.

_____, "El derecho de integración del menor a su familia: Aspectos internacionales", *Revista mexicana de derecho internacional privado*, núm. 14, México, octubre de 2003.

_____, "El impacto de los convenios internacionales sobre la legislación interna mexicana relativa a la adopción internacional de menores", en *Revista de Derecho Privado*, Nueva Época, año II, núm. 4, México, enero-abril, 2003.

_____, "El registro de los actos acreditativos del estado civil adquirido en el extranjero: algunas notas de la regulación mexicana", en *Alegatos*, núm. 55, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2003.

_____ "Algunas notas sobre el reconocimiento del testamento extranjero en México", en *Revista de la Facultad de Derecho*, t. LI, núm. 236, UNAM, México, 2002.

_____, "Algunos antecedentes históricos que dieron lugar al estudio de los conflictos de órdenes jurídicos entre las entidades federativas mexicanas", en *XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Tijuana, 2002.

_____, "Contribución de los profesores universitarios a la construcción de los conceptos estatuto personal y ley personal", *Didactikón*, año 1, núm. 2, UACJ, Ciudad Juárez, agosto-diciembre, 2002.

_____, "Panorama del Derecho Internacional Privado mexicano de familia: su fuente interna", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, vol. 12, UNAM, México, octubre, 2002.

_____, "Los extranjeros frente al proceso jurisdiccional en México" en *Octavo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado*, 1984, CD ROM, *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, Cenedic, Universidad de Colima, Colima, 2001.

_____, *Arbitraje comercial internacional en México*, Oxford University Press, México, 2001.

_____, *Derecho Internacional Privado (su recepción judicial en México)*, Porrúa, México, 1999.

_____, "Algunas dudas y sugerencias iusprivatistas para modificar la ley mexicana con relación a la transmisión del patrimonio *mortis causae*" en *XXIV Seminario Nacional de DIPr*, México, 1999.

_____, "Participación de los cónsules en la sucesión *mortis causae*", en *Lex*, Tercera Época, año V, núm. 51, México, septiembre, 1999.

_____, "Sistema jurídico aplicable al proceso", en *Boletín de la Facultad de Derecho*, Universidad de Educación a Distancia, Segunda Época, Madrid, 1996.

_____, "Aspectos procesales de la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores", *XVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*. Publicación particular de la Academia para efectos internos (entre sus miembros), pendiente de publicación.

_____, "Relación de ponencias presentadas durante los primeros 13 Seminarios Nacionales de Derecho Internacional Privado", en *Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado, Memoria*, México, 1989.

Silva Nava, Carlos de, "El arbitraje y el amparo", en *El arbitraje comercial internacional*, Fontamara, México, 2000.

Siqueiros, José Luis, "El arbitraje de naturaleza privada en el marco del TLCAN", conferencia dada en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez el 10 de marzo de 2006, inédito.

_____, "Los nuevos principios de UNIDROIT (2004) sobre contratos comerciales internacionales", XXVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, celebrado en Pachuca, Hidalgo, 2004, versión inédita. Disco compacto repartido durante el Seminario.

_____, "El aporte del sistema interamericano al desarrollo del derecho internacional privado", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado,* núm. 1, México, octubre de 1996.

_____, "La solución de controversias en el marco del TLC", en *Jurídica,* Universidad Iberoamericana, núm. 24, 1995.

_____, "NAFTA Institutional Arrangements and Disputes Settlement Procedures", *en California Western International Law journal,* vol. 23, núm. 2, California, 1993.

_____, "Reflexiones sobre el sistema conflictual francés en materia de regímenes matrimoniales", en *Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1986.

_____, "El divorcio de extranjeros en México y las reformas a la Ley de Nacionalidad y Naturalización", *El Foro,* Barra de Abogados, México, enero-marzo, 1971.

_____, *Panorama del derecho mexicano. Síntesis de Derecho Internacional Privado,* Instituto de Derecho Comparado, UNAM, México, 1965.

_____, *Los conflictos de leyes en el sistema constitucional mexicano,* Universidad Autónoma de Chihuahua, Escuela de Derecho, 1957.

Smith, James F. y Marilyn Whitney, "The Dispute Settlement Mechanism of the NAFTA and Agriculture", en *North Dakota Law Review,* vol. 68, núm. 2, 1992.

