

Instituto de la Judicatura Federal

**Retos Actuales del Derecho
Internacional Privado,**
Memorias del XXXVIII Seminario
de Derecho Internacional Privado
(Ciudad de México, 22-23 de octubre
de 2015)



PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN
CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

CARLOS ENRIQUE ODRIOZOLA MARISCAL

COORDINADOR

Retos Actuales del Derecho Internacional Privado. Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado (Ciudad de México, 22-23 de octubre de 2015)

Retos Actuales del Derecho Internacional Privado. Memorias del XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado (Ciudad de México, 22-23 de octubre de 2015) es una publicación editada y distribuida por el Instituto de la Judicatura Federal, órgano auxiliar del Consejo de la Judicatura Federal. Sidar y Rovirosa N° 236, Colonia Del Parque, Delegación Venustiano Carranza, C.P. 15960, Ciudad de México, tel.51338900, ext. 6685,6614.

© 2015 Instituto de la Judicatura Federal

ISBN: 978-607-9013-11-0

Primera reimpresión

Tiraje 1000

Contenido

Presentación	9
Primera parte	
Ponencias del XXXVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado	
<i>“Retos Actuales del Derecho Internacional Privado”</i>	11
María Elena Mansilla y Mejía	
<i>Los principios jurídicos en la cooperación procesal internacional</i>	13
Jorge Alberto Silva Silva	
<i>Orden jurídico designado para regular el matrimonio en México</i>	31
Elí Rodríguez Martínez	
<i>Los problemas del Derecho Internacional Privado originados por la identidad de género y el artículo 1° constitucional</i>	55
Máximo Romero Jiménez	
<i>La adopción de principios del derecho internacional en México en los órdenes subnacionales: la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño</i>	73
Sebastián Coulon Bauer	
<i>La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio</i>	89
Camila Quintana Castillo	
<i>Reconocimiento de las uniones no matrimoniales en Latinoamérica, a propósito de la entrada en vigencia de la Ley sobre Acuerdo de Unión Civil en Chile</i>	115

Francisco José Contreras Vaca

La figura del reenvío y su regulación en el derecho civil mexicano

137

Yaritza Pérez Pacheco

Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana

147

Jorge Moreno Collado

Derechos de la ciudadanía, de la nacionalidad y de los extranjeros, como derechos humanos

173

Enrique Ochoa de González Argüelles

El procedimiento alternativo de resolución de controversias entre marcas y nombres de dominio de ICANN, a quince años de su vigencia

185

Jorge Orozco González

La ley aplicable a las sucesiones mortis causae en los conflictos internacionales e interfederativos

193

Carlos Enrique Odriozola Mariscal

La influencia de la Unión Europea en los instrumentos de cooperación y capacitación judicial internacional iberoamericanos

209

Pedro Carrillo Toral

Las limitaciones a los derechos de autor

241

Orlando F. Cabrera C.

Abaclat y los procedimientos colectivos en el arbitraje de inversión

253

Arnau Muriá Tuñón

Lex loci executionis y limitación temporal de poderes en el Estado de Jalisco

271

Miguel Ángel Marmolejo Cervantes

Cláusula de rescisión administrativa en los contratos de explotación y extracción de hidrocarburos a la luz del derecho constitucional-internacional de inversión

285

Segunda parte

Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Mexicano

305

Presentación

En un mundo cuyos niveles de complejidad regulatoria aumentan día con día, ha cobrado especial importancia el Derecho Internacional Privado, que como sistema de normas jurídicas que determinan la jurisdicción competente o la ley aplicable en caso de concurrencia simultánea de dos o más jurisdicciones o de dos o más leyes en el espacio, ofrece soluciones a un gran número de situaciones derivadas de la interacción humana.

Además, debido a esa transformación, ha aumentado la frecuencia de conflictos de normas en el espacio produciendo en ocasiones verdaderas situaciones de vacío normativo y doctrinal que es necesario resolver.

Para contribuir a esa labor, el Instituto de la Judicatura Federal-Escuela Judicial y la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C. (AMEDIP) convocaron al XXXVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado “Retos actuales del Derecho Internacional Privado”.

El objetivo de este seminario fue abordar aquellos temas que revistan especial importancia en nuestros días, como el Derecho Familiar (procedimiento de adopción internacional, las uniones de hecho, los procesos de concordancia sexo-genérica, entre otros), y aquellos que provienen de la cooperación procesal internacional, como el arbitraje internacional, y diversos temas selectos de Derecho Internacional Privado.

Nos honraron con su presencia y participación en este evento distinguidos expertos de distintos ámbitos: de la academia, la judicatura federal y local y de la administración pública, lo cual, sin duda, contribuyó a aumentar el intercambio de ideas y el enriquecimiento derivado de la multiplicidad de perspectivas.

El libro que el lector tiene en sus manos se divide en dos apartados: en primer término, aparecen las ponencias de los participantes en el seminario, y en segundo, una propuesta de ley elaborada por los integrantes del propio seminario.

Estoy seguro que con esta obra contribuimos –una vez más– a la difusión del pensamiento jurídico, a la formación sólida de aquellas personas a quienes se les ha encomendado la trascendental labor de impartir justicia y al público interesado en la materia.

Dr. Julio César Vázquez-Mellado García



Primera parte

**Ponencias del XXXVIII Seminario Nacional de
Derecho Internacional Privado**

“Retos Actuales del Derecho Internacional Privado”

Los principios jurídicos en la cooperación procesal internacional¹

María Elena Mansilla y Mejía*

“En primer lugar, nada hagas sin reflexionar ni sin fin alguno, y en segundo, no lleves otro fin sino el bien de la sociedad.”

Marco Aurelio

SUMARIO: *Consideraciones previas. I. Solución de conflictos en el Derecho Internacional Privado. II. Origen de los principios generales del derecho. III. Principios generales del derecho, principios jurídicos y reglas. IV. Principios generales del derecho. V. Aplicación de los principios generales del derecho. VI. Naturaleza jurídica de los principios generales del derecho. VII. Funciones de los principios generales del*

¹ Ponencia presentada en el XXXVIII Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado: “Retos Actuales del Derecho Internacional Privado”. Colegio Nacional de Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México, 22-23 de octubre de 2015.

*Doctora en Derecho. Maestra en Criminología y Especialidad en Derecho Constitucional y Administrativo. Catedrática por Oposición de Tiempo Completo Titular Nivel “C” Definitiva en la Facultad de Derecho de la UNAM. Catedrática de las asignaturas de Derecho Internacional Privado y Teoría General del Estado en la Licenciatura y Relaciones Económicas Internacionales y Derecho Competencial en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho. Recipientaria del Premio Lombroso; de las Cátedras Especiales Cesar Sepúlveda Gutiérrez, Antonio Díaz Soto y Gama y Gabino Fraga; y de las Cátedras Extraordinarias Héctor González Uribe y José Castillo Larrañaga. Recipientaria de la Medalla Prima de Leyes Instituta 2003 y de la Medalla Sor Juana Inés de la Cruz 2008. Medalla Vasco de Quiroga 2011. Reconocimiento del Día del Abogado Gobierno del Distrito Federal julio 2012. Asesora Honoraria de la Secretaría de Relaciones Exteriores y Delegada por México ante la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Actual Directora del Seminario de Derecho Internacional e Investigadora Nacional Nivel 2.

derecho. VIII. Clasificación de los principios generales del derecho. IX. Cooperación internacional en el Derecho Internacional Privado. X. Cooperación internacional en materia sustantiva. XI. Cooperación procesal internacional. XII. Principios generales del derecho en la cooperación procesal internacional. XIII. Principios jurídicos de la cooperación procesal internacional. XIV. Los organismos internacionales y los principios jurídicos. XV. Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y The American Law Institute. XVI. Aplicación de los principios jurídicos en las convenciones interamericanas. XVII. Aplicación de los principios en las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. XVIII. Conclusiones. XIX. Bibliografía.

Consideraciones previas

En la aplicación del derecho han surgido múltiples problemas, de naturaleza técnica, tales como el qué hacer cuando la norma es oscura; o cuando no hay una disposición concreta que resuelva el conflicto de intereses.

Estos problemas se agudizan aún más cuando se presentan en el Derecho Internacional Privado.

Las situaciones mencionadas han existido siempre, por lo que los representantes del pensamiento jurídico han tenido que crear soluciones que permitan al juzgador cumplir con la obligación ineludible, de dar solución a un litigio.

¿Por qué el problema crece cuando se está ante un conflicto de normas propio del Derecho Internacional Privado? La respuesta la da la misma naturaleza jurídica de este derecho. El Derecho Internacional Privado es una técnica jurídica cuya función es decir qué derecho debe aplicarse ante un problema jurídico por lo que si no hay una disposición que lo determine, se corre el riesgo de carecer de una vía de solución, lo que daría lugar a la denegación de justicia, cuya terrible consecuencia sería la impunidad, y su efecto, hacerse justicia por propia mano.

La impunidad puede ocurrir por temor o ignorancia del juzgador, pero nunca deberá ser por falta de una vía jurídica que dé solución a un conflicto.

Consciente la humanidad de tal situación, desde los albores de su existencia creo los principios generales del derecho, a través de ellos y con una lógica jurídica contundente derivada del mínimo y natural sentido común y del elemental principio de justicia innato en toda persona, creo principios generales que resolvieran sus conflictos sustantivos, llegado el momento los aplicó con las debidas variantes al derecho adjetivo, pero ¿qué ha pasado en el derecho internacional privado? ¿le son aplicables los mismos principios o tiene principios específicos de disciplina tan técnica?

I. Solución de conflictos en el Derecho Internacional Privado

El Derecho Internacional Privado como técnica jurídica consistente en resolver los conflictos de normas en el espacio, creó métodos y técnicas directas que daban solución inmediata a tales problemas, aun así había situaciones irresolubles por lo que el genio jurídico creó un nuevo método y su respectiva técnica al que denominó sistema conflictual tradicional, a través de él resolvió una gran mayoría de problemas, sin embargo tal solución no podía ser eterna y definitiva. El desarrollo de las relaciones humanas en el comercio, la extensión de la cultura a través de las comunicaciones y como consecuencia el empujamiento de las distancias creo nuevas necesidades, nuevos conflictos y nuevas soluciones.

En este orden de ideas surgió una nueva forma de resolver los problemas del derecho internacional privado, el derecho uniforme sustantivo, normas que se manifestaron en Convenciones celebradas por los Estados.

El derecho uniforme, permitiría dar la misma solución a los conflictos del derecho internacional privado en cualquier país que hubiere suscrito y ratificado la Convención. Por este medio se dictaría una resolución que diera fin a la controversia.

Resuelto el problema sustantivo quedaba pendiente hacer efectiva la resolución, necesidad que se satisfizo con la cooperación procesal internacional cuya vía supletoria es la reciprocidad.

En este punto surge la pregunta ¿con base en qué o con qué fundamento surgieron el derecho uniforme, y la cooperación procesal internacional? La respuesta a esto se encuentra en los principios generales del derecho.

Otra interrogante que surge es porqué sí hay normas conflictuales que resuelven indirectamente los problemas del derecho internacional privado y hay Convenciones avocadas a dar solución a tales conflictos, se ha de

recurrir a los principios generales del derecho. En todo caso, qué función realizan tales principios que hace necesario recurrir a ellos; de aquí deriva otra serie de cuestionamientos, como por ejemplo, cuándo surgieron, cuál es su naturaleza jurídica y qué funciones realizan los principios generales del derecho. Dar respuesta a tales interrogantes conduce a su estudio y a establecer definiciones, diferencias y precisiones.

II. Origen de los principios generales del derecho

Geny², al explicar los principios generales del derecho sostiene que en la antigüedad:

“...cuando el derecho no estaba escrito, brotaba del sentimiento popular, se percibía como una especie de intuición que se comprobaba por la tradición. Su interpretación obedecía a los principios del sentido común, o de la lógica elemental, como aquéllos de los jurisconsultos romanos, y de ellos han surgido numerosos adagios o refranes que aun hoy se repiten. El jurista debía seguir la costumbre, tenía que contribuir a la interpretación, buscaba precedentes en las autoridades anteriores”.

Sin duda el sentimiento popular de justicia, traducido en lógica común fue el origen de los principios generales del derecho, resulta también innegable que la lógica común dio lugar a diferentes niveles de sabiduría popular, de tal forma que se manifestó en adagios y refranes y si bien como género todos tendían a expresar en pocas palabras grandes verdades apoyadas en razones irrefutables, al conocerlos el jurista, los adagios y refranes tomaron la forma de principios.

Llegados a este punto es importante distinguir las categorías siguientes:

- Principios generales del derecho
- Principios jurídicos
- Reglas

² Francisco Geny citado por Azúa Reyes, Sergio T., *Los Principios Generales del Derecho*, S.N.E., México, Porrúa, S.A., 1986, p. 107.

III. Principios generales del derecho, principios jurídicos y reglas

Principios generales del derecho.- De ellos se dice que son verdades abstractas de justicia, son intemporales, lo que significa tener validez eterna, surgen sin fundarse en una norma jurídica, se aceptan y se aplican a los distintos actos y hechos que precisan de una interpretación justa, por lo tanto son fundamentales, son valores supremos inmutables, y válidos.

Principios jurídicos.- Estos son concretos, tienen validez y exigibilidad jurídica son los mismos principios generales del derecho que al incorporarse a una norma vigente adquieren la naturaleza de principios jurídicos y por lo tanto son exigibles mediante la coacción.

Reglas.- La regla es la expresión concreta de un principio jurídico. Son las disposiciones que enuncian una conducta, son la consecuencia de un supuesto, determinan el deber ser que la técnica, legislativa, integradora o jurisprudencial aplican en cada caso concreto.

Lo anteriormente expuesto conduce a la conclusión de que la regla es la norma jurídica en la que al incorporarle un principio general del derecho, este se transforma en principio jurídico y es exigible.

IV. Principios generales del derecho

En este orden de ideas, los principios generales del derecho son los siguientes:

- Libertad,
- Justicia,
- Equidad,
- Seguridad,
- Certeza, y
- Orden público.

Los principios generales del derecho fueron considerados en la antigüedad de tal trascendencia, que en el Digesto se dijo³:

Será pues muy conveniente que los estudiantes comiencen a estudiar este título, porque el método didascálico exige que se haga primero

³ Morales Hernández, Manuel, *Principios Generales del Derecho*, México, Porrúa, 2009, p. 3.

el conocimiento de los principios generales, del mismo modo que el conocimiento del género debe preceder al de las especies.

Los principios generales del derecho permiten comprender todo el conjunto normativo no formulado, impuesto por la comunidad, que no se manifiesta en forma de ley o de costumbre⁴, lo que importa de los principios es que responden al valor justicia.

García Máynez⁵ sostiene que:

El legislador debe preocuparse por transformar en preceptos formalmente válidos los principios generales del derecho o como sería preferible decir, las exigencias de la justicia, el juez está obligado a establecer las normas de decisión para los casos imprevistos no de manera arbitraria, sino en la misma forma en que el legislador lo habría hecho de haberlos tenido presentes.

De esta forma García Máynez confirma que los principios generales del derecho, al ser plasmados en la creación de la norma, se convierten mediante la técnica legislativa en disposiciones a las que se les incorporó el principio general.

V. Aplicación de los principios generales del derecho

Aplicar los principios generales del derecho y exigir su cumplimiento requiere su transformación en principios jurídicos, esto ocurre cuando el principio general se incorpora en una norma vigente, obligatoria y por lo tanto exigible mediante coacción de la autoridad en caso de incumplimiento.

La transformación la realiza el legislador al incorporar el principio general del derecho en una norma. La realiza también el juez cuando ante la obscuridad de la norma, se ve obligado a la aplicación de un principio general que se transforma en principio jurídico por el acto de *imperium* del juzgador. *Imperium* que también ejerce el juez cuando ante una laguna legal llena este vacío mediante la aplicación de un principio general del derecho.

⁴ Cfr. Azúa Reyes, Sergio T., *Los Principios Generales del Derecho*, op. cit., p. 84.

⁵ García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 26ª-ed., México, Porrúa, 1977, p. 372.

La equidad se considera que no es un principio general del derecho, sino un principio universal en atención a que es a través de ella como se individualiza la aplicación de una norma.

VI. Naturaleza jurídica de los principios generales del derecho

Como se dijo en el Digesto, los principios generales del derecho por ser el género se deben estudiar antes que las especies, y como género los principios generales del derecho son enunciados del valor justicia, validos en todos los tiempos porque su alcance y aplicación es tal que son eternos e inmodificables.

Son verdades de justicia incontrovertibles que adquieren la naturaleza jurídica de una técnica, en atención a que se aplican.

- Legislativamente para crear la norma, convirtiéndose así en principios jurídicos;
- Para interpretar judicialmente la norma oscura;
- Para crear la norma ante una laguna legal y
- Para aplicar la norma tanto en el tiempo como en el espacio.

Los principios generales son independientes de su origen, por lo tanto su validez no depende de la fuente que los creo, sino de su aceptación y aplicación en el derecho.

VII. Funciones de los principios generales del derecho

Los principios generales del derecho son criterios jurídicos abstractos que tienen diversas funciones, dirigen la función legislativa, y en complemento de tal función al existir laguna legales, u oscuridad de la norma, los principios generales del derecho, integrarán, interpretarán y aplicarán el derecho mediante la técnica jurídica que los transforme en principios jurídicos, plasmados en normas válidas y exigibles con un fundamento axiológico por estar basadas en los principios generales de libertad, justicia, equidad, seguridad, certeza y orden público.

De acuerdo con esto resulta claro que los principios generales del derecho tienen las funciones siguientes:

- Interpretativa, ya que aclaran el sentido y objeto de la norma.
- Integrativa, debido a que se crea la norma que el legislador omitió.

- Directiva, por que orientan al legislador en el ejercicio de su función como creador de normas.

VIII. Clasificación de los principios generales del derecho

Tema tan versátil como lo es, el de los principios generales del derecho, ha dado lugar a múltiples clasificaciones expuestas por destacados juristas nacionales e internacionales tales como Eduardo García Máynez, Giorgio del Vecchio, y Norberto Bobbio entre otros.

Dada la naturaleza de este trabajo, la clasificación a seguir será por la materia, y específicamente el derecho procesal, por lo que se hará referencia al ámbito de aplicación de los principios dirigidos en particular al derecho internacional privado y concretamente a la cooperación internacional tanto en el aspecto sustantivo como en el adjetivo.

IX. Cooperación internacional en el Derecho Internacional Privado

La cooperación en el derecho internacional privado es el medio por el cual los Estados se ponen en contacto con el fin de ayudarse mutuamente proporcionándose información sobre los distintos aspectos de las técnicas jurídicas propias del Derecho Internacional Privado, con este fin los Estados celebran acuerdos, convenios o tratados. Es importante aclarar que aun sin haber celebrado los Estados, un acto jurídico que los comprometa a proporcionarse información, ésta se puede obtener y otorgar mediante la vía de la reciprocidad.

En el caso concreto del derecho internacional privado la información puede ser respecto del derecho sustantivo o del derecho adjetivo.

X. Cooperación internacional en materia sustantiva

En materia sustantiva, los Estados están obligados a transmitir toda la información que se les solicite siempre y cuando no se viole su orden público, o su seguridad nacional. En tal sentido los Estados informan sobre su derecho, su aplicación e interpretación, su jurisprudencia, y el alcance y vigencia de sus normas, tal conocimiento es necesario cuando haya de aplicarse el derecho extranjero, lo cual sería imposible si se desconociera tal información.

En el caso de este trabajo, el punto que interesa es el de la cooperación procesal internacional.

XI. Cooperación procesal internacional

La teleología de la cooperación procesal internacional es evitar la impunidad, ya que la mejor sentencia sería nugatoria si por tener que ejecutarse en el extranjero, no pudiera hacerse efectiva por el simple hecho de la incompetencia territorial que tendría el juez que la dictó.

Es necesario aclarar que los Convenios que los Estados celebren con el fin de hacer efectivas sus resoluciones, no se limitan a las sentencias, el juez peticionario tiene la posibilidad de que se lleven a efecto sus resoluciones desde el emplazamiento hasta la ejecución de la sentencia, obviamente también pueden realizarse actos de mero trámite.