Societe Hilmarton LTD *vs.* Societé Omnium de Traitement et de Valorisation, S.A. Cour de Cassation, 1er. Chambre, 23 de marzo de 1994, en *RCDIP,* 1995.

Soloway, J., Nafta´s Chapter 11: Investor protection, integration and the public interest, disponible en: http//www.irpp.org/choices/archive/vol9no2.pdf.

Southwick, James D., "The Lingering Problem with the Specificity Test in United States Countervailing Duty Law", en *Minnesota Law Review,* vol. 72, núm. 5, 1988.

Staelens, Patrick, "El nuevo marco legal de los conflictos de leyes en México", *Alegatos* 8, Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, enero-abril, 1988.

Steenhoff, G. J. W., "Asser et la fondation de la Conference... ", en *RCDIP* núm. 2, París, 1994.

Strum, F., "Personales, famille et successions dans la loi du 25 julliet 1986; portant du DIPr allemand", en *RDIP* núm. 1, París, 1987.

Sussman, Michael J., , "Note Countervailing Duties and the Specificity Test: an Alternative Approach to the Definition of Bounty or Grant", en *Law & Policy in International Business,* vol. 18, pp. 265 y siguientes.

Sykes, Alan O., "Countervailing Duty Law: an Economic Perspective", en *Columbia Law Review,* vol. 89, núm. 2, Nueva York, marzo, 1989.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *La universidad: epopeya medieval (notas para un estudio sobre el surgimiento de la universidad en el alto medievo),* 2a. ed., Huber, México, 1998.

Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho (Introducción al estudio de la ciencia jurídica),* Themis, México, 1996.

_____, "La imputación como sistema de interpretación de la conducta", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* año IV, núm. 12, México, 1971.

Tena, Felipe de J., *Derecho mercantil mexicano,* Porrúa, México, 1944.

Texeiro Valladao, Haroldo, *Derecho Internacional Privado y parte general,* Trillas, México, 1987.

Tomás Ortiz de la Torre, José Antonio, "Lección 7. Sucesiones", en *Lecciones de Derecho civil Internacional,* Tecnos, Madrid, 1996.

_____, "Celebración del matrimonio", *Lecciones de derecho civil internacional,* Madrid, Tecnos, 1996.

_____, "Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, evolución histórica y convenciones adoptadas", en *Revista de Derecho Privado,* Madrid, 1993.

_____, *Derecho Internacional Privado. Parte general,* Artes Gráficas Iberoamericanas, Madrid, 1992, vols. I y II.

_____, *Derecho internacional privado. Parte general. Técnica aplicativa de la regla de conflicto,* Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, vol. II.

Trakman, Leon E., "Privatizing Dispute Resolution Under the Free Trade Agreement. Truth or Fancy?", en *Maine Law Review,* vol. 40, Maine, 1988.

Treviño Sosa, José, "El drama de la sustracción internacional de menores", en *El mundo del abogado,* año 5, núm. 46, México, 2003.

Trigueros Gaisman, Laura, "El estatuto personal (marco constitucional)", en *XXVI Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado,* 2002, Tijuana.

_____, "La aplicación de tratados internacionales en el sistema federal. La sentencia del pleno de la SCJN", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado,* Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, México, octubre, 1996.

Trigueros S., Eduardo, "El abogado y los conflictos internacionales de leyes y jurisdicciones", en *El Foro,* México, diciembre, 1948.

_____, *Evolución doctrinal del Derecho Internacional Privado,* Polis, México, 1938.

Uribarri, Gustavo, *El arbitraje en México,* Oxford University Press, México, 1999.

Uribe, Luis F., *Sucesiones en el derecho mexicano,* Jus, México, 1962.

Vargas, Marina, *La protección internacional de los derechos del niño,* Secretaría de Cultura de Jalisco, Universidad Panamericana, México, 1999.

Vázquez Pando, Fernando, "Reflexiones en torno al art. 35 de la *Ley de Nacionalidad y Naturalización*", en *Cuarto Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado,* CD ROM, *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y* Comparado, Cenedic, Universidad de Colima, Colima, 2001.

_____ y Loretta Ortiz Ahlf, *Aspectos jurídicos del Tratado de Libre Comercio del Norte,* Themis, México, 1994.

_____, "Comentarios sobre el nuevo Derecho Internacional Privado mexicano", en *Duodécimo Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado. Memoria,* UNAM, México, 1989.

_____, "En torno a las recientes reformas en materia de Derecho Internacional Privado", en *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf,* UNAM, México, 1989.

Vega Cánovas, Gustavo *et al., México, Estados Unidos y Canadá: Resolución de controversias en la era post Tratado de Libre Comercio de América del Norte,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2005.

Velazco Sánchez, Leopoldo, "La formalidad de los poderes otorgados en el extranjero", en *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado,* México, 4 de abril, 1998.

Verplaeste, J., *Derecho Internacional Privado,* Estades, Madrid, 1954.

Veytia Palomino, Hernany, "La Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales", en *Jurídica*, núm. 25, Universidad Iberoamericana, México, 1995.

Vilus, Jelena, "Common Law Institutions in the United Nations Sales Convention", en *Homenaje a Jorge Barrera Graf*, UNAM, México, 1989, t. II.

Viñas Farré, Ramón, "Convenios multilaterales sobre obtención de alimentos: necesidad de una reforma", en Alfonso Luis Calvo Caravaca (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: Aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2003.

Voskuil, C. C. A., "The Hague Conference on Private International Law (1883-1993)", e *Netherlands International Law Review*, vol. XL, núm. 1, Países Bajos, 1993.

Waelbroeck, M., *Traités internationaux et jurisdictions internes dans les six pays du Marché Commun*, Pedone, Montchrestein, París, 1970.

Walzer, Peter M. y Catherine Parker, "French Knots: Contract de Mariage in California", http://www.california-divorce.com/premarital/frenchknots.html, 3 de diciembre, 2002.

Weintraub, R., "The contract proposals of the second Restatement of Conflict of Laws—a critique", en *Iowa Law Review*, vol. 46, núm. 4, Iowa, 1961.

Wengler, Wilheilm, "L'evolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", en *RCDIP*, París, 1990.

_____, "L'evolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable", en *Revue critique de droit internacional privé*, núm. 4, París, 1990.

Witker, Jorge y Laura Hernández, *Régimen jurídico del comercio exterior de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

Witker, Jorge, "El futuro del Tratado de Libre Comercio del Norte (TLCAN)", en *El futuro del libre comercio en el continente americano. Análisis y perspectivas*, UNAM, México, 1995.

Yanguas Messía, J., *Derecho Internacional Privado. Parte general*, 3a. ed., Reus, Madrid, 1971.

Zabalo Escudero, Ma. Elena, "El testamento conjunto en Derecho Internacional Privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés", en *Revista General de Derecho*, XLV, núm. 540, México, septiembre, 1989.

Zamora, Stephen *et al.*, *Mexican Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2005.

Zavala, Francisco J., *Elementos de Derecho Internacional Privado o conflictos de derecho civil, comercial, de procedimientos y penal entre las legislaciones de diversos países.*

Índice analítico

A

Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, 43-45
  actividades, 44
Acción real, 406*n**
Acreedores alimentistas, 335, 339
Acta de misión, 644, 647
Acto reflejo del orden público, 190
Acuerdo(s)
  de Libre Comercio con Estados Unidos de América y Canadá, 465, 485
  General sobre Aranceles y Comercio, 464, 660
  Latinoamericano de Libre Comercio, 662
  para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, 488
Acuerdo arbitral, 616, 627
  autonomía, 628
  cláusulas
    modelo AAA, 630
    necesarias, 629
    opcionales, 630
    prohibidas, 630
  ley aplicable, 631
  medios de extinción, 635
  tipos, 628
Administración de un tratado
  bilateral, 658
  unilateral, 658
Adopción
  a prueba, 280
  calificación, 268
  capacidad para construirla, 273
  concepto, 265, 270
  constitución, 274
  constituida en el extranjero, reconocimiento, 288
  derecho interno, 281
  en México, 282
  extranjera, registro, 293
  fallo con reconocimiento automático, 290
  internacional, 275
    efectos, 286
    procedimiento, 284
  malograda o frustrada, 292
  simple o semiplena, 266
    en plena, conversión, 288
  plena, 266-267
  postmortem, 277
  realizada por extranjeros, 275
  sustitución delictuosa, 294
Affidavit, 560*n*
Albaceazgo consular, 370
Alimentos, 325
  procedimiento para su obtención, 338
  sanción por incumplimiento en el pago, 337
Apostilla, 595
Arbitraje
  comercial internacional, 616
    fuentes de derecho, 623-624
  incidentes, 650
  medios impugnativos, 649
  naturaleza jurídica, 626
  nulidad, 649
  procedimiento, 641
    general, 644
  tipos, 622-623
Árbitros, 640
Arce, Alberto G., 16
Asistencia internacional al proceso. Véase Cooperación internacional
Asociación
  de Libre Comercio, 663
  Latinoamericana de Desarrollo e Integración, 662
  Nacional de Profesores de DIPr, 42
Asser, Tobías, 25
Ausencia y fallecimiento, declaración de, 88
Autonomía, 445*n*