XII. Principios generales del derecho en la cooperación procesal internacional

Antes del desarrollo de este punto es necesario recordar que hay principios generales del derecho, principios jurídicos y reglas. Los principios generales son valores inalterables, e intemporales, que al incorporarse en una norma jurídica se transforman en principios jurídicos exigibles por estar en una disposición jurídica vigente a la que se le ha denominado regla.

Los principios generales del derecho en la cooperación procesal internacional, son los mismos que en la cooperación en materia sustantiva, la diferencia radica en que el derecho sustantivo incorpora los principios generales a las normas y el derecho procesal tiene como único objeto hacer efectivos los principios jurídicos incorporados en la norma.

XIII. Principios jurídicos de la cooperación procesal internacional

En este orden de ideas los principios generales del derecho en la cooperación procesal internacional, al igual que en el derecho sustantivo son la:

- Libertad,
- Justicia,

- Equidad,
- Seguridad,
- Certeza y
- Orden público.

Estos principios generales, al ser incorporados a las normas procesales, se manifiestan en los principios jurídicos siguientes:

- Ley del foro,
- De armonía internacional,
- De unilateralidad,
- De la posibilidad de internacionalización de las reglas estatales de competencia, y
- De efectividad.

Principio de Lex Fori

Fue creado por Acursio en la Edad Media y determina que será competente para conocer del litigio el Juez del lugar de tal conflicto, por lo que corresponderá conocer del litigio al juez del domicilio del demandado. Principio, que dada la naturaleza prorrogable de la competencia territorial, las partes pueden modificar, siempre que ambas estén de acuerdo.

En materia de competencia territorial pueden presentarse varias situaciones tales como el *forum conveniens versus forum non conveniens*. Esta situación suele objetivarse cuando existen dos foros competentes, bien porque haya competencia concurrente o por existir varios puntos de contacto, en cuyo caso el actor elije libremente.

Principio de armonía internacional

El principio postula que las normas no se deben oponer entre sí. El problema que puede surgir aquí es el de soberanía, en atención a que la competencia puede corresponder a un juez extranjero, quien en el procedimiento que se le solicite realizar tendrá que aplicar su propio derecho y puede ocurrir que su derecho se oponga al del juez solicitante, en tal caso no habría armonía jurídica internacional.

Esta situación se actualizaría en una extradición en la que el juez solicitante, en el caso concreto, tuviera que aplicar como sanción la pena de muerte, ante esta solicitud el Estado solicitado se negaría a la extradición,

salvo que el Estado requirente asumiera el compromiso de aplicar la pena máxima anterior a la de muerte.

En este supuesto habría una armonización de normas, ante una institución desconocida.

Principio de exclusividad

Este principio significa que cada Estado delimita soberanamente la competencia de sus tribunales, supuesto en el cual sería imposible aceptar la aplicación de un derecho extranjero en materias que fueran de absoluto control del Estado.

Este principio de exclusividad es ecléctico debido a que acepta cooperar internacionalmente, y a la vez señala los límites de tal cooperación.

Principio de unilateralidad

Este principio consiste en que el Estado acepte o no cooperar, pero nunca podrá declarar competente a otro Estado.

Principio de posibilidad de internacionalización de las reglas estatales de competencia

Este principio, está basado en la reciprocidad, y en la soberanía de los Estados quienes acuerdan, mediante Convenciones, internacionalizar sus relaciones en materia de derecho adjetivo. Esta posibilidad siempre estará sujeta al respeto al orden público y a la ausencia de fraude a la ley. Nótese que este principio conjunta la institución de la soberanía de los Estados con el principio de armonía.

Principio de efectividad

La efectividad de una resolución es de gran trascendencia, ya que gracias a ella se evita la impunidad. Este principio se aplicará cuando el legislador otorgue competencia a sus propios tribunales para evitar impunidad, cuando la sentencia extranjera que se le solicite ejecutar, sea de imposible ejecución extraterritorial.

XIV. Los organismos internacionales y los principios jurídicos

Debido a que el Derecho Internacional Privado, por ser una técnica jurídica se encuentra en todas las áreas del derecho tanto sustantivas como adjetivas, han surgido organismos internacionales que se han avocado al estudio y desarrollo de los principios generales del derecho y a la aplicación de los principios jurídicos.

De acuerdo a lo anterior, la cooperación procesal internacional se ha reflejado en los principios jurídicos que los organismos internacionales han formulado, con el fin de crear interpretar o integrar las normas plasmadas en las Convenciones.

En este orden de ideas el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Internacional Privado, y el American Law Institute, han formulado principios jurídicos, derivados de los principios generales del derecho, con el fin de crear disposiciones, armónicas que resuelvan controversias procesales internacionales.

XV. Principios del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y The American Law Institute

En el estudio de los principios generales del derecho, y de su aplicación, mediante la creación de principios jurídicos, en abril de 2004 las instituciones mencionadas crearon los Principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional los que fueron adoptados y promulgados en Roma, por The American Law Institute en mayo de 2004.

Este documento comprende 31 principios jurídicos fundados en principios generales del derecho. De ellos derivaron reglas interpretativas y explicativas.

De acuerdo con lo expuesto los principios jurídicos en el derecho procesal internacional se fundan en la armonización.

Armonizar los sistemas judiciales era una tarea titánica, sin embargo se logró mediante la búsqueda de coincidencias entre el derecho romanista, el common law y el sistema soviético. En el estudio de estos tres sistemas se encontraron las similitudes siguientes⁶:

⁶ Principios ALI/UNIDROIT. del Proceso Civil Transnacional, Roma, Italia, abril de 2004, p. 5.

- Estándares que rigen la determinación de jurisdicción sobre la persona y sobre la materia,
- El requisito de un juzgador neutral,
- El procedimiento de notificación al demandado,
- Normas para formular las pretensiones,
- Explicación de la ley de fondo aplicable,
- Determinación de los hechos mediante la prueba,
- Disposiciones para dictámenes de peritos,
- Normas para la deliberación, sentencias y apelación, y
- Normas sobre el carácter definitivo de las sentencias.

Estas coincidencias permitieron a ALI/UNIDROIT formular sus principios en materia procesal, pese a la existencia de diferencias en los tres sistemas jurídicos.

En relación con la creación y publicación de los principios jurídicos, UNIDROIT señala textualmente su alcance e implementación en los términos siguientes:

“Estos principios son estándares para la solución jurisdiccional de los litigios comerciales, transnacionales. También pueden ser útiles para resolver otros tipos de litigios de naturaleza civil y servir de base a futuras iniciativas de reforma del proceso civil”⁷.

Con este fundamento el Instituto enuncia 31 principios, y cada uno de ellos es objeto de un comentario en cuanto a su aplicación y efectos.

Debido a que el estudio individual de estos principios, sería motivo de otro trabajo, sólo se enunciarán como las derivaciones de los cinco principios generales del derecho de libertad, justicia, equidad, seguridad, certeza y orden público.

- Independencia, imparcialidad, e idoneidad del tribunal y sus jueces,
- Jurisdicción sobre las partes,
- Igualdad procesal de las partes,
- Derecho a contratar a un abogado,
- Notificación en debida forma y derecho a ser oído,
- Idioma del Tribunal en los documentos y comunicaciones orales,
- Celeridad de la justicia,

⁷ *Ibidem*, p. 17

- Medidas provisionales y cautelares,
- Estructura del proceso (fijación de la litis desarrollo del procedimiento y resolución),
- Iniciativa de las partes y objeto del proceso,
- Obligaciones de las partes y de sus abogados (actuación de buena fe) en todo momento),
- Acumulación de acciones y pluralidad de partes; intervención,
- Presentación de *Amicus Curiae* (antecedentes),
- Responsabilidad del tribunal por la conducción del procedimiento,
- Desestimación y sentencia en rebeldía,
- Acceso a la información y prueba,
- Sanciones (por incumplimiento en las fases del procedimiento),
- Prerrogativas de no declarar e inmunidad en materia probatoria,
- Presentaciones orales y escritas,
- Publicidad de los Procedimientos,
- Carga y valoración de la prueba,
- Responsabilidad sobre los hechos y el derecho,
- Sentencia y motivación razonada,
- Acuerdos (libertad de las partes para celebrarlos),
- Costas,
- Ejecutoriedad inmediata de las sentencias,
- Apelación,
- Litis pendencia y cosa juzgada,
- Ejecución efectiva,
- Reconocimiento, y
- Cooperación judicial internacional⁸.

Dada la naturaleza propositiva y no obligatoria de estos principios, es importante transcribir textualmente lo que sus autores proponen, por lo que en la obra de UNIDROIT se aclara:

Los principios son guías interpretativas para las Reglas, las que constituyen un cuerpo procesal más detallado. Los principios podrían también ser adoptados como principios para la interpretación de códigos

⁸ ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional, *op. cit.*, pp. IIX a IXI.

de procedimientos nacionales ya existentes. Correlativamente, las reglas pueden ser consideradas como una ejemplificación o una implementación de los Principios, adecuada para su adopción o para su posterior adaptación en jurisdicciones particulares. Ambos pueden ser considerados como modelos para reformas en la legislación interna⁹.

A manera de colofón, UNIDROIT establece que en la cooperación judicial internacional:

Los tribunales de un Estado que ha adoptado estos Principios, deberán prestar asistencia a los tribunales de cualquier otro Estado en los que se esté desarrollando un procedimiento de conformidad con estos Principios, incluida la concesión de medidas cautelares y provisionales y la cooperación en la identificación, conservación y producción de pruebas¹⁰.

XVI. Aplicación de los principios jurídicos en las convenciones interamericanas

La propuesta de UNIDROIT, respecto a los principios jurídicos y sus efectos, cuya formulación le tomó diez largos años, ya había sido prevista y aplicada en la región americana a través de las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado.

Las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado no han formulado principios jurídicos procesales, sin embargo éstos se han aplicado en las Convenciones Interamericanas sobre cooperación procesal internacional en las siguientes Conferencias:

1ª Conferencia Interamericana, celebrada en 1975 en Panamá¹¹:

- La Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias,
- La Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, y
- La convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero.

⁹ *Ibidem*, p. 4.

¹⁰ ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional, *op. cit.*, p. 57.

¹¹ Cfr. Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, S.N.E., Oxford University Press.

2ª Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo República Oriental de Uruguay de 1974 fueron celebrados los documentos siguientes:

- Convención Interamericana sobre Prueba e Información del Derecho Extranjero.
- Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias.

3ª Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado celebrada en la Paz República de Bolivia en 1984, se presentaron las Convenciones sobre:

- El Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero.
- La Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras.

Es conveniente aclarar que las Convenciones Interamericanas celebradas en materia de cooperación procesal internacional son anteriores a los principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional, lo que significa el gran desarrollo jurídico del continente americano en materia de cooperación procesal internacional, y la inclusión de los principios jurídicos en sus Convenciones.

Los documentos celebrados en las tres primeras Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado, son una prueba objetiva de la aplicación de los principios generales del derecho transformados en principios jurídicos procesales, al ser incorporados en las normas de las Convenciones, y convertidos por este medio, en reglas obligatorias para todos los Estados que las ratificaron.

XVII. Aplicación de los principios en las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹²

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, también ha celebrado en materia de cooperación procesal internacional convenciones en las que ha incluido los principios generales del derecho, mismos que al ser incluidos en la normatividad convencional han devenido en principios jurídicos de las reglas vigentes y obligatorias para todo Estado Parte de la Convención.

Las Convenciones de La Haya son las 6 siguientes:

- Convención sobre el Procedimiento Civil,
- Convención sobre la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales o extra-judiciales en materia civil o comercial,
- Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial,
- Protocolo adicional al Convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil o comercial,
- Convención para facilitar el acceso internacional a la justicia, y
- Convenio sobre acuerdos de elección de foro.

XVIII. Conclusiones

1.- Los principios generales del derecho son abstractos inmutables y eternos por ser axiológicos. Se transforman en principios jurídicos vigentes y exigibles al incorporarse en las normas.

2.- La función de los principios jurídicos es guiar al legislador en la creación del derecho y al juez en la interpretación, aclaración o integración del derecho.

3.- ALI/UNIDROIT formularon un catálogo de 31 principios jurídicos, aplicables al proceso civil transnacional.

4.- Las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado no

¹² González Campos, Julio D. *et al.*, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. "1951-2007"*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons Editores, 2008.

han formulado un catálogo sobre los principios jurídicos en la cooperación procesal internacional, sin embargo los han aplicado en sus convenciones.

5.- La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado tampoco ha formulado principios jurídicos pero los aplica en sus convenciones.

XIX. Bibliografía

Azúa Reyes, Sergio T., *Los Principios Generales del Derecho*, S.N.E., México, Edit. Porrúa S.A., 1986.

Contreras Vaca, Francisco José, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, S.N.E., México, Oxford University Press, 1999.

García Máynez, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 26ª Edición. México, Editorial Porrúa, S.A., 1977.

—. *Filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1940.

González Campos, Julio D., *et al.*, *Recopilación de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*, 2ª edición revisada y puesta al día, España, Marcial Pons, Editores, 2008.

Mansilla y Mejía, María Elena, *Glosario jurídico internacional privado*, Colección glosarios jurídicos temáticos, 4ª serie, Volumen 1, México, IURE Editores 2008.

Morales Hernández, Manuel, *Principios Generales del Derecho*. S.N.E., México, Editorial Porrúa, 2009.

Secretaría de Gobernación, *Los Principios Generales del Derecho*, México Dirección General de Compilación y Consulta del Orden Jurídico Nacional, 2007.

The American Law Institute, *Principios ALI/UNIDROIT del Proceso Civil Transnacional*, S.N.E, Roma, 2004.

Orden jurídico designado para regular el matrimonio en México

Jorge Alberto Silva Silva*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Forma de celebrar matrimonio*. III. *Capacidad para contraer matrimonio*. IV. *Relaciones personales entre los cónyuges*. V. *Prueba del matrimonio contraído en el extranjero*. VI. *Reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero*. VII. *Conclusión*.

I. Introducción

La regulación del matrimonio en México no se encuentra regido por uno y único orden jurídico. Como institución que es, al mismo confluyen diversos supuestos normativos que no siempre están vinculados a un mismo orden jurídico, como lo explicaré enseguida. Dentro de los diversos supuestos que confluyen a esta institución se encuentran (entre otros):

- a) la forma de celebración,
- b) la capacidad para contraerlo,
- c) los efectos que produce (las relaciones propiamente matrimoniales),
- d) la prueba de su constitución,
- e) el reconocimiento del contraído en el extranjero, y
- f) el registro y efectos del mismo, etc.

Explicar este tipo de supuestos es precisamente, el objeto primordial de este estudio. Advierto desde ahora que sostendré mi postura respecto a que no puede hablarse de un único y exclusivo supuesto normativo.

* Profesor de Derecho de los conflictos, Presidente de la Asociación Mexicana de Profesores de Derecho Internacional Privado. Investigador Nacional del CONACYT.

II. Forma de celebrar el matrimonio

Debe diferenciarse la *forma* del *fondo* del matrimonio (las relaciones propiamente matrimoniales). 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 los efectos que produce el acto de celebración, esto es, las relaciones propiamente matrimoniales.

En algunos casos la forma prácticamente es inexistente (aparentemente) como en el caso del llamado matrimonio por comportamiento, al que le reservaré un apartado especial más adelante para explicarlo.

En el caso de la forma cabe referirme a los casos de publicidad o secreto, así como a las formas religiosa o civil.

a) Publicidad o secreto de la constitución

Un aspecto muy importante en la forma del matrimonio es la *publicidad de su constitución*. Desde la reforma eclesiástica del siglo XI, el matrimonio occidental ha sido público y no secreto¹, lo que genera dudas respecto a aquellos matrimonios contraídos en secreto o en la soledad, como en el caso de Romeo y Julieta (en la célebre obra de Shakespeare)² 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 mexicano si esa forma es admitida en el lugar de celebración.

b) Formas religiosa o civil

Relacionado con la forma, también se encuentran las cuestiones de si el matrimonio sea religioso o secreto. Recordemos que cuando algunos países acogieron el matrimonio civil se iniciaron los problemas con el matrimonio religioso, que era el más generalizado. Así, por ejemplo, cuando una pareja casada religiosamente en Grecia se trasladaba a un país donde el matrimonio

¹ La Iglesia llegó a permitir estos matrimonios secretos que producían efectos normales de matrimonio y en el derecho canónico se denominaron *matrimonio de conciencia*.

² *El Fuero de Cáceres* conocía como matrimonio *a yuras* al enlace matrimonial que se hacía en secreto.

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 judiciales³. Si se le calificaba como cuestión de fondo, la ley que regía era la ley griega; si se le calificaba como cuestión de forma, era la *lex fori*.

En México, al igual que en varios países, al matrimonio religioso o eclesiástico 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 Suprema Corte de Justicia ha reconocido el matrimonio religioso contraído en el extranjero con la condición de que en el lugar en que se contrajo produzca efectos jurídicos⁴.

La regla general de DIPr que prescribe que el orden jurídico que rige la *forma del matrimonio* se localiza en el art. 13, fracc. IV, del CCFed (o el correspondiente de las entidades federativas), que fija la conexión con la *ley del lugar de celebración del acto (locus regit formam)*.

Los tribunales de amparo han acogido la regla *locus regit actum* en diversas sentencias, e incluso durante la época de gran territorialidad⁵. Además, esta regla es aceptada en la mayor parte de los Estados de la comunidad internacional.

c) Otras modalidades del *locus regit formam*

Algunas modalidades de la regla *locus regit formam* son: 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).

³ Véase el caso del Sr. Caraslanis. Pereznieta Castro, Leonel, *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.

⁴ Un estudio amplio sobre el tema en Silva, Jorge Alberto, “Reconocimiento del matrimonio religioso contraído en el extranjero (perspectiva mexicana)”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLVII, núm. 141, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, septiembre-diciembre de 2014.

⁵ Amparo directo 5649/67, Juan Gari Pallares y coagraviado, 14 de febrero de 1968, registro: 269381.

III. Capacidad para contraer matrimonio

El orden jurídico designado por la norma de conflicto para regular la *capacidad* de los contrayentes es la del domicilio, aunque en varias leyes de las entidades federativas se acoge la *lex fori*. En realidad no se define específicamente ese supuesto, por lo que cabe tomar en cuenta lo prescrito en la norma general.

Hay algunos supuestos fácticos que califican dentro de la capacidad (el supuesto normativo). Entre éstos se encuentran la edad, el consentimiento y la soltería o viudez, los impedimentos para contraer el matrimonio, dispensa de edad y de consentimiento, supuestos a los que me referiré en las próximas líneas.

a) Edad de los contrayentes

Según la norma general (y de la mayoría de los códigos de la República), para poder casarse el varón debe contar con una edad mínima de 16 años, y la mujer, de 14 años. El señalamiento de esta edad en el derecho interno 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.

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 designada para determinar la edad mínima.

b) Consentimiento

El supuesto normativo consistente en el consentimiento para el matrimonio admite, al menos, dos comentarios adicionales: el consentimiento concertado por los padres o terceras personas, y los matrimonios por conveniencia o complacencia.

i. *Consentimiento concertado por personas diversas de los contrayentes*.
Los matrimonios concertados por personas diferentes de los contrayentes

han sido repudiados por las Naciones Unidas. No 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 especie⁶. Se trata de una prescripción propia de los derechos humanos.

En México, el matrimonio es un acto personal y consensual; la aprobación debe provenir 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 sus padres⁷. En este caso, no es que los padres sean los que consienten, sino más bien avalan el consentimiento de los hijos.

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 padre⁸. Esta manera de avalar el consentimiento es una formalidad habilitante que es admisible por el Convenio de la ONU citado⁹.

ii. *Consentimiento viciado*. Un aspecto que importa en el consentimiento matrimonial es el relacionado con los matrimonios de complacencia, simulados o por conveniencia, por cuanto que en estos el consentimiento se encuentra viciado. 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 al país, “permanezca con su familia” o aligere la posibilidad de obtener la nacionalidad mexicana¹⁰.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Según la Academia de la Lengua, dispensar es eximir de una obligación, o de lo que se quiere considerar como tal.

⁹ 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.

¹⁰ Un desarrollo de este tema puede verse en Calvo Caravaca Alfonso Luis y Carrascosa González, Javier, “Matrimonios de complacencia y derecho internacional privado”, en Calvo Caravaca, Alfonso Luis (comp.), *El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004.

Como explican los profesores Alfonso Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, 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, ni para formar una familia. El consentimiento no sólo está viciado, sino enfocado a un fin distinto del matrimonio y, por tanto, el acuerdo es 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.