* La letra "n" después del número de página indica que esa voz se encuentra en una nota a pie de página. (Nota de la editora.)

cambiaria internacional, 446
de la voluntad, 509, 625
Autoridad
central, 549
remitente, 338

B

Ballarino, Tito, 111
Barraganía. Véase Concubinato, 155
Batiffol, Henri, 494
Belair, Claude, 440
Bienes inmuebles
en zona prohibida, 412
limitaciones, 411
Bienes muebles, 390*n*, 402
competencia judicial, 394
en tránsito, 411
en zona prohibida, 413
garantías sobre, 417
ordenamiento jurídico, 398
publicidad de la titularidad, 402

C

Cámara Internacional de Comercio, 636
Cambio de sexo, 90
Capacidad
de ejercicio, 61
de goce, 61
de la persona, 60
del heredero, 383
para adquirir, 383
para contraer matrimonio, 114
Capitulaciones matrimoniales, 163
capacidad para celebrarlas, 169
registro, 179
Carta rogatoria. Véase Exhorto
Centro
de explotación, 499
de gravedad, 511
Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 670
Certificado
de capacidad matrimonial, 114
de idoneidad, 285
Cesión de créditos, 427
Cheque, 442
de viajero, 458
Cláusula
Calvo, 392, 512, 673
de competencia exclusiva, 396
de contrariedad al orden público, 490
Código
Civil Federal, 471, 518, 522
de Comercio, 466, 514, 521
Códigos, aparición de, 51
Comisión(es)
consular, 557, 563
de arbitraje, 617-618
de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 28
actividades, 30
de Libre Comercio, 658
Internacional del Estado Civil, 98*n*
Comisionados, 559
Common law marriage, 158
Competencia
directa, 606
indirecta, 607
internacional, 606
interna
para celebrar actos del estado civil, 75
para regular relaciones de familia, 76
Concubinato, 155
Conexión domiciliar, 67
Conferencia de La Haya, 25
primera etapa, 26
segunda etapa, 27
tercera etapa, 27
Conflicto(s)
de leyes, 502
de órdenes jurídicos, 46*n*
Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado, 39
desarrollo, 40
estructura, 39
Contratación internacional, 501
derecho interno, 511
Contrato(s)
como norma jurídica, 506
de arrendamiento de inmuebles, 408
de cambio trayecticio, 453
efectos, 519
ejecución del, 510-511
entre ausentes, 521-522
formación, 508
internacionalidad de los, 530
tipo. Véase Reglas uniformes
Convención
Americana sobre Derechos Humanos, 327
de Cesión de Créditos con fines de financiación, 541
de CNUDMI, 450
de La Haya
sobre Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial, 560

Convención (cont.)
sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, 272, 280
de la ONU
sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente, 539
sobre la Obtención de Alimentos en el Extranjero, 326
de las Naciones Unidas
sobre Cesión de Créditos en el Comercio Internacional, 426
sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales, 436
sobre los Derechos del Niño, 278
de Naciones Unidas sobre Consentimiento para Contraer Matrimonio, Edad mínima para Contraerlo y su Registro, 154, 157
de Nueva York, 619
sobre Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre, 667*n*
sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, 31
sobre el Estatuto de los Apátridas, 68
sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 95
sobre los Derechos del Niño, 235, 237
Convención Interamericana
sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción Internacional de Menores, 271, 279
en Materia de Cheques, 437, 446*n*
Letras de Cambio, Pagarés y Facturas, 437, 443, 446
Sociedades Mercantiles, 482
sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, 524
antecedentes, 526
aplicación, 529
sobre el Régimen Legal de los Poderes para ser Utilizados en el Extranjero, 602
sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 580
sobre Obligaciones Alimentarias, 327, 330, 334
sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas, 480
sobre Restitución Internacional de Menores, 309
Convenio(s)
conyugales, 127-128
para Facilitar la Realización de Matrimonios en el Extranjero, 135
patrimonial del matrimonio, 162
ausencia, 174
forma del, 167
registro, 180
sobre la Ley Aplicable a los Nombres y Apellidos, 86
sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, 361
Cónyuges
derecho aplicable, 129
disposición de bienes por uno solo de los, 187
donaciones entre, 185-186
propiedad inmueble en zona prohibida, 183
relaciones personales entre, 128
traslación del dominio entre, 185
Cooperación internacional, 544
en procesos llevados en el extranjero, 561
fuentes jurídicas, 558
mecanismos, 552
notificaciones, 562
obtención de pruebas, 563
procedimientos
intraprocesales, 552
posprocesales, 552
procesales, 551
Corte de Justicia de las Comunidades, 665
Costumbres en el derecho comercial, 438
Criterio
de control, 500
de la *incorporation*, 498
Cross examination, 585
Curatela y patria potestad, 263
Custodia
derecho de, 300
quebranto, 308
permanente, 302, 304
y patria potestad, 260