Ejemplo: En 2009 la prensa publicó que en El Paso, Texas, se celebran en un mes hasta diez matrimonios por conveniencia. Se trata de personas estadounidenses que se casan con mexicanos a cambio de algún dinero, con el fin de que los mexicanos ingresen a Estados Unidos. Estas personas, enfrentan penas de hasta 250 mil dólares y cinco años en prisión federal. Además, los inmigrantes son sujetos a la deportación y a que nunca puedan obtener siquiera una visa de turista para ingresar a Estados Unidos¹¹.

La Ley de Migración mexicana retoma este tipo de matrimonios surgidos a partir de un consentimiento viciado, pues sanciona económicamente (multa) al mexicano que *contraiga matrimonio con extranjero sólo con el objeto de que éste último pueda radicar en el país, acogiéndose a los beneficios que esta Ley establece para estos casos... Igual sanción se impondrá al extranjero que contraiga matrimonio con mexicano en los términos del párrafo anterior* (art. 150).

c) Dispensas de edad para contraer nupcias

Aunque se requiere una cierta edad mínima y que el contrayente externe personalmente su consentimiento para celebrar las nupcias, hay casos en los que algunas leyes prevén la posibilidad de celebrar nupcias antes de la

¹¹ Figueroa, Lorena, “Detectan en El Paso hasta 10 bodas fraudulentas al mes”, *Diario*, 18 de junio de 2009.

edad establecida o de que se trate de un menor de edad al que se le exige una cierta formalidad por parte de sus padres o alguna autoridad para que se tome en cuenta su consentimiento.

d) 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 encuentran 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.

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, si los impedimentos para el matrimonio califican como *temas de capacidad* de las personas, deberán ser tomados en cuenta para cada uno de los contrayentes (como en el caso de cónyuges con edades diferentes).

En el caso de un 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.

En el tratamiento de los impedimentos relacionados con la capacidad para contraer matrimonio cabe referirnos a dos hipótesis: i) que subsista un matrimonio al pretender contraer nupcias, y ii) que se trate de un matrimonio que pretenda contraerse entre adoptante y adoptado. Explico estas hipótesis enseguida.

i) *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 condición ser soltero o viudo para poder contraer nuevo matrimonio.

Ejemplo: Se trata de una persona domiciliada en el extranjero que ya se encuentra casada. En el lugar donde está domiciliada la ley admite la poligamia, como ocurre en Irán, Irak y Gabón, entre otros países.

Si la norma de conflicto mexicana designa para regular la capacidad del matrimonio el orden jurídico del domicilio, entonces (*prima facie*) podría resultar que el oficial del Registro Civil del Estado de Puebla (cuya ley vincula el estado civil con el domicilio) pudiera autorizar y celebrar un segundo o ulterior matrimonio, lo que no sería aceptable. El problema consiste en saber si la autoridad poblana (el juez o el encargado del Registro Civil) podría autorizar la celebración de un matrimonio poligámico.

En un caso como este, la autorización para celebrar las nupcias 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. Por ello, admitir una institución de este tipo significaría vulnerar el orden público internacional mexicano.

ii) *Matrimonio entre el adoptante o los padres biológicos y el adoptado como impedimento*. Otro de los impedimentos para contraer nupcias es el relacionado con el 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 normas específicas prescritas en tratados y la misma ley interna.

Existe impedimento legal para contraer matrimonio cuando previamente existe una adopción (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 subsista, la relación entre adoptante y adoptado será de padre e hijo.

Respecto de la adopción plena, el derecho convencional internacional prescribe una disposición 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 prohibición es acogida por las leyes de fuente interna mexicanas tanto para la adopción plena como para la semiplena, por lo que la prohibición no podrá ser dispensada.

Ejemplo: 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, el reconocimiento de 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 mencioné al principio es el relativo 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, salvo en algunos aspectos por el legislador del D.F.

El impedimento para que adoptante y adoptado celebren nupcias no se regula en las normas 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 normas especiales que hemos explicado; es decir, las de la filiación adoptiva.

IV. Relaciones personales entre los cónyuges

El acto matrimonial produce diversos efectos, que hacen surgir los derechos y obligaciones para cada uno de los cónyuges. Se trata de lo que también se conoce como *estatuto de los casados* o *estatuto matrimonial*.

En la doctrina se suele emplear la expresión *ley aplicable de las relaciones personales entre los cónyuges* como sinónimo orden jurídico designado para regular *los efectos del matrimonio*. Realmente se emplean ambas expresiones para designar lo mismo. Un matrimonio válido produce efectos inmediatamente en el momento de su celebración. De ahí que por efectos del acto matrimonial y relaciones entre los cónyuges se implique el mismo concepto.

Debe entenderse que al referirnos a los efectos del matrimonio o a las

relaciones entre los cónyuges nos referimos a un mismo supuesto fáctico-normativo¹². En la ciencia jurídica las definiciones normalmente son estipulativas, esto es, suponen un consenso en la doctrina, el legislador y los jueces.

Abordo enseguida las relaciones entre los cónyuges en dos planos: por un lado, las relaciones *personales* y, por otro, las *patrimoniales*. Como tendré la oportunidad de explicar, la diferencia entre ambas ha sido resultado de los criterios judiciales producidos en México, más que de nuestro legislador o de la doctrina. En este caso, la clasificación dogmática ha precedido a la teórica. El interés práctico es que para cada una rige un orden jurídico propio.

En las viejas *Leyes de Partida* no se hacía distinción entre relaciones personales y patrimoniales, por lo que su tratamiento era único y monolítico. Las leyes mexicanas de nuestra época parecen continuar la tradición medieval (al menos en su literalidad, no en su interpretación y aplicación). Pese a ese criterio único, 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 patrimoniales¹³. El criterio monolítico medieval ha cedido ante un criterio o trato dualista y, por consiguiente, en su regulación por órdenes jurídicos que no necesariamente serán el mismo.

Permítaseme concentrarme en las relaciones personales. Sabiendo que el espacio que se me concede, no me permite abordar una explicación sobre las relaciones patrimoniales.

Los derechos y obligaciones entre los cónyuges constituyen lo que conocemos como relaciones jurídicas entre los cónyuges. Éstas conforman un estado familiar que constituye una parte del estado civil de las personas. Esa relación significa la situación en que se encuentra cada cónyuge¹⁴.

¹² Aguilar Navarro, Mariano, *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. Amores Conradi, Miguel, “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.

¹³ El surgimiento y evolución de estos criterios judiciales puede verse en mi obra *Derecho internacional privado, su recepción judicial*, México, Porrúa, 1999.

¹⁴ Chávez Ascencio, Manuel F., *Convenios conyugales y familiares*, México, Porrúa, 1993, p. 6.

Cabe recordar que conviene tener presente la diferencia entre el acto que genera el matrimonio y el matrimonio mismo (las relaciones propiamente matrimoniales).

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 casados¹⁵.

En general, nuestros teóricos, precedentes judiciales y varias leyes al mencionar los convenios matrimoniales suelen referirse a ellos pero únicamente al aspecto patrimonial ignorando el personal.

a) Tipos de relaciones personales

En las relaciones personales los cónyuges tienen como obligaciones: hacer vida marital en común, el débito carnal, la fidelidad, el auxilio, el socorro mutuo, el diálogo, el respeto y la autoridad (compartida en México), etc. Estas relaciones pueden concretarse en los *convenios conyugales* —como lo pone de relieve Manuel F. Chávez Asencio—. En estos 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 *temas familiares* (planear la procreación de la familia) y con la *crisis del matrimonio* (separación, disolución del vínculo matrimonial por divorcio, reconciliación), etcétera¹⁶.

El manejo del hogar por los casados forma parte de las relaciones entre los cónyuges. Ambos 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 designada con la de la ubicación del domicilio; en caso contrario, la *lex fori*. Esto es, las relaciones personales entre cónyuges se rigen por la ley domiciliar, conforme al CCFed.

Este acuerdo a que me estoy refiriendo no es similar al de las capitulaciones patrimoniales, por lo que es necesario hacer algunas precisiones para calificarlo, especialmente, las relaciones personales.

¹⁵ Artículo 23.4. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁶ Chávez Asencio, Manuel F., *op. cit.*, pp. 18 y ss.

b) Calificación de las relaciones personales

Aunque algunas de las relaciones entre los cónyuges pueden ser objeto de convenio (v.g., las capitulaciones matrimoniales), no todos los acuerdos pueden calificarse como asunto estrictamente obligacional, esto es, como si fuera un contrato o convenio. Las personales deberán calificarse como un *asunto de estado civil*, pues regulan relaciones personales en el núcleo familiar. Se trata de obligaciones que no se reducen a transferir derechos y obligaciones como si fueran un simple contrato o convenio, de manera que el orden jurídico designado por la norma conflictual para regular este tipo de relaciones personales es la designada para regular el *estado civil* de las personas. Dicho de otra manera: aunque las relaciones personales entre los cónyuges (no las patrimoniales) puedan asentarse en 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 íntima relación 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 una normatividad particular 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.*, sino parte del atributo específico del matrimonio, como también lo es la fidelidad, la asistencia mutua o la posibilidad de crear familia. Es decir, el estatuto matrimonial no es el mismo que el estatuto contractual, por lo que la ley designada para regularlo puede ser diferente a la de los contratos. Se tratará de una norma especial: domicilio conyugal, derivada de la general: domicilio de la persona.

c) Orden jurídico designado para regir las relaciones personales del matrimonio

El orden jurídico de cada Estado de la comunidad internacional establece su

propia conexión para localizar el orden jurídico designado para regular las *relaciones personales* entre los cónyuges.

En México no existe una norma de conflicto especial para regular las relaciones personales entre los cónyuges, de manera que debe recurrirse a una norma general de DIPr. 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 continúan con una conexión territorial, como ocurre en el D.F. En cualquiera de los casos, el orden jurídico designado para regular las relaciones entre los cónyuges es el que rige su estado civil (v.g., *ley domiciliar; lex fori*).

En la vinculación domiciliar cabe considerar para el estudio tres aspectos: *i*) el lugar donde se vive de consuno, *ii*) el caso en que la pareja resida en lugar diferente, y *iii*) la obligación de cohabitar en un mismo lugar y sus dispensas. Me detengo brevemente con cada una de estas.

i) La *Convención Interamericana sobre Domicilio de las Personas Físicas* prescribe como domicilio de los cónyuges aquel donde “vivan de consuno” (art. 4)¹⁷, lo que introduce un criterio práctico para ubicarse y objetivo, en la medida que la realidad coincide con la norma.

Por desgracia, 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 sistemática: la coincidencia de los domicilios de los cónyuges en uno, el efectivo o común¹⁸ 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 precisan. Falta una construcción jurisprudencial que se pronuncie sobre este tema.

Para el orden público mexicano es repugnante y contrario a los derechos humanos que un tribunal islamita 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 establece la ley islámica. Es obvio que el orden jurídico mexicano defiende el respeto a las mujeres, además de las domiciliadas en México. La mayoría de las leyes islamitas emplean como punto de conexión la ley de la nacionalidad, que en este caso es la ley con la que más están

¹⁷ *Vivir de consuno* significa vivir en unión en un lugar por el acuerdo de ambos.

¹⁸ 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).

vinculadas las mujeres, y de esta forma, conforme a la norma de conflicto de esos países sería aplicable la ley mexicana que prohíbe todo tipo de discriminación. El juez islamita 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 islamita; sin embargo, como lo he dicho, una decisión judicial de esa naturaleza no sería reconocida en México por ser vulneradora del orden público mexicano, en este caso del art. 1., 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 orden formalista mexicano lo impide.

Si por alguna circunstancia la ley designada vulnera nuestro orden público internacional, entonces cabe concretizar las normas que impiden la toma en consideración 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.

ii) En principio, toda pareja matrimonial *debe convivir en un mismo lugar*. No obstante, para el derecho mexicano es importante destacar una 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 alude a dos lugares: 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 incorporada a nuestro orden jurídico debido a la presencia de la norma material 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.

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 no explican claramente si se concreta o no la dispensa; otros introducen la dispensa de forma un poco más clara¹⁹ y otros sólo se refieren a la mujer como reflejo de un machismo inaceptable, que además es inconstitucional²⁰.

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 norma 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.

¹⁹ 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”.

²⁰ 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.

V. Prueba del matrimonio contraído en el extranjero

La prueba o demostración de un matrimonio no es un asunto o materia del estado civil de las personas, sino del derecho procesal probatorio. Normalmente en los litigios judiciales se plantea como una 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, me estoy 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”²¹.

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).

No obstante, 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 razonable afirmar que para probarlo tenga que estar registrado, ya que, por un lado, primeramente es necesario probarlo para que se registre y, por otro, el registro se hace, normalmente, para que se le reconozcan efectos probatorios al matrimonio. Luego, el registro no es para probar su constitución, sino para revalidarlo 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 tomar en cuenta 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 (como ocurre en Estados Unidos) y, posteriormente, con esa acta se hace el registro ante alguna oficina de gobierno.

²¹ Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, México, Porrúa, 2011, pp. 351 y ss.

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 que los interesados presenten* para acreditar ese estado civil (art. 51, CCFed), 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 CCFed, sólo es un enunciado sustantivo interno 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 disposiciones legales mexicanas en el extranjero. Es el estado del registro el que debe determinar su funcionamiento²².

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. De igual manera, una ley abrogada, la *Ley del Divorcio*, de Chihuahua, de 1933, admitía el testimonio para poder demostrar un matrimonio e, incluso, algunas decisiones judiciales han admitido esta posibilidad, conformándose con una simple confesión judicial²³.

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 un 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

²² Silva, Jorge Alberto, *Derecho privado en México; las relaciones de tráfico jurídico interestatal*, México, Librería del Universitario, 2013, p. 59.

²³ 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 Silva, Jorge Alberto, *Derecho Internacional Privado; su recepción judicial, op. cit.*, tesis 932, p. 932.

de la Revolución mexicana, pues varios archivos fueron incendiados y destruidos. Algo similar ocurrió durante la conocida como *Guerra Cristera*.

Las capitulaciones patrimoniales o régimen patrimonial del matrimonio podrán demostrarse con cualquier medio ordinario de prueba. Pero como las capitulaciones patrimoniales no califican o encuadran dentro de los actos del estado civil, sino de los contratos, no les es aplicable el citado art. 51, ni el 161 del CCFed sobre la prueba de un acto del estado civil constituido en el extranjero. Algo similar ocurre con los acuerdos personales a regir durante la vida matrimonial.

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 prescriba el CFPC, debiéndose incluir aquí la traducción, cuando fuere necesaria.

VI. Reconocimiento del matrimonio contraído en el extranjero

Del hecho de que un matrimonio extranjero se pruebe o *demuestre* no se sigue lógicamente que tenga que ser *reconocido*. Piénsese, por ejemplo, en el caso de la prueba en México del tercer matrimonio de un islamita (sin disolución de los anteriores) y que, a pesar de que se pruebe, de ello no se sigue que tenga que ser 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 reglamentación específica en otros países. Por ejemplo, en Gabón, 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, 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 dominicana²⁴.

²⁴ 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.

Los matrimonios contraídos en el extranjero tendrán que ser reconocidos sobre la base de su validez en el extranjero (art. 161, CCFed). 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 contraríe el orden público internacional o que haya sido anulado por los tribunales del país donde se celebró.

Como sabemos, la ley designada para regular la constitución del matrimonio contraído en el extranjero es la *del lugar de su celebración*, incluidas sus normas de conflicto (art. 161 del CCDF). Esto supone la vinculación con la ley sustantiva de ese lugar o de la ley que su norma de conflicto hubiera designado para la validez del acto matrimonial (por ejemplo, la de la nacionalidad o la del domicilio)²⁵.

Las dudas que en seguida trataré de aclarar se relacionan 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*? Intentaré dar una respuesta sobre el particular y aprovecharé para referirme al no reconocimiento del matrimonio extranjero cuando se ha contraído con *fraude a la ley*.

a) 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 este autor, de acuerdo con la ley mexicana sólo son válidos los matrimonios contraídos ante el Registro Civil²⁶. Es obvio que ésta es una visión internista que sólo vale para los matrimonios contraídos en territorio mexicano, donde la ley lo define de esta manera y donde además existe el Registro Civil. En este caso, el legislador mexicano no puede obligar a que en otros países se siga su propio enunciado legal y menos aún que se constituyan registros como

²⁵ 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 *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.

²⁶ Estrada Aceves, Enrique, *Derecho internacional privado mexicano*, op. cit., p. 177.

los que el legislador mexicano ha establecido para su propio orden jurídico. La norma a que Estrada Aceves se refiere es una norma 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 resolverse concentra en los matrimonios religiosos contraídos en el extranjero. No puede decirse que la reglamentación de éstos sea la misma que la que rija 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 recepta la ley del lugar de celebración del acto (*lex loci actus*), *resulta entonces que cabe reconocer un matrimonio religioso extranjero*, siempre que sea válido en el lugar de celebración.

En consecuencia, los matrimonios cristianos, judíos, islamitas 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 rechazarlos²⁷.

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 celebrados en España²⁸ y han tomado en consideración que, según la ley española, los matrimonios confesionales son válidos en el Estado español. Como he explicado líneas arriba, 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 reguladora y los actos creados conforme a esa ley constituyen *derechos adquiridos*, como los llama la ley (art. 13, *CCFed*), y deberán ser reconocidos.

²⁷ Un estudio amplio puede verse en Silva, Jorge Alberto, "Reconocimiento del matrimonio religioso contraído en el extranjero (perspectiva mexicana)", en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XLVII, núm. 141, septiembre - diciembre de 2014.

²⁸ *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. Registro: 269381.

b) 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.

Ejemplo. En un caso en California (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 matrimonio²⁹. 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*)³⁰. 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 tenemos conocimiento de que se hubiese presentado ante los tribunales mexicanos un caso semejante. De cualquier forma, Francisco J. Zavala mencionó en el siglo XIX 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 actualmente una autoridad mexicana resolvería en sentido similar a esta decisión. Sin embargo, en el caso de los alimentos su importancia es mayor pues se trata de un derecho humano y, por tanto, se sigue un razonamiento distinto.

Conforme a la dogmática *ius internacional privatista*, el razonamiento es el siguiente: el juez constata que se trata de un matrimonio (poligámico o poliándrico) contrario a la institución del matrimonio monogámico adoptado por su derecho, lo que lo llevaría (*ab initio*) a no admitir su reconocimiento. Pero éste sería un argumento incompleto aunque cumple un fin: evitar que una institución jurídica contraria a nuestros principios se incorpore al

²⁹ Rigaux, François, *Derecho internacional privado*, Madrid, Civitas, 1985, p. 387.

³⁰ Ortiz de la Torre, José Antonio Tomás, *Derecho internacional privado. Parte general*, vol. II, Madrid, Artes Gráficas Iberoamericanas, 1992, p. 382.

orden jurídico mexicano. En este caso, el juez debe consultar su norma de conflicto para indagar la naturaleza de la institución designada 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 eso no basta, se trata 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 bigamos.

c) Rechazo a los efectos de un 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 bajo el argumento de *fraude a la ley*.

Ejemplo: Se trata de un caso real. Un hombre, casado, comenzó a hacer vida marital con otra mujer, con la que estuvo viviendo y procreó un hijo. Este hijo fue reconocido ante el Registro Civil por ese padre adúltero. La cónyuge demandó al hombre bajo la causal de adulterio, él se allanó a la demanda con tal de obtener el divorcio, reconociendo que vivía con otra mujer y que tenía un hijo con ella.

El juez de lo familiar dictó sentencia conteniendo dos puntos: declaró el divorcio y prohibió al hombre casarse con la adúltera³¹. A pesar de la prohibición, ambos adúlteros se trasladaron a EUA, donde

³¹ Artículo 156. CCFed: “Son impedimentos para celebrar el matrimonio: [...] V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente comprobado”.

contrajeron matrimonio, regresando de inmediato a México. Al paso del tiempo, él falleció y la segunda mujer abrió la sucesión en México. Durante el procedimiento, la primera cónyuge demandó la nulidad del matrimonio celebrado en el extranjero por su exmarido, basada en que incumplió con el segundo punto resolutivo de la sentencia, a lo que accedió el juez.