D

Declaración
de ausencia y fallecimiento, 88
de los Derechos del Niño, 234
sobre los Principios Sociales y Jurídicos Relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, 235
Depecage, 17
Derecho
a heredar, falta de reciprocidad internacional, 386
a los alimentos, 326
cambiario, 434*n*
capacidad en el, 443

Derecho (cont.)
convencional internacional, 546
cooperacional
características, 545
procedimientos, 550
de arrendamiento de inmuebles, 409
de convivencia, 298, 305
de crédito en el plano internacional, 425
de custodia, 300
quebranto del, 308
de familia, 91, 93
de la integración familiar, 297
de manutención, 325
de restitución de un menor, 307
de visita, 298, 303-304
extranjero
conocimiento del, 553
procedimiento
ante el requerido, 556
ante el requirente, 555
Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 94
internacional en la Segunda Guerra Mundial, 10
nacional de la personalidad y de la familia, 73
sucesorio, problemas internacionales, 349
uniforme, 32, 502-504, 537
Derecho Internacional Privado
enfoque
de coexistencia, 8
didáctico, 3
dogmático-normativo, 19
normativo, 1
épocas del, 6
introducción al primer curso, 5
norma especial del, 18
parte especial del, 18
orígenes de su enseñanza, 17
Seminario Nacional del, 9
y problemas de tráfico jurídico, 21
Derechos
de la personalidad, 79-81
del menor, 234
reales, 389
actos constitutivos, 407
ordenamiento jurídico, 398
y personales, confusión entre, 400
Desposorios. Véase Esponsales
Deudores y acreedores alimentistas, 335
Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas, 479-480*n*
Divorcio(s)
al vapor, 107, 196*n*
capacidad para el, 208
causal, 212
desconocido, 213
causales de, 202, 205
concepto, 194
consensual o voluntario, 212
derecho
aplicable, 202
humano al, 201
efectos, 209
extranjero
reconocimiento, 211
registro, 216
mediante apoderado, 208
mixto, 197
necesario, 202
pleno, 194, 209
por mutuo acuerdo, 202
procedencia, 200
requisitos, 204
revocable del derecho musulmán, 212
semipleno, 194
unilateral, 215
Doctrina del *vested right*, 605
Documentos
apostillamiento, 595
expedidos en México, legalización, 594
públicos, 595
Documentos extranjeros
legalización, 590, 593
innecesaria, 591
necesaria, 592
reconocimiento, 587
Domicile of origin, 65
Domicilio
concepto, 68
corporativo, 71
de las personas
físicas, 66
morales, 70
extranjeras, 71
efectivo, 130*n*
legal, 71, 499
voluntario, 71
Donación, 185*n*
Dote matrimonial, 187
Droit commun legislative, 35
Dumoulin, Charles, 167

E

Efecto
atenuado del orden público, 118, 149, 343
registral, 598
remoto, 149

Eficacia internacional, 588
Emancipación, 87
Empresas *holding*, 461
Esponsales, 100-101
Estado
civil, 56, 58, 96, 198
de ciudadano, 199
de divorciados, 209
de hijo, 238
familiar, 96, 230
Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, 18
Estatuto
concepto, 49
matrimonial, 126
personal, 47-48, 52-54
Estrada Aceves, Enrique, 16
Exhorto, 564
aceptación, 580
competencia
delegada, 567
directa, 567
indirecta, 567
propia, 567
contenido, 581
formularios, 573
internacional, 565*n*
interno, 565*n*
legalización, 575
resultados del, 586
retransmisión, 577
transmisión
directa, 575
indirecta, 575-576
Expropiación de bienes, 414
Extranjería, 77*n*