Un examen cuidadoso de este caso nos dice, que más que nulidad del matrimonio lo que aquí debió haber operado era una declaración de desconocimiento por fraude a la ley, pues ambos adúlteros cambiaron su punto de conexión (el domicilio) para casarse en EUA, regresando a México. La demanda de nulidad, más bien habría que interpretarla como una cuestión previa a la sucesión *mortis causa*.

Para un asunto semejante José Luis Siqueiros anota 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”³². En realidad, reitero, no se trataría de una nulidad, porque el matrimonio pudo ser celebrado válidamente en el extranjero; en todo caso, se rechazarán sus efectos en México debido al fraude a la ley mexicana.

VII. Conclusión

El matrimonio aunque es un supuesto normativo en el ámbito del derecho internacional debe ser analizado comprendiendo diversos supuestos normativos; esto es, supuestos normativos subordinados a un mismo supuesto: el matrimonio. El caso es que cada supuesto particular suele regirse de manera diferente a otros. Como lo acabo de explicar, cada uno de estos supuestos subordinados mantiene, en su norma de conflicto, un orden jurídico específico como designado para que lo rijan.

³² Siqueiros, José Luis, “Síntesis de Derecho Internacional Privado”, en *Panorama del Derecho Mexicano*, UNAM, México, 1965, p. 64.

Los problemas de Derecho Internacional Privado originados por la identidad de género y el artículo 1° constitucional

Elí Rodríguez Martínez*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sentencia de la Suprema Corte de Justicia: Amparo Directo Civil 6/2008*. III. *La reforma de 2008*. IV. *La reforma de 2015*. V. *Los problemas de Derecho Internacional Privado originados por la reasignación sexo-genérica o la identidad de género*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

El 10 de octubre de 2008 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Decreto por el que se reforma y adiciona el Código Civil para el Distrito Federal y se adiciona el Código Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en materia de identidad de género y sexo-concordancia.

Esta reforma es un logro de la comunidad LGBTI (lesbianas, gays, bisexuales, transexuales e intersexuales) en la lucha por el reconocimiento de sus derechos sexuales, puesto que dicha reforma permite a las personas transexuales¹ e intersexuales² optar por realizar los procesos de reasignación sexo-genérica según su identidad de género y que éstos sean reconocidos legalmente.

* Profesor e Investigador de la Escuela Libre de Derecho (ELD). Profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Comparado.

¹ Las personas transexuales son aquellas personas que presentan “una discordancia entre el sexo que psicológicamente siente y vive una persona como propio, y el que anatómica y registralmente le corresponde por sus órganos”. *Rectificación de acta por cambio de sexo*, Amparo Directo Civil 6/2008, Unidad de Crónicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Cronicas%20del%20pleno%20y%20salas/cr_rect_acta.pdf. Fecha de consulta: 15 de agosto de 2015.

² Las personas intersexuales son aquellas que presentan “una inicial ambigüedad anatómica

De esta manera, las personas que sientan una discordancia entre su sexo biológico y su sexo psicológico (personas transexuales) o entre su sexo biológico externo y su sexo real genético (personas intersexuales) pueden optar por someterse a tratamientos psicológicos, hormonales y quirúrgicos para modificar su apariencia física, a fin de adecuarla a su sentir y actuar, esto es, a la manera en que el propio individuo se percibe; a esto se denomina “concordancia sexo-genérica”.

Quienes están en esta situación y se han sometido a diversos tratamientos médicos y farmacológicos, necesarios para corregir la falta de correspondencia entre su identidad biológica externa y su identidad real, pueden solicitar que se les reconozca, en forma definitiva, su verdadera identidad sexual, al adecuar su sexo legal o jurídico, al sexo con el cual se identifican (identidad de género).

Con esta reforma legislativa se protege la identidad personal, entendiendo por ésta, “el derecho que tiene toda persona a ser sí mismo, en la propia conciencia y en la opinión de los otros; la forma en que un individuo se visualiza y se proyecta en la sociedad; y por ello, se encuentra relacionado estrechamente con el derecho al libre desarrollo de la personalidad”³.

Dicha reforma es acorde al Derecho Internacional de los Derechos Humanos puesto que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostuvo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffo y Niñas vs. Chile*⁴, que “...la orientación sexual constituye un componente fundamental de la vida privada de un individuo”. Asimismo, la Corte en el mismo caso señaló que “la vida privada es un concepto amplio que... comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos. Es decir, la vida privada incluye la forma en que el individuo se ve a sí mismo y cómo y cuándo decide proyectar a los demás”⁵.

que hace difícil asignar el sexo femenino o masculino al recién nacido, o bien, puede ser que el individuo no presente al nacer esta ambigüedad y en consecuencia, se le asigna un determinado sexo, pero posteriormente su cuerpo presenta una evolución anatómico-genital hacia el otro sexo”. *Idem*.

³ *Idem*.

⁴ Sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 156.

⁵ *Ibidem*, párr. 162.

II. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia: Amparo Directo Civil 6/2008

En 2008, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) conoció del caso de una persona que solicitó la rectificación de su acta de nacimiento, en cuanto a su nombre y sexo, asentándose así un significativo precedente sobre este tema en nuestro país.

La persona a la que se refiere el caso fue criada, educada y registrada legalmente —en el Distrito Federal— como un individuo de sexo masculino, en virtud de que al momento de su nacimiento presentó ambiguos signos viriles en sus órganos sexuales externos; no obstante, con el paso de los años, el desarrollo de sus características sexuales secundarias se orientaron a las de una mujer⁶. Debido a esto, dicha persona se sometió a un tratamiento hormonal, psicológico y quirúrgico de reasignación sexual a fin de identificarse con el sexo femenino.

Por lo anterior, esta persona demandó en la vía ordinaria civil la rectificación de su acta de nacimiento en lo relativo a su nombre y sexo a fin de que su acta reflejara su verdadera identidad genérica. Solicitó en términos del artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal, no se publicara, ni expidiera constancia alguna que revelara su cambio de identidad, salvo providencia dictada en juicio.

El Juez Décimo de lo Familiar en el Distrito Federal dictó sentencia el 12 de junio de 2007 ordenando al director del Registro Civil del Distrito Federal rectificara el acta de nacimiento en cuestión y asentara, mediante una anotación marginal, un nuevo nombre para el registrado y, como sexo, el femenino; pero consideró que no era procedente la petición de levantar un acta nueva y no publicar ni expedir alguna constancia que revelara la condición del solicitante, pues indicó que los alcances de la resolución eran únicamente para ajustar su nombre y sexo a su realidad jurídica y social actual⁷.

La parte actora solicitó la aclaración de esta sentencia en cuanto a sus alcances, por lo que interpuso recursos de apelación, los cuales resolvió la Primera Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en el sentido de confirmar la sentencia definitiva y modificar el auto aclaratorio para que en su lugar se afirmara que la resolución no implicaba

⁶ “Rectificación de acta por...”, *op. cit.*, nota 1.

⁷ *Loc. cit.*

una restricción a los derechos civiles del promovente, pero indicó que no podía aclarar la posibilidad del actor de contraer matrimonio, pues ello era una cuestión ajena a la *litis*.

El inconforme promovió juicio de amparo directo, en el cual, planteó la inconstitucionalidad del artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal que establece las anotaciones marginales como el método para rectificar un acta registral pues resultaba violatorio de sus derechos fundamentales de igualdad, no discriminación, privacidad, salud y dignidad humana contenidos en los artículos 1º, 4º, 14 y 16 constitucionales, ya que la nota marginal que se asiente en el acta de nacimiento rectificadora hará evidente frente a todos que inicialmente fue registrado como un hombre, pero con el paso de los años decidió ser mujer⁸.

El 6 de febrero de 2008, el inconforme solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejerciera la facultad de atracción.

Mientras el Pleno de la SCJN analizaba el caso en cuestión, el día 10 de octubre de 2008, se publicaron en la Gaceta Oficial del Distrito Federal reformas tanto al Código Civil como al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, para reconocer de manera expresa el levantamiento de actas por la reasignación para la concordancia sexo-genérica.

El 5 de enero de 2009, el Pleno de la SCJN concluyó que el artículo 138 del Código Civil del Distrito Federal impugnado era constitucional no así su acto de aplicación. De esta manera, se concedió el amparo al interesado para el efecto de que la autoridad responsable dejara insubsistente la sentencia reclamada, que el juez ordenara levantar una nueva acta por reasignación de concordancia sexo-genérica, plasmándose la anotación marginal en el acta de nacimiento primigenia, sin que se publique o expida constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial⁹.

III. La reforma de 2008

La mencionada reforma se fundamenta en tres conceptos (art. 135 Bis):

a) Identidad de género. Es la convicción personal de pertenecer al género masculino o femenino, es inmodificable, involuntaria y puede ser distinta al sexo original.

⁸ *Loc. cit.*

⁹ *Loc. cit.*

b) Reasignación para la concordancia sexo–genérica. Es el proceso de intervención profesional mediante el cual la persona obtiene concordancia entre los aspectos corporales y su identidad de género, que puede incluir, parcial o totalmente: entrenamiento de expresión de rol de género, administración de hormonas, psicoterapia de apoyo o las intervenciones quirúrgicas que haya requerido en su proceso; y que tendrá como consecuencia, mediante resolución judicial, una identidad jurídica de hombre o mujer, según corresponda.

c) Expresión de rol de género. Es el conjunto de manifestaciones relacionadas con la vestimenta, la expresión corporal o verbal y el comportamiento.

La reforma de 2008 modificó y adicionó los artículos 2, 35, 98, 135 Bis del Código Civil para el Distrito Federal en los siguientes términos:

- Reafirma el principio de la igualdad jurídica entre el hombre y la mujer así como el de no discriminación. Señala como causa de discriminación: sexo, orientación sexual, identidad de género, y expresión de rol de género. (art. 2).
- Los Jueces del Registro Civil deberán inscribir las “sentencias que ordenen el levantamiento de una nueva acta por la reasignación para la concordancia sexo–genérica, previa la anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia” (art. 35).
- Manifestar por escrito y bajo protesta de decir verdad de que ha concluido el proceso de concordancia sexo–genérica cuando se pretenda contraer matrimonio (art. 98, Fr. VII).
- Pueden pedir el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo–genérica, previa la anotación correspondiente en su acta de nacimiento primigenia, las personas que requieran el reconocimiento de su identidad de género (art. 135 Bis, primer párrafo).
- Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad a la reasignación para la concordancia sexo–genérica no se modifican ni extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona (art. 135 Bis, *in fine*).

La reforma modifica también el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal a fin de incorporar un “Juicio especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo–genérica”.

Para poder iniciar éste juicio especial se requiere (art. 498 Bis):

- a) Ser de nacionalidad mexicana;
- b) Ser mayor de edad o actuar a través de quien ejerza la patria potestad o tutela;
- c) Anexar a la demanda el dictamen que determine que es una persona que se encuentra sujeta al proceso de reasignación para la concordancia sexo-genérica con un mínimo de cinco meses, expedido por dos profesionistas o peritos que cuenten con experiencia clínica en materia de procesos de reasignación para la concordancia sexo-genérica, uno de ellos deberá ser el profesionista a cargo del tratamiento del solicitante;
- d) Manifestar el nombre completo y sexo original de la persona promovente, con los datos registrales correspondientes; y
- e) Manifestar el nombre sin apellidos y, en su caso, el sexo solicitado.

Tras el juicio detallado en los artículos 498 Bis 1 a 498 Bis 6 el Juez de lo familiar ordenará de oficio que se realice la anotación correspondiente al acta de nacimiento primigenia y el levantamiento de una nueva acta de nacimiento por reasignación de concordancia sexo-genérica. El acta de nacimiento primigenia quedará reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial (art. 498 Bis 7).

IV. La reforma de 2015

Pese a que la reforma de 2008 resultó ser bastante novedosa y vanguardista, el pasado 5 de febrero de 2015 se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el “Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal”.

En materia de identidad de género y sexo-concordancia, la presente reforma.

- Ya no hace referencia a los conceptos de “reasignación para sexo-concordancia” y “expresión de rol de género”.
- Cambia el concepto de identidad de género toda vez que, ahora por éste se entenderá “la convicción personal e interna, tal como cada persona se percibe a sí misma, la cual puede corresponder o no, al sexo asignado en el acta primigenia” (art. 135 Bis, tercer párrafo).
- Ya no se exige el requisito de “acreditar intervención quirúrgica alguna, terapias u otro diagnóstico y/o procedimiento para el

reconocimiento de la identidad de género” para solicitar el levantamiento de una nueva acta de nacimiento (art. 135 Bis, tercer párrafo).

- El procedimiento judicial contemplado en el Código de Procedimientos Civiles es reemplazado por un procedimiento administrativo ante el Juez del Registro Civil (art.135 Bis *in fine*) lo cual lo hace más sencillo y expedito y gratuito.
- Para solicitar el levantamiento de la nueva acta de nacimiento se requiere (art. 135 Quater):
 - Ser de nacionalidad mexicana;
 - Tener al menos 18 años de edad cumplidos;
 - Desahogar en el Juzgado Central del Registro Civil, la comparecencia que se detalla en el reglamento y manual de Procedimientos del Registro Civil;
 - Manifiestar el nombre completo y los datos registrales asentados en el acta primigenia y,
 - Manifiestar el nombre solicitado sin apellidos y, en su caso, el género solicitado
- Se deberá presentar la siguiente documentación (art. 135 Ter):
 - Solicitud debidamente requisitada;
 - Copia certificada del acta de nacimiento primigenia para efecto de que se haga la reserva correspondiente;
 - Original y copia fotostática de su identificación oficial, y
 - Comprobante de domicilio.

Respecto a los efectos del reconocimiento de la identidad de género:

- El acta de nacimiento primigenia quedará reservada y no se publicará ni expedirá constancia alguna, salvo mandamiento judicial o petición ministerial (art. 135 Ter, 3º párrafo). Lo anterior a fin de proteger la identidad primigenia del promovente y evitar actos de discriminación hacia su persona.
- Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad al procedimiento administrativo “no se modifican ni extinguen con “la nueva identidad jurídica de la persona; incluidos los provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, los que se mantendrán inmodificables” (art.135 Bis *in fine*).

Por lo tanto, aunque exista un cambio de identidad no existe propiamente un cambio de personalidad jurídica.

Es importante señalar que, aunque ya no se requiere el procedimiento judicial especial de levantamiento de acta por reasignación para la concordancia sexo-genérica, éste procedimiento no fue derogado por la reforma de 2015, motivo por el cual se mantiene vigente.

V. Los problemas de Derecho Internacional Privado originados por la reasignación sexo-genérica o la identidad de género

I. En el ámbito interestatal

Hasta el momento, el Distrito Federal es la única entidad federativa que cuenta con legislación relativa a la sexo-concordancia.

El levantamiento de la nueva acta de nacimiento para el reconocimiento de identidad de género en el Distrito Federal tiene efectos eminentemente territoriales pues como anteriormente se señaló, para dicha diligencia se requiere ser de nacionalidad mexicana y tener residencia en el Distrito Federal¹⁰.

Cabría entonces preguntarse, conforme a lo anterior, cuáles serían los efectos de dicha acta en los demás estados de la Unión. Para efectos del presente estudio me referiré a dos situaciones: La validez del acta de nacimiento y la validez del matrimonio.

Por lo que respecta a la validez de la nueva acta de nacimiento (por sexo concordancia) expedida en el Registro Civil del Distrito Federal ésta deberá ser reconocida en las demás entidades federativas toda vez que, de conformidad con el artículo 121 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito de los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros. El Congreso de la Unión, por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el efecto de ellos, sujetándose a las bases siguientes:

¹⁰ Aunque el artículo 135 Ter, fr. IV, del Código Civil del Distrito Federal no exige de manera expresa la residencia en el Distrito Federal, no se entendería de otra manera, pues de lo contrario no se justifica la presentación de comprobante de residencia al Juzgado Central del Registro Civil.

IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.

En virtud de la anterior disposición, dichas actas de nacimiento tendrán validez en todo el territorio nacional y no se les podrá negar efectos jurídicos plenos.

Por otra parte, el artículo 135 Bis, 4º párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal dispone que:

Los derechos y obligaciones contraídas con anterioridad al proceso administrativo para el reconocimiento de identidad de género y a la expedición de la nueva acta, no se modificarán ni se extinguen con la nueva identidad jurídica de la persona; incluidos los provenientes de las relaciones propias del derecho de familia en todos sus órdenes y grados, los que se mantendrán inmodificables.

Por tanto, es posible concluir que existe una nueva identidad pero no una nueva personalidad. De tal manera que todo matrimonio, reconocimiento de hijo y/o adopción celebrados anteriormente a la expedición de la nueva acta de nacimiento por identidad de género, se mantienen vigentes e inmodificables.

Respecto al matrimonio, no será entonces necesario un acto de confirmación de la voluntad de los contrayentes para que éste se mantenga válido y vigente, pero en el caso contrario, cuando uno de los contrayentes, debido al cambio de identidad de género del otro cónyuge, no quisiera continuar desposado podrá tramitar el divorcio.

Cabe ahora preguntarse si el matrimonio celebrado –con independencia al lugar de su celebración– con anterioridad a la expedición del acta en comento es válido en otras entidades federativas, toda vez que, en la mayoría de los estados se reconoce como regla que “el estado y la capacidad de las personas físicas se rige por el Derecho del lugar de su domicilio”¹¹. De primera instancia, pudiera pensarse que dicho matrimonio no sería válido

¹¹ Artículo 13, Fr. II del Código Civil Federal y correlativos en el Código Civil de las demás entidades federativas. El artículo 13, Fr. II del Código Civil para el Distrito Federal dispone que “el estado y la capacidad de las personas se rige por las leyes aplicables en el Distrito Federal”.

en un estado que no reconoce la sexo-concordancia por identidad de género; sin embargo, el autor del presente estudio considera que sí, en virtud de que no existe cambio de personalidad sino sólo de identidad sexogenérica, ya que el acta en comento es válido en todo el país.

Aunado a lo anterior, en estos supuestos el matrimonio deviene matrimonio igualitario u homoparental. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en su sentencia del 18 de marzo de 2015 reitera su criterio sostenido en anteriores sentencias al señalar que “no hay razón constitucional para excluir a las parejas del mismo sexo del matrimonio” (párr. 189)¹²; por tanto, los matrimonios igualitarios u homoparentales son válidos en todo el país. En virtud de esto, los matrimonios que devengan en igualitarios u homoparentales por sexoconcordancia por identidad de género no devienen en nulos.

Por todo lo anteriormente dicho, como una primera conclusión podemos sostener que no existen problemas interestatales de derecho internacional privado.

2. En el ámbito internacional

La ausencia de problemas de derecho internacional privado en el ámbito interestatal no presupone la ausencia de estos problemas en el ámbito internacional.

Así, por ejemplo, una persona que haya solicitado la expedición de su acta de nacimiento por sexo-concordancia y con posterioridad haya cambiado su domicilio o residencia habitual a un Estado extranjero, tal acta no será reconocida sin en dicho Estado la Ley no reconoce la sexo-concordancia por identidad de género, toda vez que, como ya se comentó,

¹² MATRIMONIO. LA LEY DE CUALQUIER ENTIDAD FEDERATIVA QUE, POR UN LADO, CONSIDERE QUE LA FINALIDAD DE AQUÉL ES LA PROCREACIÓN Y/O QUE LO DEFINA COMO EL QUE SE CELEBRA ENTRE UN HOMBRE Y UNA MUJER, ES INCONSTITUCIONAL. Amparo en revisión 70/204, decidido el 18 de marzo de 2015. Ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: Karla I. Quintana Osuna. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación el 19 de junio de 2015. En dicha sentencia, la SCJN declaró inconstitucional el artículo 147 de la Constitución de Colima así como aquellos artículos del Código Civil y Código de Procedimientos Civiles locales referentes a “relaciones conyugales” o “enlaces conyugales” en contraste con el matrimonio. Disponible en https://www.scjn.gob.mx/libreria/Decima2013Docs/19_JUN.pdf, fecha de consulta: 6 de octubre de 2015.

por regla general, el estado y capacidad de las personas se rige por el Derecho del lugar del domicilio o la residencia habitual.

Ante la ausencia de reconocimiento de la sexo-concordancia, el matrimonio celebrado por dicha persona con anterioridad a su cambio de identidad genérica, deviene en un matrimonio igualitario u homoparental cuya validez dependerá de si el Estado de la residencia habitual reconoce la validez a dicho matrimonio; si no fuera el caso, dicho matrimonio sería nulo y se le negaría todo efecto jurídico incluyendo la oponibilidad a terceros.