F

Fallecimiento y ausencia, declaración de, 88
Familia, 91
derecho de, 91, 93
homosexual, 92
miembros de la, 92
multicultural, 93
nuclear, 92
poliándrica, 92
polígama, 92
Famosísima quaestio, 348
Favor
creditorii, *326*
filii, 231
negotti, 444
testamentii, 349, 361
Fideicomiso, 412-413
Filiación, 238
adulterina, 240*n*
automática, 242, 244
biológica, 239, 242
impugnación, 254
efectos, 250-251
prueba, 248
competencia para conocer, 240
efectos, 238
incestuosa, 240*n*
legítima o ilegítima, 240*n*, 242
ley aplicable, 253
matrimonial, 242
por adopción, 239
por naturaleza, 239- 240*n*
problemas por inseminación artificial y clonación, 255
reconocimiento
judicial, 242, 246
voluntario, 242
sacrílega, 240*n*
Fondo de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Infancia, 235
Foros generales y especiales, 2
Forum shopping, 269, 271
Fraude a la ley
por sociedad constituída en extranjero, 491
y nulidad del matrimonio, 226
Furnish, Dale B., 423

G

Garantía, 430
Gares principales, 475
Globalización del derecho, 10
Goldsmit, Werner, 579
Guías
jurídicas, 34
legislativas, 33

H

Hernández Romo, Miguel Ángel, 403
Hipoteca, 418

I

Interés
del menor, 233
público, 509
International Law Association, 25*n*
Institución(es)
administradoras de arbitraje, 636
desconocidas, 12
intermediaria, 338
Institut de Droit International, 25*n*

Instituto
de Derecho Internacional, 25
Mexicano de Derecho Internacional Privado, 9
Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, 35
estructura, 36
etapas, 36
principales trabajos, 37-38
Inversión extranjera, 517
Inversionista extranjero, 466, 671

J
Juenger, Friedrich, 605

K
Kafala, 282*n*

L
Laudo. Véase también Sentencia
adicional, 650
ejecución, 654
homologación, 654
interpretado, 650
nacional y extranjero, 650
nulidad, 654, 656
principios de congruencia, 651
rectificado, 650
Legalización de documentos
expedidos en México, 594
extranjeros, 590, 593
Lex mercatoria, 35, 533, 634
Ley
de constitución, 473
de Protección al Comercio y la Inversión de Normas Extranjeras que Contravengan el Derecho Internacional, 561
de Títulos y Operaciones de Crédito, 433
del domicilio, 66
del pabellón, 112
erga omnes, 338
General
de Población, 514
de Sociedades Mercantiles, 468
de Inversion Extranjera, 469, 516
personal, 47, 52
aplicable al supuesto, 61
reguladora del estado civil, 111
Ley Modelo
de Arbitraje, 643
Interamericana sobre Garantías
Inmobiliarias, 429
mobiliarias, 542
sobre aspectos jurídicos del intercambio electrónico de datos y otros medios conexos de comunicación de datos, 540
Leyes modelo, 33
Libertad de comercio, 466

M
Mancini, Pascual Estanislao, 25, 63
Matrimonio(s), 102
a yuras, 112*n*
acto que generó el, 219
capacidad para contraerlo, 113
consentimiento para el, 115
como contrato, 105-106
como sacramento, 105
consulares, 109, 133
contraído en el extranjero, 140, 142, 144
desconocimiento de, 150
reconocimiento del, 146, 151
desconocimiento de, poligámicos o poliándricos, 148
edad de los contrayentes, 115
efectos, 152
entre ausentes, 124*n*
forma de fondo, 111
fuentes jurídicas, 104
homosexual, 117
impedimento para el, 120, 123
por soltería o viudez, 121
informales. Véase matrimonio por comportamiento
ley aplicable, 126
mediante apoderado, 123
por comportamiento, 157
por conciencia, 111*n*
por conveniencia, 116
por extranjeros, 108
por poder, 124
rato, 225
registro del, 136
religioso, 112
contraído en el extranjero, 147
solo consensu, 155
Medios de prueba, 144
Menor
derechos, 234
interés superior, 232-233
retención del, 307
sustracción o desplazamiento del, 307-308
Método
conflictual tradicional, 46, 48
de consultas, 668
de derecho uniforme, 32, 502-504, 537

Método (cont.)
de remisión a otros acuerdos internacionales del TLCAN, 666
Miaja de la Muela, Adolfo, 78
Migración internacional, 10

N
Nacionalidad
de los asociados, 499
de sociedades, 492
en América, 63
en Europa, 62
Niño, 236
Nombre, 81
de familia, 83
Norma(s)
conflictual, 48
de aplicación inmediata, 405
de conflicto, neutralidad sustancial, 530*n*
de extensión, 97
especiales, 2
generales, 2
limitadas en su ámbito espacial, 249
materiales,2-3
Nulidad del matrimonio, 218
causas, 224
competencia mexicana para conocerla, 220
extranjero, registro, 228
ley aplicable, 223
reconocimiento de una sentencia extranjera que la declara, 227
y fraude a la ley, 226

O
Obligación, 502-503
Obligaciones alimentarias, efectos extraterritoriales, 341
Orden público, 509
Órdenes jurídicos autárquicos, 546
Organización
de las Naciones Unidas, 28
Mundial de Comercio, 661
Órgano exhortante, 571

P
Paterfamilias, 91
Patria potestad, 257-258
suspensión, 259
y custodia, 260
y tutela, 261
Patrimonio, 161
matrimonial, 161
Pensión alimentaria, 333
competencia para conocer, 329
ley aplicable, 331
medidas cautelares para su obtención, 344
monto de la, 342
Pérez Verdía, Luis, 16
Pereznieto Castro, Leonel, 41
Persona
física, domicilio, 66
jurídica(s), 480
internacionales, 482
privadas, 481
Persona moral,
actuación en México, 463
capacidad, 474
de nacionalidad mexicana, 465, 495
domicilio, 70
extranjera, 460
domicilio, 71
representante legal de la, 475
Personalidad, 78
derechos de la, 79
Poderes expedidos en el extranjero, 596
Prenda, 419
sin transmisión de posesión, 421-422
sobre títulos, 420
Principio(s)
de favorecimiento de la cooperación, 569
de la nación más favorecida, 485
de trato nacional, 486
favor matrimonii, 146
locus regit actus, 112
sobre los Contratos Comerciales Internacionales, 535
Problemas de tráfico jurídico y Derecho Internacional Privado, 21
Procedimiento
arbitral, 641
de ejecución de la sentencia, 610
de exequátur, 577, 610-612, 653
de impugnación extraordinaria, 679
de revisión de las reformas legislativas, 676
Protesto, 442
Protocolo
Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, 574
de Washington, 599
Proyecto
de Código de García Mayena, 63
de Guía sobre Operaciones Garantizadas, 431
Proyectos de convenciones internacionales, 30

R
Reconocimiento
de documentos extranjeros, 587
por equivalencia, 213
Régimen matrimonial, 160
bienes que lo forman, 170
calificación del, 162
cláusula(s)
conflictuales, 172
de protección, 178
sustantivas, 172
testamentaria, 173
disolución, 191
legal
supletorio, 162
único, 162
ley aplicable, 166
modificación y sustitución, 189
órgano competente para conocerlo, 165
tipos de, 161-162
Registro
constancia, 136
consular, 136
de las constancias acreditativas del divorcio, 217
de matrimonio
celebrado en México entre mexicano y extranjero, 137
celebrado fuera de México, 136, 140
del acta de matrimonio, 137
federal de denominación de sociedades en México, 471
poblacional, 136, 138
Regla(s)
de conflicto unilateral, 57*n*
foum rei sitae, 394
que determina la ley personal de cada persona, 57*n*
uniformes, 34
Reguladores del reenvío, 12
Relación(es)
entre los cónyuges, 127
derecho aplicable, 129
entre tutor y pupilo, 263
familiares, 93
jurídica alimentaria, 326
Residencia habitual, 62, 69
Restitución de menores, 309
convenios internacionales, 314
procedimiento, 316
rechazo, 318
Revisión
de reformas legislativas, 676
de resoluciones definitivas sobre cuotas compensatorias y definitivas, 677
Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, 9
S
Savigny, Carlos Federico de, 46, 52
Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, 41-43
Sentencia(s). Véase también Laudo
arbitral, 650
coincidentes, 322
concepto, 603
ejecución, 608, 610
extranjera, 603
reconocimiento, 406, 603
firme en caso de alimentos, 342
reconocimiento, 608
requisitos, 613-614
Siqueiros, José Luis, 16, 483
Sistema
judilizante, 270
Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, 270*n*
Sociedad(es)
extranjeras, 460, 478
desconocimiento, 489
por fraude a la ley, 491
violación a una ley imperativa mexicana, 491
fusión, 477
nacionalidad , 492
determinación, 497
Solución de controversias
en materia
de cuotas *antidumping* y compensatorias, 675
de inversión, 669, 672
en servicios financieros, 674
impugnación extraordinaria, 679
mecanismo supranacional, 669
método
de consultas, 668
de remisión a otros acuerdos internacionales, 666
procedimiento(s)
de revisión de reformas legislativas, 676
institucionales, 679
revisión de resoluciones definitivas sobre cuotas *antidumping* y compensatorias, 677
Status personal, 49
Sucesión
legítima o intestamentaria, 380
apertura, 385
por causa de muerte, 347
participación de los cónsules, 367