De igual manera, en el caso de que dicha persona sea heredera en una sucesión, bien sea, testamentaria o intestamentaria, su reconocimiento de heredero dependerá si la Ley aplicable a la sucesión lo reconoce como tal.

Así por ejemplo, el Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte¹³ señala como Ley aplicable a la sucesión (art. 3) la Ley:

- a) Del lugar de la residencia habitual del difunto al momento de su fallecimiento, si fuera nacional de dicho Estado;
- b) Del lugar de la residencia habitual del difunto al momento de su fallecimiento, si hubiera residido en dicho Estado por un periodo no inferior a 5 años anterior al fallecimiento;
- c) Del lugar del fallecimiento, salvo que tuviera vínculos más estrechos con otro Estado; o
- d) Del lugar de su nacionalidad al momento de su fallecimiento.

Asimismo, el artículo 7.2 de dicho Convenio menciona que, “esta Ley regirá... a) el llamamiento de los herederos y legatarios...”.

Las anteriores reglas de determinación del Derecho aplicable a la sucesión son las más habituales. Si bien, México no es Parte de dicho Convenio, reconoce como regla aplicable la de la residencia habitual¹⁴ sin el requisito de temporalidad que dispone dicho instrumento.

Es importante mencionar que en algunos países el matrimonio igualitario u homoparental no sólo no es reconocido, sino que incluso es contrario a las

¹³ Adoptado en La Haya, Países Bajos, el 1º de agosto de 1989. El Gobierno de México no es Parte.

¹⁴ Artículo 13, Fr. II del Código Civil Federal y sus correlativos en los códigos estatales.

normas de orden público y puede llegar, incluso, a ser considerado delito; tal es el caso de “Ley contra la propaganda homosexual” de Rusia¹⁵.

Caso contrario sería cuando se pretende que el acta de nacimiento por sexo-concordancia expedida en el extranjero tenga plenos efectos en territorio nacional. Así, por ejemplo, cuando un extranjero que haya solicitado la expedición de una nueva acta de nacimiento o la corrección del acta por sexo-concordancia, según la legislación de su país –independientemente si se sometió o no a un proceso médico-quirúrgico de reasignación de sexo- pretende hacer valer dicha acta en territorio mexicano, toda vez que, había contraído matrimonio con anterioridad a su sexo-concordancia y con posterioridad a dicho proceso de sexo-concordancia devino en heredero universal de una persona radicada en México.

Para poder resolver tal situación, debemos precisar que la cuestión de fondo radica en el reconocimiento legal del proceso de sexo-concordancia y/o la identidad de género y su respectiva acta registral; en otras palabras, la “cuestión previa”¹⁶ de la validez del matrimonio y de la capacidad de ser heredero es la validez del acta registral.

Como ya se mencionó, el estado y capacidad de las personas se rige por la Ley del lugar de la residencia habitual, así que la validez del matrimonio de dicha persona, el cual devino en matrimonio igualitario u homoparental, será válido en el Distrito Federal toda vez que el Código Civil para el Distrito Federal reconoce dicha figura¹⁷ (art. 146) y en todo el territorio nacional en virtud de la sentencia de la SCJN anteriormente mencionada¹⁸.

¹⁵ Recomiendo la lectura de “Russia: The Anti-Propaganda Law”. Disponible: en http://www.humandignitytrust.org/uploaded/Library/Other_Material/Briefing_on_Russias_federal_anti-propaganda_law.pdf. Fecha de consulta: 2 de octubre de 2015.

¹⁶ El problema de la “cuestión previa”, llamado también “cuestión preliminar” o “cuestión incidental” se plantea cuando en presencia de una relación privada internacional la solución de la cuestión principal del caso implica resolver previamente la cuestión incidental: lo cual significa determinar cuál es el derecho aplicable a la misma, pues de la resolución de esta depende cómo se resuelve la cuestión principal, debido a la conexión existente entre ambas. Rigaux, Francois. *Derecho Internacional Privado. Parte General*. Madrid, Editorial Civitas, 1985, pp. 320 y 321.

¹⁷ Artículo 146. Matrimonio es la *unión libre de dos personas [mío]* para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.

¹⁸ Ver nota 12.

Por lo que respecta al reconocimiento de heredero, de primera instancia, pudiera pensarse que sólo sería posible en el Distrito Federal, pues sólo en esta entidad se reconoce el acta registral por concordancia-sexogenérica, y el acta de nacimiento es el documento de identidad idóneo para el reconocimiento de heredero.

Bajo esta misma línea de pensamiento, ello no sería posible en las demás entidades federativas, toda vez que, la obligación de reconocer la nueva acta de nacimiento por sexo-concordancia recae sobre las actas expedidas en el Distrito Federal –por virtud de la “cláusula de entera fe y crédito” del artículo 121 constitucional y no en aquellas expedidas en el extranjero. Por tanto, el reconocimiento de heredero en tales circunstancias no sería posible.

Sin embargo, a criterio de quien escribe estas líneas, en virtud del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existe la obligación para toda autoridad federal o estatal de reconocer las actas expedidas en el extranjero por sexo-concordancia en razón de los principios de no discriminación y de interpretación conforme.

Respecto al principio de no discriminación, el párrafo quinto del artículo 1º constitucional señala:

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Por tanto, desconocer la validez de las actas expedidas en el extranjero por sexo-concordancia sería discriminatorio pues ello conllevaría a privar a dichas personas del ejercicio de sus derechos civiles¹⁹.

Por otra parte, en virtud del principio de “interpretación conforme”,

¹⁹ Se entiende por discriminación: “...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua,

previsto en el párrafo segundo del artículo 1° constitucional dispone:

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

La doctrina ha señalado que, toda autoridad –tanto federal como estatal- deberá adecuar su actuación a lo dispuesto tanto por los tratados internacionales como por los organismos internacionales en materia de Derechos Humanos. Así, el artículo 1° permite “efectuar las medidas para que los operadores jurídicos puedan aplicar el instrumento [internacional] de acuerdo con la jurisprudencia del organismo que tiene a su cargo su interpretación auténtica”²⁰.

Así, la Declaración sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 22 de diciembre de 2008, manifiesta que, los Estados reafirman “...el principio de no discriminación, que exige que los derechos humanos se apliquen por igual a todos los seres humanos, independientemente de su orientación sexual o identidad de género”.

Por otra parte, el principio de “interpretación conforme” implica un “control de convencionalidad” el cual consiste en que:

Cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana [sobre Derechos Humanos], todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en

las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo”. Artículo 1°, fr. III de la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 11 de junio de 2003.

²⁰ Caballero Ochoa, José Luis, *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre Derechos Humanos y el control de convencionalidad*, 2ª ed., México, Porrúa, 2014, p. 17.

*el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana [de Derechos Humanos], intérprete última de la Convención Americana*²¹.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Atala Riffó y Niñas vs. Chile*²² deja establecido que la orientación sexual y la identidad de género de las personas son categorías protegidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por ello está proscrita por la Convención cualquier norma, acto o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de la persona. En consecuencia, ninguna norma, decisión o práctica de derecho interno, sea por parte de autoridades estatales o por particulares, pueden disminuir o restringir, de modo alguno, los derechos de una persona a partir de su orientación sexual (párr. 91).

En tal sentido, podemos concluir que no existen problemas de Derecho Internacional Privado en México cuando se pretenda hacer valer la sexo-concordancia realizada en un Estado extranjero.

VI. Conclusiones

1. La orientación sexual y la identidad de género constituyen un componente fundamental de la vida privada de todo individuo, por lo que se encuentra protegida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

2. En el ámbito interestatal:

a) Las actas de nacimiento por sexo-concordancia expedidas en el Distrito Federal tendrán validez en las demás entidades federativas por virtud del art. 121, fr. IV de la Constitución Política.

b) Los matrimonios celebrados previos a la expedición del acta, serán válidos en las demás entidades federativas en virtud de la sentencia de la SCJN.

c) Siendo válidas las actas de nacimiento por sexo-concordancia

²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso *Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

²² Ver nota 4.

expedidas en el Distrito Federal a dichas personas se les deberán reconocer su capacidad como herederos en juicios sucesorios realizados en otras entidades federativas.

3. En el ámbito internacional:

a) Las actas expedidas en el Distrito Federal sólo serán reconocidas en un Estado extranjero cuando la ley de dicho Estado les reconozca validez.

b) Un matrimonio celebrado previamente a la expedición de un acta de nacimiento por sexo-concordancia (en el Distrito Federal) será válido si la ley del Estado de la residencia habitual reconoce validez a los matrimonios igualitarios u homoparentales.

c) Un mexicano podrá ser reconocido como heredero en un juicio sucesorio realizado en el extranjero con posterioridad a la expedición de su nueva acta de nacimiento por sexo-concordancia, cuando la ley de dicho Estado le reconozca validez a dichas actas.

4. También el ámbito internacional, pero contrario a lo señalado en el numeral anterior:

a) Las actas de nacimiento por sexo-concordancia expedidas en el extranjero no se les podrá negar validez en todo el territorio nacional por virtud del principio de “no discriminación” y por el principio de “interpretación conforme” en virtud del artículo 1º constitucional.

b) Bajo los mismos principios, el matrimonio y el reconocimiento de la capacidad de heredero deberán ser reconocidos en todo territorio nacional cuándo en estos se cuestione la validez por identidad de las personas motivada por la sexo-concordancia.

VII. Bibliografía

Caballero Ochoa, José Luis. *La interpretación conforme. El modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad*. 2ª ed., México, Porrúa, 2014.

Rigaux, Francois, *Derecho Internacional Privado. Parte General*, Madrid, Editorial Civitas, 1985.

Electrónicas

“The Anti-Propaganda Law”. Rusia, en http://www.humandignitytrust.org/uploaded/Library/Other_Material/Briefing_on_Russias_federal_anti-propaganda_law.pdf, octubre de 2015.

Normativas

Código Civil del Distrito Federal.

Código Civil Federal.

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación.

Convenio de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por causa de Muerte.

Jurisprudenciales

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Amparo Directo Civil 6/2008*.

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Amparo en revisión 70/204*, decidido el 18 de marzo de 2015.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011.

La adopción de principios del derecho internacional en México en los órdenes subnacionales: la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño

Máximo Romero Jiménez*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La Convención de Naciones Unidas*. III. *El artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. IV. *La Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA)*. V. *La implementación de la Ley General en los Estados*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. Introducción

Uno de los objetivos más importantes que persigue el derecho internacional, es lograr que los acuerdos internacionales, a través de tratados, convenios, memorandos, etc., se cumplan dentro del ámbito y cobertura de las legislaciones nacionales. El derecho internacional no es estático y se ha demostrado que evoluciona con el tiempo; así lo ha hecho por mucho tiempo. Lo que hace 20 años se buscaba legislar, hoy día es una realidad. El entender la evolución legislativa, ayuda a un mejor entendimiento de las razones que motivaron dichos cambios.

De acuerdo con el principio de *pacta sunt servanda*, los tratados obligan y deben cumplirse. Sin embargo, el reto estriba en no depender de la voluntad de las partes en un contexto doméstico, si no que lo pactado

* Miembro de Número y Expresidente de la AMEDIP. Actualmente dedicado a la consultoría jurídica externa y docencia. Ha sido Director General de Cooperación Técnica Científica en la Secretaría de Relaciones Exteriores, Coordinador de Asuntos Internacionales del SNDIF, Director General de Facilitación del Comercio hacia Europa en la Secretaría de Economía, Director de Litigio Internacional en Materia de Inversión, entre muchos otros cargos.

en el ámbito internacional, se pueda implementar en el ámbito nacional o local, sin necesidad de iniciar una reclamación internacional derivada del incumplimiento de principios de un Tratado.

En el caso de México, a pesar de que los tratados internacionales son, conforme al artículo 133 Constitucional, la Ley Suprema en nuestro país, en la práctica la aplicación de los principios internacionales son de difícil aplicación, especialmente en lo que respecta a los niveles subnacionales como son los Estados y Municipios. Lo anterior en virtud de que la falta de una normativa de carácter nacional que la implemente y la haga ejecutable, hace imposible su aplicación.

En 1994, el doctor Arellano García hacía referencia en el Seminario Nacional XVIII, a las diferencias en implementación en México y los Estados Unidos de América del Tratado de Libre Comercio. Mientras que en México, señalaba, la aplicación del Tratado se lograba gracias al artículo 133 Constitucional, en los Estados Unidos se requirió de un *bill of implementation*. En otras palabras, los principios pactados a nivel internacional se incorporaron en una legislación de carácter nacional para lograr su aplicación irrestricta en dicho país¹. La opinión del Dr. Arellano García permite servir de ejemplo para demostrar que incluso en otros países, como EE.UU., la opción para poder garantizar la aplicación del derecho internacional en un Estado, es precisamente por medio de la aprobación de legislaciones nacionales y subnacionales.

En México, se han suscrito múltiples Tratados y Convenios internacionales, sin que la mayoría puedan encontrar su aplicación inmediata en el día-día en los tribunales federales o locales. Un ejemplo lo tenemos con la Convención Internacional de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Por años, se ha pretendido homologar los criterios de protección de los derechos de la infancia tanto a nivel nacional, como local. Lo anterior ha derivado en la creación de una Ley Reglamentaria del

¹ Arellano García, Carlos, "Consideraciones sobre la significación y alcance del TLCAN-NAFTA y actos jurídicos internacionales colaterales; XVIII Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado", México, 1994. La crítica del Dr. Arellano García se centraba al señalamiento que al poner al tratado en el plano local al nivel de una ley federal, se podría llegar a vulnerar su cumplimiento, en caso que existiera posteriormente una ley más restrictiva. Sin embargo, el ejemplo anterior, a pesar que es cierto en el contexto nacional, en el contexto internacional el Estado que la vulnera no está exento de dicha responsabilidad internacional.

artículo 4^a constitucional y por ende la aprobación de sus respectivas Leyes subnacionales en diversos estados de la República, sin que por ese motivo se haya conseguido garantizar la aplicación lisa y llana de la Convención Internacional.

Recientemente el año pasado, el H. Congreso de la Unión aprobó una nueva Ley General de los Niños, Niñas y Adolescentes que abre un nuevo camino para poder garantizar la aplicación de principios internacionales de manera efectiva en los ámbitos federales y locales que vale la pena analizar de manera sintética a continuación.

II. La Convención de Naciones Unidas

El 20 de noviembre de 1959, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Declaración de los Derechos del Niño. Esta iniciativa se llevó a cabo por iniciativa de la UNICEF. A partir de 1975, la ONU declara ese año como el Año Internacional del Niño y se inician discusiones sobre una nueva declaración. Derivado de dichos debates, en 1989 se firmó en la ONU la Convención sobre los Derechos del niño y dos protocolos facultativos que la desarrollan: proporcionar a la infancia protección jurídica contra las peores formas de explotación y utilizar los protocolos facultativos para aumentar los instrumentos de derechos humanos.

En mayo de 2000, bajo esta perspectiva, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó dos protocolos facultativos más, el protocolo facultativo sobre los niños en los conflictos armados, y el protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución y a la pornografía².

Ese mismo año en México, a través del H. Congreso de la Unión, se aprobó la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes³. Dicha Ley, señaló en el artículo 1^o, que se fundamentaba en el párrafo 4^o de la Constitución, permitiendo a los estados y municipios, en el ámbito de su competencia, expedir normas legales para garantizar su cumplimiento. En otras palabras, estábamos en presencia de una Ley

² Protocolos facultativos derivados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, disponible en: http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html, consultada el 9 de septiembre de 2015.

³ Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, disponible en: <http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/images/stories/normateca/legislacion2014/lpdna.pdf>, consultada el 24 de agosto de 2015.

Reglamentaria del 4º Constitucional que señala que nuestra Constitución protege la organización y desarrollo de la familia, incluyendo los derechos de los niños y niñas a satisfacer sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral⁴.

No obstante lo anterior, después de una década; tiempo durante el cual algunos estados de la República –incluyendo Puebla- aprobaron en sus respectivos congresos locales sus correspondientes leyes estatales sobre los derechos del niño, se llegó a la conclusión que la Ley Federal para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de mayo de 2000 no distribuía competencias entre los distintos órdenes de gobierno de manera adecuada, situación que ocasionó una falta de protección integral y homogénea de la infancia⁵. Fue entonces que iniciaron los debates y análisis para una nueva ley.

Varios factores ocasionaron que después de 14 años, fuera necesario la derogación de la “Ley Federal” y la aprobación de una nueva “Ley General” sobre los Derechos de la Niña, Niño y Adolescentes. En el año 2011, México entregó por primera vez su reporte de cumplimiento a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el seno de la UNICEF. Igualmente ese año, en el seno de la Interamericana, México igualmente brindó un informe sobre el estado que guardaba la situación de los derechos de la infancia en nuestro país. Muchos eran los problemas que aquejaban este importante sector de nuestra sociedad, la protección de los niños migrantes no acompañados por ejemplo, se volvía un tema fundamental de nuestra política nacional. Lo anterior abrió el debate para la aprobación de una nueva legislación que permitiera de manera coordinada la aplicación de los principios internacionales en todo el territorio nacional. Cuatro años más tarde, y después de muchos debates y discusiones, el H. Congreso de la Unión aprobó la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA)⁶.

⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4º, párrafo 6, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_100715.pdf

⁵ Exposición de Motivos del Ejecutivo de la República al Senado de la República, 1 de septiembre de 2014, disponible en: http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Ley_General_Proteccion_Ninas.pdf.

⁶ Ley General sobre los Derechos de la Niña, Niños y Adolescentes, disponible en: http://www.cinu.mx/minisitio/juventud_2015/ley_general_ninasninosyadolescentes.pdf, consultada el 29 de agosto de 2015.

Con la publicación de la LGDNNA en diciembre de 2014, nuestro país renovó su compromiso de velar porque al momento de tomar decisiones que conciernan a las Niñas, Niños y Adolescentes (NNA), garanticen el reconocimiento y respeto de los derechos de la infancia asumidos a nivel internacional. A través de la publicación de la Ley General de los Derechos de NNA, se pretende dar unidad, congruencia y rumbo a las políticas que sobre la niñez adoptará México, por medio de sus tres órdenes de gobierno.

III. El artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El 12 de octubre de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el cual se reformó el artículo 4º y se adicionó la fracción XXIX-P al artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷, para establecer:

En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez⁸.

El artículo 73, fracción XXIX-P de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que el Congreso de la Unión puede expedir leyes que establezcan la concurrencia entre la federación, estados y municipios en materia de protección a la infancia. En específico señala que el Congreso tiene facultad para expedir leyes que establezcan la *concurrencia de la Federación, los Estados, el Distrito Federal y los Municipios*, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior

⁷ Igualmente, hay que recordar que es el Congreso, por mandato constitucional - art. 73, fracción XVI- quien dicta leyes en materia de nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, emigración e inmigración y salubridad.

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_100715.pdf.

de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de los que México sea parte.

Se puede considerar que las leyes generales regulan apartados constitucionales y, por tanto, necesarias para delimitar facultades concurrentes, así establecidas por el constituyente, que se deben distribuir entre las autoridades del orden federal, estatal y municipal. De ahí que la posición de una Ley General frente a una Ley Federal o una Ley Local es de una norma jerárquicamente superior⁹.

De ahí que una Ley General deriva del ejercicio de una facultad que corresponde originalmente al constituyente o poder revisor, mientras que una ley federal es un ejercicio de una facultad expresamente conferida al orden federal. Una Ley General es jerárquicamente superior a las leyes federales y locales, mientras que una ley federal está en igual posición jerárquica que una ley local. La función de la ley general es la de distribuir competencias en materia concurrente a los distintos órdenes de gobierno, y la ley federal legisla únicamente en materia delimitada al gobierno federal¹⁰.

De acuerdo con la SCJN, las Leyes Generales son las que inciden válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Por lo tanto, una vez publicadas por el Congreso de la Unión, deben ser aplicadas por las autoridades federales, locales y municipales, porque son Ley Suprema de la Unión, de conformidad con el artículo 133 constitucional¹¹.

⁹ Amparo en Revisión 120/2002, pág. 155, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Segunda%20sala/NOVENA/78.pdf>. “Dicho de otra manera, las leyes generales son aquellas respecto de las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional”.

¹⁰ <http://www.leyderechosinfancia.mx>, consultada el 3 de septiembre de 2015.

¹¹ Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, abril 2007, página 5. Leyes Generales. Interpretación del artículo 133 constitucional), disponible en: https://www.scjn.gob.mx/libreria/Decima2013Docs/XVI_ENE.pdf; <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/reformas/tallerNarcomenudeo/TesisLeyesGenerales.pdf>, consultado el 12 de septiembre de 2015: “...leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano... Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tiene su origen en cláusulas constitucionales que obligan a ésta a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y Municipios”.

Previo a la entrada en vigor de la nueva Ley General, en los Estados de la República existían leyes de protección de los derechos de los niños que fueron elaboradas derivadas de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes publicada en mayo de 2000. Sin embargo, dicha Ley no era una Ley General, sino reglamentaria del artículo 4 constitucional, por lo que no tenía las mismas facultades de regulación. Lo anterior, ocasionó, que dependiendo el grado de avance en los estados en la materia, se hizo necesario derogar sus leyes en la materia. En algunos casos fue necesario una adecuación a nuevos preceptos de la Ley General.

IV. La ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA)

Se trata de una Ley General que reconoce los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, así como sus principios rectores y en general las recomendaciones de las opiniones consultivas del comité sobre los derechos del niño. De esta manera, regula una competencia constitucionalmente concurrente mandatado por el artículo 73, fracción XXIX de la CPEUM. Reconoce los derechos de las niñas, niños y adolescentes y establece las obligaciones entre los diferentes actores gubernamentales y sociales y cómo deben trabajar coordinadamente.

Un paso muy importante que se destaca de la Ley General es que garantiza la asignación de recursos para la operación e integra la participación de la sociedad civil y privada en la materia, incluyendo la evaluación de las políticas públicas, así como la rendición de cuentas.

Por primera vez en México, la Ley General reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos con capacidad de ejercicio, defender y exigir sus derechos de manera integral. Es decir, la Ley identifica las obligaciones a los derechos y los sujetos obligados para garantizar su cumplimiento. La LGDNNA representa un cambio de paradigma en la forma en cómo el Estado mexicano tutelaré los derechos de la niñez, porque a través de sus disposiciones transforma de manera radical la política del Estado mexicano respecto de sus derechos, consolidando un concepto que no tiene precedente en el mundo: la protección activa del Estado a favor de la niñez.

La LGDNNA busca promover una armonización legislativa uniforme a nivel nacional, en materia de infancia en la República. La LGDNNA reconoce principios rectores que deben ser reconocidos expresamente por

las legislaciones de los Estados:

- Interés superior de la niñez;
- Universalidad;
- Interdependencia;
- Indivisibilidad;
- Progresividad e integralidad de los derechos de las NNA;
- Igualdad sustantiva;
- No discriminación;
- Inclusión;
- Vida, a la supervivencia y desarrollo;
- Participación;
- Interculturalidad;
- Corresponsabilidad de los miembros de la familia, la sociedad y las autoridades;
- Transversalidad en la legislación;
- Políticas públicas;
- Actividades administrativas;
- Economía y culturales;
- Autonomía progresiva, pro-persona;
- Vida libre de violencia y
- Accesibilidad.

Igualmente, la Ley dispone que los derechos de los niños, niñas y adolescentes son los siguientes:

- Derecho a la vida, supervivencia y al desarrollo;
- Derecho de prioridad;
- Derecho a la identidad;
- Derecho a vivir en familia;
- Derecho a la igualdad sustantiva;
- Derecho a no ser discriminado;
- Derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo integral;
- Derecho a una vida libre de violencia y a la integridad de la persona;
- Derecho a la libertad de expresión y acceso a la información;
- Derecho a la inclusión para NNA con discapacidad;
- Derecho a la educación;
- Derecho al descanso y al esparcimiento;
- Derecho a la libertad de convicciones éticas, pensamiento, conciencia,

religión y cultura;

Entre los más importantes.

La Ley General reconoce al Estado, la Familia y a la sociedad como responsables de garantizar los derechos de las niñas, niños y adolescentes. La LGDNNA contempla la creación de nuevos mecanismos institucionales para hacer efectiva los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En algunos casos, los Estados deben revisar los mecanismos y estructuras existentes para adecuarlas a las disposiciones de la Ley General. Los mecanismos o instituciones que se crean en virtud de la nueva Ley General son:

a) Sistema de protección

A pesar de que el objeto se encuentra determinado en la Ley General, ésta permite que cada estado desarrolle a detalle en su respectiva ley local, los aspectos relativos a su composición, funcionamiento, estructura, facultades, participación de los sectores social y privado, etc.

Las legislaturas locales son las responsables de asegurar que el Sistema Estatal sea un órgano deliberativo y que sus decisiones sean vinculantes, no recomendatorio.

Serán los estados los responsables de determinar la forma o mecanismo para la participación de los sectores social y privado. En particular, las leyes locales deberán determinar y desarrollar la forma en que los sistemas municipales participan en el Sistema Local de Protección. Igualmente deberán la coordinación operativa del Sistema Local de Protección, asignándole una adscripción, estructura y facultades.

Respecto a la Secretaría Ejecutiva, los estados son los responsable de determinar su adscripción, su estructura, facultades y forma de operación a nivel local. La Secretaría Ejecutiva debe estar al más alto nivel (desconcentrado o como órgano autónomo con patrimonio y personalidad propia).

b) Un Plan Nacional

De acuerdo con la nueva Ley General, es un mandato de ley la elaboración

de un Plan Nacional, con acciones de mediano y largo plazo.

c) Sistema de información

El sistema de información debe recopilar y sistematizar la información de los tres órdenes de gobierno, estableciendo los tiempos, mecanismo y procedimiento para su generación, así como generar indicadores para alimentar el sistema nacional de información.

d) Mecanismos de evaluación y monitoreo

A nivel federal es la CONEVAL, pero a nivel de los estados serán ellos los que determinen la instancia o entidad local encargada de evaluar las políticas de desarrollo relacionadas con las NNA.

e) Procuraduría de Protección

Se crea una Procuraduría de Protección, el cual deberá contar con presupuesto propio es parte de la estructura del Sistema Nacional DIF. En caso de los Estados, ésta puede depender de los Sistemas Estatales, sin embargo, la adscripción orgánica lo puede decidir libremente los estados.

Cada legislación podrá establecer, en caso de ser necesario, la desconcentración de la Procuraduría local de protección, para que tenga sus asientos a nivel municipal. Igualmente para establecer la manera de trabajo conjunto con autoridades administrativas de asistencia social, de servicios de salud, de educación, de protección social, de cultura, deporte, etc.

V. La implementación de la Ley General en los Estados

En virtud de lo anterior, compete a los Estados adecuar sus legislaciones conforme a la nueva LGDNNA. Es de señalarse que el Transitorio segundo dispone de un plazo de 180 días naturales a partir de su entrada en vigor para su implementación. Sin embargo, al corte del 3 de junio de 2015, no todos los Estados de la República habían cumplido con este mandato de ley.

De acuerdo a la Ley General, deberán determinarse en las leyes locales los plazos para la integración de los principios rectores de la ley como:

- Plazos para instalar el sistema local de protección integral y sistemas

municipales;

- Plazo para elaboración de lineamientos de operación del Sistema Local de Protección;
- Plazo para las adecuaciones a los Estatutos del Sistema Estatal y Municipal DIF, para la creación de las Procuradurías de Protección;
- Plazo para la aprobación del Programa Estatal;
- Plazo para la instalación de la Procuradurías Estatales y Municipales, y
- Plazo para la creación e instalación del sistema de información estatal.

Sin duda, uno de los retos más importantes que impone la nueva Ley General a los Estados y Municipios es entender su alcance, cobertura e implicaciones. Son los Congresos locales los responsables de trabajar los contenidos de sus leyes, incluida la adecuación posterior a la legislación local de carácter transversal como pueden ser: códigos civiles, penales, familiares, de procedimientos, leyes de asistencia social, de salud, educación, justicia especializada para adolescentes.

En otras palabras, al tratarse de una Ley General la LGDNNA, misma que deriva de una norma constitucional, implica que los tres órdenes de gobierno deben realizar las modificaciones correspondientes, a fin de garantizar la aplicación de los preceptos y principios en sus territorios. Básicamente los Congresos locales deberán legislar de manera directa, sujetándose a lo dispuesto por la LGDNNA, pudiendo repetir o replicar lo dispuesto por la Ley General, pero sin modificar su sentido. Asimismo, legislar a fin de regular y desarrollar cuestiones concretas, estableciendo parámetros o lineamientos a los que deberán ajustarse, y también legislar en virtud de la Ley General, pero modificando otras normas locales, como el código civil, penal o de procedimientos, cuando haya preceptos que la contradigan.

Los derechos reconocidos en la Ley General no pueden ser limitados por las leyes estatales. Por el contrario, los Congresos locales deben enfocarse en establecer, desarrollar y regular mecanismos específicos para que se hagan efectivos dichos Derechos, identificando a las autoridades o dependencias a nivel local que son las responsables de su cumplimiento.

El 6 de agosto de 2007, fue publicado en Puebla la Ley para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, misma que fue reformada posteriormente el 20 de noviembre de 2013, en donde participaron grupos e instituciones público y privadas, con el objeto de construir un frente común para poner en marcha campañas, programas y planes de trabajo apegados a la realidad social, económica, cultural y

jurídica de la niñez poblana. Sin embargo, en virtud de la publicación de la Ley General en el 2014, Puebla, a través de su Congreso, aprobó la nueva Ley de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en congruencia con la Constitución, la Convención Internacional y la Ley General.

Con lo anterior, solo corresponde ahora al Congreso del Estado de Puebla, el analizar y aprobar las adecuaciones que procedan a las legislaciones secundarias. Una vez realizado las adecuaciones a legislaciones secundarias que contravengan lo dispuesto en la ley estatal y general, se podrá garantizar en nuestro territorio la aplicación de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, dando un paso muy importante en materia de derecho internacional en las legislaciones nacionales y subnacionales, abriendo un camino para otros tratados igualmente importantes.

VI. Conclusiones

La aprobación y publicación de la LGDNNA es un claro ejemplo de cómo implementar una Convención Internacional en la legislación domestica de un país. Existe en México diversos medios para hacer cumplir un tratado. Sin embargo, en algunos casos, a pesar del artículo 133º Constitucional, se hace necesario la creación de leyes federales y locales que ayuden a su implementación. La manera en cómo lograrlo, dependerá de la importancia y relevancia de las disposiciones a tratar. En el caso de los Derechos del Niño, se derivó en un mandato constitucional delegado al poder legislativo para poder emitir leyes de carácter concurrente entre los órdenes de gobierno que los obligue y comprometa en sus legislaciones locales. El anterior ejemplo, sirve para comparar la posibilidad de emitir leyes reglamentarias que terminan siendo de carácter federal y que únicamente compromete a los estados a legislar al respecto.

A través de las leyes generales se genera una vinculación obligatoria en los órdenes de gobierno, respetando siempre la congruencia de la instancia superior última que es la Constitución y los Tratados internacionales.

Conforme al caso que nos ocupa, una vez lograda la entrada en vigor de la Ley General, así como la correspondiente a las entidades federativas, corresponde de manera concurrente a la Federación, Estados y Municipios llevar a cabo la adecuación de sus respectivas legislaciones que pudieran vulnerar o restringir los derechos de los Niñas, Niños y Adolescentes.

En este sentido, corresponderá a los Estados, a través de sus Congresos,

revisar la legislación en materia civil y registral, para que ésta corresponda con lo establecido por la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (LGDNNA). Para lo cual habrán de garantizar la gratuidad del registro de nacimiento y de la obtención de la primera acta¹², adecuar la legislación en materia civil y registral para que prevea la obligación de cargo de los padres de registrar a sus hijos dentro del plazo de 60 días posteriores al nacimiento¹³, adecuar la legislación civil, el derecho y mecanismos y condiciones específicas para que los NNA puedan conocer su origen¹⁴. Asimismo, la legislación civil deberá regular los procedimientos específicos a que las autoridades deberán apegarse para la búsqueda, localización y obtención de información necesaria para acreditar o restablecer la identidad de las niñas, niños y adolescentes¹⁵. En cualquier caso, la legislación civil deberá de prever que en todo proceso que pueda concluir con el cambio de apellido de las niñas, niños y adolescentes se le escuche, y por tanto, establecer el procedimiento o mecanismo específico para ello¹⁶.

A lo anterior habría que añadir que es necesario que se elimine cualquier disposición que prevea como requisito para la prestación de un servicio relacionado con el cumplimiento de un derecho, el de contar con un acta de nacimiento, y a la vez, se deberá prever en el Código Civil que para efectos del reconocimiento de maternidad y paternidad de las niñas, niños y adolescentes, así como en relación con los derechos y obligaciones derivados de la filiación y parentesco, ante la negativa de la prueba de paternidad o maternidad, la autoridad competente, salvo prueba en contrario, presumirá que es el padre o la madre, respectivamente¹⁷.

VII. Bibliografía

Fernández Rozas, José, *Derecho Internacional Privado*, España, Civitas, 1999.

Gómez Robledo, V, Alfonso, *El ius cogens internacional*, México, IJ_UNAM, 1992.

¹² Art. 38, fracción I, LGDNNA.

¹³ Art. 98, fracción II, LGDNNA.

¹⁴ Art. 38, fracción II, LGDNNA.

¹⁵ Art. 19, LGDNNA.

¹⁶ Art. 38, párrafo 7, LGDNNA.

¹⁷ Art. 40, LGDNNA.

—, *Temas selectos de derecho internacional*, UNAM, Tercera Edición, México, 1999.

Pereznieto Castro, Leonel, *Derecho Internacional Privado*, Parte General, OXFORD, 10^o Edición.

Silva Silva, Jorge Alberto, *et al.*, *Derecho Internacional Privado*, Parte Especial, OXFORD, Segunda Edición.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Sobre Celebración de Tratados.

Ley Federal sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes.

Ley General sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes.

Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla.

Ley sobre los Derechos del Niño.

Ley sobre los Derechos del Niño, Niña y Adolescente.

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Protocolos de los Derechos del Niño.

Principios del Derecho Internacional.

Tesis y Jurisprudencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ensayos diversos sobre la Convención de los Derechos del Niño.

Arellano García, Carlos; “Consideraciones sobre la Significación y Alcance del TLCAN-NAFTA y actos jurídicos internacionales colaterales; XVIII Seminario de Derecho Internacional Privado y Comparado; México, 1994.

Electrónicas

Protocolos facultativos derivados de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, disponible en: http://www.unicef.org/spanish/crc/index_protocols.html , consultada el 9 de septiembre de 2015.

Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, disponible en: <http://www.inmujeres.gob.mx/inmujeres/images/stories/normateca/legislacion2014/lpdna.pdf>, consultada el 24 de agosto de 2015.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 4º, párrafo 6, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_100715.pdf.

Exposición de Motivos del Ejecutivo de la República al Senado de la República, 1 de septiembre de 2014, disponible en: http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Ley_General_Proteccion_Ninas.pdf.

Ley General sobre los Derechos de la Niña, Niños y Adolescentes, disponible en :http://www.cinu.mx/minisitio/juventud_2015/ley_general_ninasninosyadolescentes.pdf, consultada el 29 de agosto de 2015.

Amparo en Revisión 120/2002, pág. 155, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Epocas/Segunda%20sala/NOVENA/78.pdf>.

Comentarios a la Ley General de Niñas, Niños y Adolescentes, disponible en: <http://www.leyderechosinfancia.mx>, consultada el 3 de septiembre de 2015.

Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Novena época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV, abril 2007. Página 5. Leyes Generales. Interpretación del artículo 133 constitucional), disponible en: https://www.scjn.gob.mx/libreria/Decima2013Docs/XVI_ENE.pdf, <http://www.poderjudicialmichoacan.gob.mx/web/reformas/tallerNarcomenudeo/TesisLeyesGenerales.pdf>, consultado el 12 de septiembre de 2015.

La independencia del arbitraje comercial internacional y el apoyo de la judicatura. En búsqueda del punto de equilibrio

Sebastián Coulon Bauer*

SUMARIO: I. *Aclaraciones preliminares.* II. *El acuerdo arbitral, pilar fundamental del arbitraje.* III. *Validez y alcance del acuerdo arbitral.* IV. *Nombramiento de los árbitros e inhabilidades.* V. *Medidas cautelares.* VI. *Substanciación de la prueba.* VII. *Control de legalidad del laudo. Recurso de nulidad y reconocimiento y ejecución del laudo.* VIII. *Conclusiones.*

I. Aclaraciones preliminares

El presente trabajo se ha elaborado a partir del derecho positivo chileno, en especial, de la Ley 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante “LACI”). Sin embargo, como el ordenamiento jurídico chileno adoptó la ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional, las reflexiones que siguen a continuación pueden resultar igualmente válidas en todos aquellos países en que se ha recogido dicha ley modelo. El objetivo que nos hemos trazado es el de analizar la relación de cooperación y control que existe entre los tribunales ordinarios de justicia y los procedimientos sujetos a las normas de arbitraje comercial internacional con sede en Chile, identificando el debido alcance de su intervención.

* Universidad de Chile. Ayudante del Departamento de Derecho Internacional en las cátedras de Derecho Internacional Privado y Contratación Internacional. Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado.

II. El acuerdo arbitral, pilar fundamental del arbitraje

El arbitraje comercial internacional, como método de solución de controversias, se construye sobre la base de la autonomía de la voluntad, que se materializa precisamente en el acuerdo arbitral. No por nada se ha dicho que constituye la “piedra angular del arbitraje, [que] nace como una genuina manifestación de la voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir de una determinada relación jurídica, sea o no contractual”¹.

Para entender la interacción entre el arbitraje y los tribunales ordinarios de justicia es necesario comprender que un acuerdo arbitral válidamente celebrado produce tanto un efecto positivo como uno negativo. Mediante el primero se le atribuye al árbitro la jurisdicción para conocer y resolver un determinado asunto litigioso, mientras que el efecto negativo sustrae del conocimiento de los tribunales ordinarios de justicia los asuntos contenciosos cuyo objeto se encuentra en el ámbito del acuerdo arbitral.

El hecho que las partes sustraigan de los tribunales ordinarios el conocimiento de sus asuntos litigiosos, significa ni más ni menos, que no están dispuestas a que sea el sistema jurisdiccional ordinario el que decida sobre sus asuntos litigiosos. Las razones que puedan llevar a tomar esta decisión son diversas, y probablemente haya tantas como acuerdos arbitrales se celebren. Pero en general concuerdo con gran parte de los comentaristas en que la elección del arbitraje comercial internacional encuentra su razón de ser en que éste presenta varias ventajas respecto de la jurisdicción ordinaria, como por ejemplo, la celeridad², la posibilidad de acomodar las normas procedimentales a las necesidades de los litigantes y la consecuente

¹ Cremades, B, “Consolidación de la autonomía de la voluntad en España: el convenio arbitral”, p. 611. Disponible [en línea]: <http://www.cremades.com/File634523793302025811.pdf>.

² “Esta característica es propia del arbitraje en general y, por consiguiente, aplicable a todas sus modalidades. Sin embargo, en materia mercantil adquiere mayor importancia porque el comerciante debe maximizar los beneficios de los capitales que utiliza para poder multiplicar en un breve tiempo los máximos beneficios que pueda obtener en base a nuevas operaciones. Para los comerciantes, la rapidez es ganancia, pues implica que los costos procesales bajen considerablemente, toda vez que serán menores el trabajo, el esfuerzo y los honorarios a pagar”. Picand, E. *Arbitraje comercial internacional*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005 p. 215.

flexibilidad del procedimiento³, la confidencialidad⁴, la especialización y en especial, la neutralidad del foro⁵.

En definitiva, “la incertidumbre acerca de la designación de la persona del juez que habrá de juzgar el litigio, cuyo nombramiento es ajeno a la voluntad de las partes, la eventual ausencia de transparencia en la jurisdicción, la suspicacia acerca de sus cualidades profesionales para resolver la controversia, la imprecisión acerca de la duración del procedimiento, sometida a demoras y maniobras dilatorias, a incidentes, a recursos, a formalismos entorpecedores, o la imposibilidad de cálculo de costos en esas

³ “Cualquiera sea el tipo de arbitraje al cual las partes se sometan, éstas tendrán siempre la facultad de elegir la ley aplicable a las distintas actuaciones procesales a través de las cuales se materializará el proceso arbitral, lo cual hace que el juicio arbitral será muy flexible. Ahora bien, la forma de ejercer este derecho será aceptando el reglamento de la institución arbitral respectiva, si el arbitraje es administrado; o bien acordando las partes de común acuerdo todas y cada una de las normas procedimentales aplicables, si se tratare de un arbitraje libre”. *Ibid.*, p. 214.