Sujeto
requirente, 548
requerido, 548
Supuesto fáctico de la norma, 54, 61

T
Técnica de cuestión previa, 186
Términos de referencia. Véase Acta de misión
Teoría
de la autonomía de la voluntad, 509
de la *comity*, 605
de la deslocalización, 638
de la integración de la sentencia extranjera en el derecho nacional, 605
de la obligación legal, 605
general de los conflictos de leyes, 504
Teoría de los estatutos, 50
del interés nacional, 444
dogmática, 56
jurídica, 56
política, 56
Tesis de Piggot, 605
Testador
edad, 360
nacionalidad, 360
Testamento
capacidad para realizarlo, 358
consular, 369
contenido, 362-362
extranjero, 351-352, 353*c*, 354, 366
forma, 359-360
libertad para realizar, 364
mancomunado, 173, 366
marítimo, 371-373
mexicano, 351, 353*c*, 354
militar, 375
nacionalidad, 351
otorgado ante autoridades
mexicanas, 377
militares extranjeras, 378
ratificación, 375
registro, 379
supuestos normativos, 357
Título
internacional, 442
irregular, 449
nobiliario, 90
Título de crédito, 433*n*
calificación, 435
circulación, 452
cobro, 459
derecho aplicable, 454
efectos, 445
elementos propios, 441
garantía real, 455
pérdida o destrucción, 457
plazos y formalidades, 456
prescripción y caducidad, 451
Tráfico internacional de menores, 307
Transferencia consensual, 427-428
Tratado
de Libre Comercio de América del Norte, 465, 485
sistema global de solución de controversias, 666
de Roma, 664
Tribuna arbitral, 638
tipos, 639
Tutela
concepto, 261
consular, 261
filial, 261
y curatela, 263
y patria potestad, 261
Tutor, capacidad para ser, 264

U
Uniform Child Custody Jurisdiction Act, 311
Usos, 439
comerciales, 634

V
Vínculos más estrechos, 531
Vocación sucesoria, 383
del adoptante y del adoptado, 384

W
Will, Machael, 32*n*

Z
Zavala, Francisco, J., 16, 58
Zona restringida, 391

Acerca del CD

Para imprimir los documentos que se incluyen en el cd hay que seguir estos pasos:

1. Al abrir el archivo, hacer clic en el menú Archivo del programa de navegación (Internet Explorer u otro).
2. Al desplegarse las opciones, seleccionar Configurar página.
3. Se abre el cuadro de diálogo Configurar página. Ahí, borrar los datos que aparecen en los cuadros de texto Encabezado y Pie de página. Asimismo, cambiar los valores de los cuadros de texto de la sección Márgenes; debe establecer todos éstos en 10 (mm).
4. Hacer clic en Aceptar y ahora puede imprimir el texto haciendo clic en el icono de Imprimir.

Requisitos de sistema

Software

- Microsoft Windows 98 o superior, incluidos Windows NT 4
- Windows 2000 o Windows XP
- Internet Explorer o un programa de navegacion similar

Hardware

32 Mb de RAM (se recomienda 64 Mb o más)
Pantalla de color 1024 por 767 y 16 bits (miles de colores), o mejor
Unidad de disco compacto
Ratón