⁴ En palabras de la profesora Feldstein de Cárdenas la confidencialidad es beneficiosa para los negocios internacionales, advirtiendo sin embargo, que ello no significa que “cuando de arbitraje hablamos, [estemos] ante una justicia privada, encerrada entre muros, reservada a los elegidos. La confidencialidad, implica que las partes en ciertas ocasiones, si lo desean, pueden inclinarse como cuando las desavenencias se presentan en el área de la tecnología, de la propiedad intelectual, por resultarles no solamente interesante sino hasta justificado, intentar mediante la recurrencia al arbitraje, proteger los secretos, las fórmulas, los inventos, los diseños industriales, en suma ciertos conocimientos tecnológicos que pueden percibir como más vulnerables en otros ámbitos. Si las partes lo desean, en esta como en otras áreas delicadas, el arbitraje comercial internacional, por sus especiales características se encuentra en óptimas condiciones de ofrecerles un ambiente de confidencialidad deseable, de plena seguridad, desempeñando el importante rol que tiene reservado en el elenco de los métodos más aptos para resolver las disputas”. Feldstein, S, “Los beneficios del arbitraje comercial internacional”, pp. 3-4. Disponible [en línea] en http://www.camsantiago.cl/articulos_online/internacional.html. Última visita, 30 de septiembre 2015 a las 12:10 hrs.

⁵ La neutralidad del foro es quizás una de las características más importantes del arbitraje comercial internacional pues “en la mayoría de los casos, las partes de un contrato comercial internacional provienen de distintos países. El <tribunal local> de una de ellas resultará ser un tribunal extranjero para la otra. Este tribunal será <extranjero> en el sentido que además de contar con sus propios procedimientos, que pueden o no resultar adecuados para juzgar una controversia internacional, también tendrá su propio idioma, que puede o no coincidir con el del contrato, y sus propios jueces y abogados. Quien ha celebrado un contrato internacional que no incluye un acuerdo de arbitraje probablemente descubra que, en el caso de surgir una controversia, estará obligado a iniciar acciones ante un tribunal extranjero, contratar abogados que no son los que están acostumbrados a manejar sus negocios, y abocarse a la engorrosa y costosa tarea de traducir el contrato, la correspondencia intercambiada entre las

circunstancias, son, todos, inconvenientes de las jurisdicción que inclinan la elección a favor del arbitraje”⁶.

Otros han llegado a señalar incluso que “más que una preferencia por una jurisdicción estatal, más que un rechazo de la justicia de los tribunales judiciales, el arbitraje constituye hoy en día la única jurisdicción viable para solventar los litigios que derivan del comercio internacional”⁷.

Sin embargo, por mucho que las partes sustraigan del conocimiento de la jurisdicción ordinaria sus asuntos litigiosos, hay ciertos aspectos que quedan reservados en forma exclusiva al aparato estatal. Así, por ejemplo, el árbitro no puede aplicar medidas coercitivas en contra de terceros, pues carece del imperio necesario para poner en marcha la fuerza pública. Además, existen diligencias procesales en las que la cooperación de los tribunales ordinarios resulta fundamental para una correcta substanciación del arbitraje, y, finalmente, y no por ello menos importante, la autonomía del arbitraje no puede llegar al extremo de abrir ventanas al abuso y arbitrariedades, por lo que siempre deberá existir un control de legalidad de parte de la justicia ordinaria.

En consecuencia, y aun cuando uno pueda creer deseable que el arbitraje comercial internacional se desarrolle en un espacio de absoluta independencia o autonomía, lo cierto es que no podría existir una institución arbitral eficiente, funcional y justa, sin el apoyo y cooperación de los tribunales ordinarios de justicia. La colaboración de la judicatura se manifiesta durante todo el procedimiento, desde la designación misma de los árbitros hasta la ejecución del laudo.

partes y otros documentos pertinentes al idioma de dicho tribunal. Por el contrario, la remisión a arbitraje significa que la controversia probablemente será resuelta en una jurisdicción (o lugar de arbitraje) neutral en lugar del territorio de una u otra de las partes. Se trata de una cuestión que reviste fundamental importancia en el contexto de las controversias comerciales internacionales (...). Redfern, A., Hunter, M. *et al*, *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4ª edición, Navarra, Editorial Aranzadi, 2006, p. 85. A estas razones hay que sumarle la natural suspicacia que puede despertar el hecho de litigar en tribunales del Estado de la contraparte, en el sentido de que éstos puedan favorecer a la empresa local. Lo anterior es especialmente cierto cuando se trata de empresas estatales.

⁶ Fernández, J.C., Arenas, R. y De Miguel, P.A., *Derecho de los negocios internacionales*, 3ª ed., Madrid, Iustel, 2011, p. 631.

⁷ Chillón, J. M. y Merino, J. F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid. Editorial Civitas S.A., 1991, p. 392; citado por Picand, E., *Arbitraje comercial internacional*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 215.

La Ley 19971 sobre Arbitraje Comercial Internacional es bastante clara en delimitar la intervención de los tribunales ordinarios de justicia al señalar en su artículo quinto que “en los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga”. Sin embargo, de un análisis detallado de las normas en las que la ley contempla expresamente la intervención de la judicatura así como de otras instituciones, particularismos y la práctica arbitral misma, se desprende que la *delgada línea roja* entre una correcta cooperación y control, e intervencionismo, resulta más difusa de lo que una primera lectura de la ley pudiese sugerir.

Como ya señalé anteriormente, el presente trabajo pretende reflexionar acerca del debido alcance de la intervención judicial en el arbitraje, analizando para ello la doctrina especializada en la materia así como la jurisprudencia chilena.

III. Validez y alcance del acuerdo arbitral

El concepto de acuerdo arbitral se encuentra definido tanto en la LACI como en la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante “CNY”), suscrita, ratificada y vigente en Chile. Estos textos normativos señalan que el acuerdo arbitral “es un acuerdo por el que las partes deciden someter a 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”⁸.

Como todo acto jurídico que crea obligaciones, el acuerdo arbitral debe cumplir con requisitos de fondo y de forma. Los primeros corresponden a los comunes a todo contrato y siguen las normas generales al respecto.

En cuanto a los requisitos de forma del acuerdo arbitral, la LACI y la CNY disponen en términos semejantes que “el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio

⁸ Artículo 7 (1) de la LACI.

de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”⁹.

Un acuerdo arbitral válido resulta vinculante para las partes e implica necesariamente la incompetencia de los tribunales ordinarios para conocer y resolver aquellos asuntos que las partes sometieron a arbitraje. Los tribunales no solo se encuentran impedidos de conocer dichos litigios, sino que tienen además, la obligación de remitir a las partes al arbitraje cuando se ha presentado ante ellos una demanda sobre un asunto que queda dentro del ámbito de un acuerdo arbitral y siempre que una de las partes la invoque en su primera presentación respecto del fondo del asunto. La obligación de remitir a las partes al arbitraje está contemplada en el artículo 8 de la LACI que señala que “el tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio (...)”.

Sin embargo, el mismo artículo admite una excepción a esta obligación para el caso en que el tribunal “compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible”. En consecuencia, los tribunales ordinarios están facultados para controlar la validez de la cláusula arbitral *a priori*, o dicho de otra forma, antes de constituirse el tribunal arbitral. Sin embargo, dicha facultad debe interpretarse de manera restrictiva por las razones que señalaré a continuación.

Las objeciones a la competencia del tribunal arbitral deben plantearse ante el mismo tribunal arbitral y ser resueltas por éste, en virtud del principio Kompetenz-Kompetenz¹⁰, que goza de general aceptación en el ámbito del

⁹ Artículo 7 (2) de la LACI.

¹⁰ El principio Kompetenz-Kompetenz se encuentra en el artículo 16 inciso primero de la LACI, que señala: “El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

arbitraje comercial internacional¹¹. Este principio, que se ha considerado como una de las “herramientas que garantizan un operar independiente del arbitraje comercial internacional”¹², parte de la premisa que “no hay lugar a sospecha *a priori* sobre los árbitros de que éstos no puedan estar a nivel o con la debida mesura para arribar por ellos mismos a una decisión a la vez equitativa y protectoras de los intereses de la sociedad”¹³, e implica que los árbitros son competentes para decidir acerca de su propia competencia, incluso, sobre la existencia y validez de la cláusula arbitral¹⁴. La importancia de este principio radica en que “si fuese suficiente que una parte discutiera la validez o el alcance de una cláusula de arbitraje para inhibir a los árbitros en espera de que una jurisdicción estatal comprobase la existencia de su poder, pasarían años antes de que la jurisdicción arbitral pudiese pronunciarse sobre el fondo”¹⁵.

En este sentido, los tribunales ordinarios chilenos han actuado, en general, de manera respetuosa hacia el arbitraje comercial internacional reconociendo el principio Kompetenz-Kompetenz y remitiendo a las partes al arbitraje cuando se han planteado ante ellos, litigios cuyo objeto queda comprendido dentro del alcance de un determinado acuerdo arbitral¹⁶.

¹¹ En este sentido la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional ha señalado que “no habiéndose discutido la existencia material de la cláusula que establece el arbitraje de la CCI, incumbe al árbitro en virtud de las disposiciones del art. 13.3.º del Reglamento de la CCI, proveer sobre su propia competencia y que es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, el que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia”. Fernández, J.C. *et al. Derecho de los negocios internacionales, op.cit.*, pp.658.

¹² Mereminskaya, E. *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 73.

¹³ Fernández, J.C., *et al.*, *op. cit.*, pp. 657-658.

¹⁴ *Ibid.*, p. 657.

¹⁵ *Ibid.*, p. 658.

¹⁶ A modo de ejemplo, Felipe Ossa y Rosana Zamora citan un fallo de la I. Corte de Apelaciones de Concepción que en el caso Badilla con Sociedad Inmobiliaria Puerto Sur S.A. Rol N° 431-2012 resolvió con fecha 24 de mayo de 2012 que “en la especie no cabe aplicar, necesariamente, el principio conocido en doctrina como <Kompetenz Kompetenz> o <competencia competencia>, principio que implica que debe ser el propio árbitro quien debe resolver los conflictos derivados del convenio arbitral, incluida la posible alegación de nulidad del contrato del cual puede formar parte el pacto arbitral y aun de este último, lo que se resume en la idea de que el árbitro tiene competencia para revisar su propia. Este principio es reconocido indirectamente en nuestra legislación”. Ossa, F. y Zamora, R. *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters, 2014, pp. 41-42.

Sin embargo, la aplicación de este principio no es indiscutida, especialmente en el arbitraje doméstico¹⁷.

Dentro del ámbito del arbitraje comercial internacional encontramos un fallo en el que los tribunales rechazaron una excepción de incompetencia planteada ante la justicia ordinaria civil, y sustentada en la existencia de una cláusula arbitral. En este caso, la parte demandante reclamó indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato y, al mismo tiempo, la nulidad de la cláusula arbitral. Por su parte, la demandada opuso la excepción de incompetencia del tribunal ordinario chileno por cuanto el contrato contenía una cláusula arbitral que remitía el litigio a un arbitraje con sede en París, Francia. Después del fallo de primera instancia que estimó de manera parcial la excepción de incompetencia, la I. Corte de Apelaciones de Santiago, revocando el fallo del tribunal *a quo*, la rechazó íntegramente y declaró competente al tribunal ordinario para conocer y resolver la nulidad de la cláusula arbitral e incluso para decidir sobre la acción de indemnización de perjuicios. Para fundamentar su decisión, la Corte invocó razones de tutela judicial efectiva y estableció una interpretación restrictiva del convenio arbitral¹⁸.

¹⁷ En efecto, la misma I. Corte de Apelaciones de Concepción, en el fallo señalado en el número anterior, citando a la profesora María Fernanda Vásquez, reconoce que “la doctrina y jurisprudencia no han sido unívocas al determinar su aplicación, ya que, aun cuando resulta ser una consecuencia de un principio que si está reconocido, como es la autonomía del convenio, la recepción de aquel no ha logrado tener la misma acogida. Así, normalmente se permite que el árbitro pueda pronunciarse sobre la existencia o nulidad del contrato en que se inserta materialmente el pacto arbitral, pero no cuando lo que se discute es la existencia o nulidad del acuerdo arbitral mismo, pues en tal caso se entiende que se estaría cuestionando la raíz de su competencia. Debido a lo anterior, se podría señalar que en el estudio arbitral doméstico se reconoce este principio a medias, es decir, el árbitro tiene competencia para conocer y pronunciarse sobre la validez del contrato del que forma parte la cláusula arbitral, mas no cuando lo afectado es el propio pacto que le confiere la competencia, porque se estima que si se pone en tela de juicio aquella, el árbitro podría resolver un asunto sin tenerla, lo que equivale a asumir un círculo tautológico sin salida”.

¹⁸ Sentencia de la I. Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 10 de mayo de 2011 en causa Fastpack S.A. con Bureau Veritas Chile S.A. Rol Ingreso Corte N° 2592-2010. En el considerando duodécimo establece la interpretación restrictiva de la cláusula arbitral resolviendo que “la estipulación contractual en base a la cual la demandada se ha excepcionado, no puede ser interpretada de manera extensiva, en los términos que ella lo pretende, por ser el arbitraje en nuestro orden jurídico un sistema de resolución de controversias excepcional”. Además, en sus considerandos octavo y décimo, la Corte adoptó una postura localista que

A mi juicio, esta decisión de la Corte de Apelaciones traspasa el límite del control judicial de validez de la cláusula arbitral que pueden realizar los tribunales ordinarios *a priori* y constituye un ejemplo de intervencionismo en el arbitraje, y, con ello, una limitación a la autonomía de la voluntad de las partes.

En este sentido nos sumamos a quienes le reconocen al principio Kompetenz-Kompetenz un efecto negativo¹⁹ en virtud del cual “la revisión del tribunal ordinario respecto de la nulidad, ineficacia o inejecutabilidad del acuerdo de arbitraje debe ser de carácter *prima facie*; de manera que si estos vicios no son evidentes, el tribunal ordinario deberá remitir el conflicto a arbitraje para que el tribunal arbitral decida la materia”²⁰.

Cuestión muy distinta es el control de legalidad del laudo que debe hacer la justicia ordinaria *a posteriori* respecto de la decisión del árbitro sobre su propia competencia. Esta revisión puede darse en torno a un laudo interlocutorio si el árbitro decide resolver la incompetencia como una cuestión previa, o bien, en relación con el laudo definitivo. En el primer caso, si el tribunal arbitral se declara competente, “cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable”²¹.

“Octavo: tratándose entonces de dos empresas constituidas en Chile –al amparo de la legislación nacional-, que celebraron un contrato en el país, que en parte hubo de ejecutarse en el extranjero, parece legítimo que una de ellas haya optado por requerir la nulidad de las cláusulas de la convención –que estima viciadas- ante la jurisdicción ordinaria nacional; (...) Décimo: Que llama la atención que dos empresas nacionales, regidas por la ley chilena, que celebran un contrato en el país, que en parte se cumple en Chile y en parte en China, acuerden sustraer de la jurisdicción nacional –arbitral u ordinaria- la solución de sus controversias y, por el contrario,, convengan, que las mismas deberán ser resueltas conforme a la ley francesa, esto es, de acuerdo a la legislación de un tercer país ajeno totalmente al contrato y por un árbitro que, a falta de acuerdo entre las partes se nombrará por un tribunal francés, y que llevará adelante su arbitraje en París”.

¹⁹ Ossa, F. y Zamora, R., *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, op. cit., pp. 45-46.

²⁰ “El principio Kompetenz-Kompetenz, al igual que la propia cláusula de arbitraje, tiene un efecto positivo y uno negativo. Así, los árbitros pueden pronunciarse acerca de su propia competencia e incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje; en tanto los tribunales ordinarios deben abstenerse de decidir sobre dicha competencia antes que el tribunal arbitral se pronuncie sobre la materia (sin perjuicio de un control posterior)”. *Ibid.*, p. 43.

²¹ Artículo 16 (3) de la LACI.

Si el tribunal arbitral resuelve la incompetencia en la sentencia definitiva, la revisión judicial de la competencia se hará a través del recurso de nulidad ante la respectiva Corte de Apelaciones.

En cualquiera de los dos casos, el control judicial que practicará el Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones o la respectiva Corte de Apelaciones, según corresponda, implica una revisión exhaustiva de la validez, eficacia y ejecutabilidad del acuerdo arbitral.

IV. Nombramiento de los árbitros e inhabilidades

Los tribunales ordinarios de justicia desempeñan en la constitución del tribunal arbitral una importante función auxiliadora, así como una de control cuando se trata de determinar las inhabilidades de algún miembro del panel arbitral.

La Ley 19971 otorga a las partes la facultad de elegir libremente el procedimiento mediante el cual se designará a él o a los árbitros llamados a resolver sus controversias²². Si no existe acuerdo entre las partes al respecto, habrá que distinguir si el arbitraje se sigue ante un panel colegiado de 3 árbitros, o bien, ante un árbitro único. “En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje”²³. En el arbitraje con árbitro único en cambio, “si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje”²⁴.

En consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico es el presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde deba seguirse el arbitraje quien está llamado a auxiliar a las partes a constituir el tribunal arbitral cuando éstas,

resulta, a mi juicio, contrario al espíritu de la contratación internacional. En efecto señala

²² Artículo 11 (2) de la LACI.

²³ Artículo 11 (3) a. de la LACI.

²⁴ Artículo 11 (3) b. de la LACI.

por cualquier razón, no han podido hacerlo.

Por su parte la LACI regula expresamente las causales de recusación y el procedimiento en virtud del cual las partes están facultadas para alegar alguna inhabilidad que pueda afectarle a uno o más árbitros. En este sentido hay que señalar en primer lugar, que como es lógico, una parte solo puede recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación²⁵.

En cuanto al procedimiento, la LACI reconoce la autonomía de la voluntad de las partes, confiriéndoles la facultad de acordarlo libremente cuando exista alguna circunstancia que afecte la independencia o imparcialidad²⁶ de uno o más árbitros. En este aspecto adquieren relevancia los reglamentos de las instituciones arbitrales a los cuales las partes pueden someter la substanciación del procedimiento, y, que, generalmente regulan el procedimiento de recusación de los árbitros. Podemos citar, como

²⁵ En este sentido el profesor Picand advierte que “teniendo en consideración que los presupuestos de legitimación, como le llama la doctrina procesal española, tienen su origen en el nombramiento que las mismas partes hacen de los árbitros en atención a los intereses de idoneidad que éstos cumplen, no cabría cuestionar, en principio, la elección que éstos han realizado. Sin embargo, puede ocurrir que durante el proceso arbitral sobrevengan circunstancias no previstas por las partes al momento de efectuar la elección de los árbitros, que atentan contra la neutralidad, independencia e imparcialidad con que deben actuar los miembros del tribunal arbitral. Entonces, en estos casos, desaparece el principal elemento moral en que se sostiene la relación procesal: la confianza que debe existir entre las partes y el tribunal arbitral. Cuando se pierde esa confianza, es entendible que las partes no quieran continuar con los árbitros que ellas mismas han elegido para resolver su controversia, lo cual deberán manifestar invocando alguna de las causales de recusación que ellas mismas hayan acordado o que estén contempladas en los reglamentos de las instituciones arbitrales a las cuales se han sujetado”. Picand, E. *Arbitraje comercial internacional*, tomo II, *op. cit.*, p. 40.

²⁶ Se entiende por independencia “un criterio objetivo que se refiere al vínculo que puede existir entre un árbitro y las partes o el asunto objeto de la controversia. Se calificará de independiente a un árbitro que carezca de vínculos <próximos, sustanciales, recientes y probados>. Claro que el quid reside precisamente en definir qué tan próximos, sustanciales y recientes tienen que ser dichos vínculos para que un árbitro sea considerado como carente de independencia”, mientras que la imparcialidad hace referencia a un “criterio subjetivo y difícil de verificar que alude al estado mental de un árbitro. Pretende describir la ausencia de preferencia, o riesgo de preferencia, a una de las partes en el arbitraje o el asunto en particular”. González De Cossío, F., *Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros*, p. 460. Disponible [en línea] en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/32/pr/pr26.pdf>. Última visita 3 de octubre a las 10:26 hrs.

ejemplo, el artículo 13 del Reglamento de Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago²⁷ (en adelante “CAM”), o el artículo 14 del reglamento del Centro Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (2012)²⁸.

Si no existe acuerdo en cuanto al procedimiento sobre la recusación del árbitro, será éste quien decida acerca de su propia inhabilidad, siempre que el árbitro recusado no renuncie a su cometido o que la parte que no ha planteado la recusación, la acepte²⁹.

Solo para el caso en que la recusación no prospere según el procedimiento acordado por las partes, o bien, en los términos señalados en el párrafo anterior, se autoriza a la recusante a acudir ante el Presidente de la Corte de Apelaciones respectiva para que decida sobre la procedencia de la recusación. Es decir, en este sentido, el recurso ante el presidente de la

²⁷ Artículo 13 Reglamento CAM: Procedimiento de Recusación: 1. La parte que intente recusar a un árbitro deberá, dentro de los 15 días siguientes a aquél en que tuvo conocimiento de su nombramiento o de las circunstancias mencionadas en el artículo 12 anterior, enviar una comunicación escrita al CAM Santiago en la cual exponga los motivos que dan origen a su recusación. 2. Recibida la solicitud de recusación, el CAM Santiago la notificará a la o a las partes contrarias y a los miembros del tribunal arbitral. 3. En caso que la o las partes contrarias manifiesten su consentimiento sobre la recusación presentada por una parte, el árbitro recusado deberá renunciar. Asimismo, a falta de acuerdo entre las partes sobre la recusación, el árbitro recusado podrá renunciar de oficio. La renuncia del árbitro a ejecutar su cargo, no implicará aceptación de los motivos de la recusación. 4. A menos que el árbitro recusado renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al CAM Santiago decidir sin expresión de causa sobre ésta.

²⁸ Artículo 14 Reglamento CCI (2012). Recusación de árbitros: 1. La solicitud de recusación de un árbitro, fundada en una alegación de falta de imparcialidad o independencia o en cualquier otro motivo, deberá presentarse ante la Secretaría mediante un escrito en donde se precisen los hechos y las circunstancias en que se funda dicha solicitud. 2. Para que sea admisible, la solicitud de recusación deberá ser presentada por la parte interesada dentro de los 30 días siguientes a la recepción por ésta de la notificación del nombramiento o confirmación del árbitro, o dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que dicha parte fue informada de los hechos y las circunstancias en que funda su solicitud, si dicha fecha es posterior a la recepción de la mencionada notificación. 3. La Corte debe pronunciarse sobre la admisibilidad y, al mismo tiempo y si hubiere lugar a ello, sobre el fondo de la solicitud de recusación, después que la Secretaría haya otorgado al árbitro en cuestión, la(s) otra(s) parte(s) y, si es el caso, a los demás miembros del tribunal arbitral la oportunidad de presentar sus comentarios por escrito dentro de un plazo adecuado. Dichos comentarios deberán ser comunicados a las partes y a los árbitros.

²⁹ Artículo 13 (2) de la LACI.

Corte de Apelaciones juega un rol de control respecto de lo acordado por las partes o lo resuelto por el árbitro, pero en ningún caso se constituye como un órgano competente para decidir *a priori* sobre la habilidad del árbitro designado.

La jurisprudencia chilena, en un caso reciente, ha reconocido la autonomía de la voluntad de las partes para acordar libremente los procedimientos arbitrales, y en particular, la validez de someter los aspectos procesales de la recusación al Reglamento del CAM. Si bien se trata de un arbitraje doméstico (que en Chile tiene regulación autónoma), el fallo resulta relevante en cuanto las normas sobre arbitraje interno no recogen expresamente la posibilidad de acordar el procedimiento aplicable a la recusación.

El mencionado fallo resolvió un incidente de incompetencia planteado ante el 24° Juzgado Civil de Santiago, en cual se había presentado una recusación en contra de un juez árbitro nombrado por el CAM. La parte recusante argumentó que el juez árbitro habría emitido un dictamen previo sobre la cuestión pendiente en el arbitraje respectivo, al resolver sobre cuestiones de competencia en otro arbitraje seguido ante el mismo juez árbitro, cuya causa era análoga, pero en el que el demandante era una sociedad diferente³⁰.

Por su parte, la defensa del juez árbitro planteó que el tribunal ordinario resultaba incompetente para conocer de la recusación, pues las partes habían pactado que el arbitraje se substanciaría en virtud del reglamento del CAM, el cual establece que las recusaciones deben plantearse y resolverse ante el Consejo del CAM.

El tribunal, en la parte pertinente señaló que “en este orden de ideas,

³⁰ Para entender mejor los hechos del caso es necesario aclarar que la parte recusante es una empresa de distribución eléctrica, la que en virtud de una modificación administrativa a las tarifas de distribución se vio envuelta en 11 arbitrajes CAM, en los que las distintas empresas generadoras demandaron incumplimiento de contrato. La controversia giraba en torno a si la empresa distribuidora debía respetar las tarifas contractuales acordadas con las generadoras, o bien, aplicar la resolución administrativa que modificaba dichas tarifas. El árbitro recusado fue nombrado por el CAM en 2 de estos 11 arbitrajes. Según la recusante, el conflicto debía resolverse en sede administrativa y no mediante arbitraje, por lo que presentó una excepción de incompetencia ante el juez árbitro, quien, al resolver sobre esta excepción habría emitido según la recusante un dictamen sobre cuestiones de fondo que estaban pendientes en el otro arbitraje, que versaba sobre hechos análogos pero cuyo demandante era una empresa generadora diferente.

de un análisis de los antecedentes que obran en autos y de la normativa citada, se colige que la misma, contenida especialmente en el artículo trece del Reglamento Procesal de Arbitraje de la CAM, otorga la posibilidad de recusar a uno o más árbitros, dentro del plazo señalado en el artículo antes citado, ante el Consejo del CAM (...)»³¹.

Si bien el tribunal ordinario finalmente se declaró competente para conocer de la recusación, reconoció expresamente la procedencia de la remisión al reglamento del CAM, indicando que no obstante la remisión al reglamento es válida existe una laguna en dicho reglamento para casos de recusación por causas sobrevinientes, por lo que no quedaba otra alternativa que aplicar las reglas generales y rechazar la excepción de incompetencia plantada³².

En definitiva, celebramos este reconocimiento a la autonomía de la voluntad y creemos que si los tribunales ordinarios adoptan esta postura en un arbitraje interno, con mayor razón lo harán en un caso sobre arbitraje comercial internacional por cuanto existen normas expresas al respecto en la LACI.

³¹ Sentencia de fecha 26 de mayo de 2015 en el caso CGE Distribución con Orrego. Causa Rol: C-8407-2015 seguida ante el 24° Juzgado Civil de Santiago.

³² El razonamiento del tribunal para rechazar la excepción de incompetencia se plasmó en los siguientes considerandos de la sentencia singularizada en la cita anterior: “3°.- Que para resolver la presente alegación de incompetencia, se ha de tener en especial consideración, lo dispuesto en el artículo 13 del Reglamento Procesal de Arbitraje, (vigente a partir del día 1 de diciembre de 2012), de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.(CAM), el que dispone: “Artículo 13°.- Inhabilitaciones al nombramiento y recusaciones sobrevinientes. Dentro de los seis días siguientes a la notificación de la comunicación señalada en el inciso final del artículo 11°, las partes podrán pedir la inhabilitación de uno o más miembros del Tribunal Arbitral por razones fundadas. En el caso de un Tribunal Arbitral compuesto por tres Árbitros, una parte podrá solicitar la inhabilitación del Árbitro nombrado por la otra, en los términos señalados en el inciso anterior. La petición de inhabilitación será conocida por el Consejo del CAM Santiago el cual, antes de resolver, dará traslado de la presentación a la o a las contrapartes y al Árbitro designado, si lo estimare necesario. Si todas las partes se allanan a acoger la inhabilitación, ésta será declarada sin más por el Consejo. En caso contrario, el Consejo resolverá el incidente, sin expresión de causa y en contra de su determinación no cabrá reclamo ni recurso alguno. De ser acogida la solicitud de inhabilitación del Árbitro, se aplicará el procedimiento previsto en el artículo 11° para designar al nuevo Tribunal Arbitral. La recusación sobreviniente después de haberse constituido el nuevo Tribunal Arbitral, se someterá a los procedimientos establecidos en la ley. Las partes podrán solicitar la inhabilitación del o de los Árbitros designados directamente por ellas, solamente por causas legales de implicancia o recusación

V. Medidas cautelares

Las medidas cautelares son, sin duda alguna, una de las cuestiones de mayor relevancia en cualquier litigio. Como señala el profesor Fernández Rozas, “la justicia cautelar desempeña un cometido prominente en cualquier procedimiento de arreglo de controversias por su doble cometido: proteger la situación de las partes en espera de la solución del litigio existente entre ellas y asegurar la ejecutabilidad de la decisión final. Su esencia estriba en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme no suponga la pérdida de la finalidad del proceso”³³.

La LACI, a diferencia de lo que hace la ley modelo revisada en 2006, no regula específicamente el concepto ni el alcance de las medidas cautelares, sino que regula algunos aspectos de éstas en sus artículos 9 y 17. El primero señala que “no será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas”, mientras que el segundo ordena

establecidas en la ley”. 4º.- Que en este orden de ideas, de un análisis de los antecedentes que obran en autos y de la normativa citada, se colige que la misma, contenida especialmente en el artículo trece del Reglamento Procesal de Arbitraje de la CAM, otorga la posibilidad de recusar a uno o más árbitros, dentro del plazo señalado en el artículo antes citado, ante el Consejo del CAM, no comprendiendo dicha reglamentación los casos de recusación por causa sobreviniente, esto es, aquella que se suscita una vez constituido el Tribunal Arbitral, puesto que si bien se establece la posibilidad de recurrir “...a los procedimientos establecidos en la ley”, ello se plantea frente al hecho de haberse constituido un nuevo tribunal arbitral, por el Consejo del CAM, en el caso expresamente previsto en el artículo 13, antes señalado. Que así las cosas, existiendo una laguna respecto de la situación planteada en autos, esto es, que se alegue la recusación por causa sobreviniente, de un árbitro designado por el CAM, fuera de los plazos establecidos en el Reglamento de dicho organismo, es que cabe señalar que, ante el silencio de quienes redactaron las tantas veces citadas normas del CAM, no cabe más que aplicar los principios generales de derecho, en el sentido de entender que, al caso particular, le es aplicable el procedimiento general, establecido por la Ley, teniendo plena competencia la justicia ordinaria para pronunciarse acerca de la presente recusación, y teniendo en cuenta las reglas generales establecidas en los artículos 134 y siguientes, del Código Orgánico de Tribunales, y lo dispuesto en el Reglamento Procesal de Arbitraje, del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G.(CAM), no procede más que rechazar la excepción deducida”.

³³ Fernández, J.C., *et al.*, *Derecho de los negocios internacionales*, *op. cit.*, p. 680.

que “salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas”.

En otras palabras, la LACI faculta al tribunal arbitral a conceder y aplicar medidas cautelares pero no limita la competencia de los tribunales ordinarios para ordenarlas, lo cual resulta crucial “en aquellos casos en que el tribunal arbitral no puede responder eficazmente a la necesidad de una parte de que se decreten medidas cautelares provisionales. Esto ocurre, por ejemplo, cuando se necesita de una medida cautelar provisional con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral o cuando se requiere que la medida provisional sea concedida en relación con un tercero, respecto del cual el tribunal no tiene jurisdicción”³⁴.

Sin embargo, para que la protección cautelar sea eficiente, resulta necesario asegurar una sana convivencia entre ambas jurisdicciones, pues de lo contrario podría suceder que la “acción simultánea e irrestricta de los tribunales ordinarios y arbitrales podría provocar que ambos se obstaculicen mutuamente, llevando a resultados contradictorios o –paradójicamente– dejando a la parte solicitante en la indefensión”³⁵.

En este sentido, frente a la postura de la “jurisdicción concurrente”³⁶ se han alzado voces que postulan el principio de subsidiariedad, en virtud del cual, en principio, la jurisdicción cautelar es facultad exclusiva de los árbitros y los tribunales ordinarios solo pueden intervenir en caso que los primeros se vean en la imposibilidad de ejercer eficazmente dicha jurisdicción³⁷.

³⁴ *Ibid.* pp. 63-64.

³⁵ Ossa, F., *La jurisdicción cautelar en el arbitraje comercial internacional. Estudios de arbitraje. En homenaje a Patricio Aylwin Azócar*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 868.

³⁶ Señala el profesor Ossa, que “la postura más moderna, que suscriben autores tan reconocidos como Fouchard, Gaillard y Goldman, es el llamado “principio de jurisdicción concurrente”: tribunales arbitrales y ordinarios gozan de amplias facultades para conceder providencias cautelares. Éste es el criterio que sigue la legislación alemana, que deja a voluntad del solicitante la decisión de ocurrir ante el tribunal arbitral o el tribunal ordinario, sin restricciones. La ley alemana dispone expresamente que los tribunales ordinarios pueden conceder medidas cautelares, despejando así la vaguedad propia de la Ley Modelo sobre el punto. Más aún, se establece que las partes no pueden renunciar de común acuerdo al derecho de impetrar medidas conservativas. *Ibidem*, p. 867.

³⁷ *Idem*.

En la jurisprudencia chilena ha habido más de un fallo relacionado con solicitudes de medidas cautelares vinculadas con arbitrajes internacionales, tanto por parte de árbitros y tribunales ordinarios accediendo a dichas diligencias como de la Corte Suprema refiriéndose al posible reconocimiento y ejecución de precautorias dictadas por un árbitro internacional en el extranjero.

Así, podemos citar por ejemplo, el caso CAM N° 1136-2009 en el que el árbitro accedió a la solicitud de una de las partes respecto de una medida cautelar “consistente en que se ordenara a la demandada abstenerse de llevar adelante cualquier procedimiento judicial en contra de la demandante como no fuere el arbitraje iniciado por ésta en Chile, en especial, poner término a un procedimiento iniciado en la República Dominicana, petición a la cual el Tribunal Arbitral dio lugar haciendo uso de la potestad que le confiere el Artículo 17 de la Ley 19.971”³⁸.

Otro fallo que resulta importante destacar es la sentencia de la Corte Suprema dictada en un procedimiento de exequátur a través del cual se buscó reconocer y ejecutar una medida precautoria otorgada por un panel arbitral constituido en la ciudad de Dallas, Texas, EEUU. En el fallo, se denegó dicho reconocimiento en razón de que en Chile, el exequátur solo procede respecto de laudos definitivos³⁹. Esta postura no responde a las exigencias de colaboración con la institución arbitral ni mucho menos a las necesidades de

³⁸ Sentencia de fecha 22 de diciembre de 2009 en causa CAM N° 1136-2009. En este caso, la controversia giraba en torno a un contrato de distribución que vinculaba a las partes, y en el que la demandante alegó incumplimientos contractuales de la demandada (pago de facturas y promoción, comercialización y venta de productos). La demandante formula como peticiones que el Tribunal Arbitral declare que goza de jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer de los conflictos relativos al contrato; que, en razón de lo anterior, la demandada debe poner término al proceso invocado en República Dominicana y a cualesquiera otras acciones legales iniciadas en contra de la demandante.

³⁹ La Corte Suprema indicó en sus razonamientos que “Quinto: (...) de lo analizado aparece evidente que la materia del exequátur no es una sentencia interlocutoria que establezca derechos permanentes, desde que el propio tribunal que la dictó, le dio el carácter de preliminar y porque en definitiva, las medidas precautorias son esencialmente provisionales; Sexto: Que, a mayor abundamiento, puede argüirse que su concreción y mantenimiento en el tiempo llevaría a decidir desde ya, acerca de las principales peticiones planteadas en la demanda; Séptimo: Que no reuniéndose los requisitos propios de una sentencia definitiva o de una interlocutoria, de las referidas en el motivo quinto de este fallo, cabe rechazar la solicitud de otorgar exequátur solicitado a fojas 135”.

ésta ni las de sus operadores. Más bien constituye un obstáculo que impide ejercer de manera plena los derechos de quienes litigan más allá de nuestras fronteras y hace que la ejecución de un eventual laudo definitivo favorable sea prácticamente ilusoria. En consecuencia, parece necesario modificar la Ley 19971 actualizándola en base a la ley modelo revisada en el año 2006.

En la última versión de la ley modelo, se incorporó un detallado marco regulatorio de las medidas cautelares⁴⁰, que incluye por cierto, el reconocimiento y ejecución de precautorias concedidas en un arbitraje internacional, y que resulta aplicable con independencia de cuál sea la sede del arbitraje. En efecto, la letra 17 H) señala que: “1) Toda medida cautelar ordenada por un tribunal arbitral se reconocerá como vinculante y, salvo que el tribunal arbitral disponga otra cosa, será ejecutada al ser solicitada tal ejecución ante el tribunal competente, cualquiera que sea el Estado en donde haya sido ordenada, y a reserva de lo dispuesto en el artículo 17 I [causales para denegar el reconocimiento y ejecución]”.

Finalmente, resulta importante destacar que por regla general, los tribunales ordinarios han colaborado con los procedimientos arbitrales, concediendo medidas cautelares con el objeto de asegurar el resultado de un juicio arbitral internacional, incluso sin previa notificación del demandado⁴¹. Como ejemplo podemos citar el caso *Blue Water Maritime con Astilleros*⁴², en el cual un tribunal civil de primera instancia concedió la medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos sobre una nave, fundamentando su decisión en el artículo 9 de la LACI⁴³.

⁴⁰ El nuevo artículo 17 de la ley modelo UNCITRAL consta de 10 numerales e incluye, entre muchos otros aspectos de las medidas cautelares, una definición de éstas, señalando que “por medida cautelar se entenderá toda medida temporal, otorgada en forma o no de laudo, por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo por el que se dirima definitivamente la controversia, el tribunal arbitral ordene a una de las partes que: a) mantenga o restablezca el status quo en espera de que se dirima la controversia; b) adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral; c) proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o d) preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia”.

⁴¹ Ossa, F. y Zamora, R. *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, op. cit., p. 67.

⁴² Sentencia de fecha 24 de agosto de 2009 en causa Rol N° C-24011-2009 seguida ante el 26° Juzgado Civil de Santiago.

⁴³ *Ibidem*.

VI. Substanciación de la prueba

El arbitraje comercial internacional presenta ventajas sobre los procedimientos substanciados ante la justicia ordinaria en materia probatoria ya que “no rige el principio de aportación de parte (...), sino que se faculta ampliamente al árbitro para que, por iniciativa propia, lleve a efecto las pruebas que estime pertinentes y sean admisibles en Derecho”⁴⁴. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 27 de la LACI prevé la posibilidad de acudir a los tribunales ordinarios con el objeto de que éstos asistan al árbitro en la producción de la prueba, señalando al efecto que “el tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de Chile para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba”.

La norma anterior deriva de la falta de imperio de los árbitros y su consecuente imposibilidad de compeler a terceros a aportar documentación o a declarar como testigos⁴⁵. Como señala el profesor Fernández Rozas la falta de imperio implica que “concretamente los árbitros no están capacitados para recibir el juramento de los testigos en forma similar a como hacen los jueces; tampoco pueden los árbitros obligar a una institución estatal a prestar determinado auxilio, por ejemplo, que se le faciliten la lista de traductores jurados, si así lo solicitan las partes, para asistir a los testigos o para traducir determinados documentos”⁴⁶.

El alcance de la limitación de las facultades del árbitro tiene directa relación con la interpretación “contractualista”⁴⁷ o “jurisdiccionalista”⁴⁸ que siga un determinado ordenamiento jurídico.

⁴⁴ Fernández, J.C., *et al.*, *Derecho de los negocios internacionales*, *op. cit.*, p. 677.

⁴⁵ El profesor reconoce la falta de imperio de los árbitros como una desventaja del arbitraje, en particular “porque debido a su ausencia de imperium puede encontrarse con obstáculos insalvables para la obtención de determinados documentos o para el requerimiento de los testigos”. *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ “Para quienes esto sostienen, el árbitro difiere fundamentalmente de los demás magistrados, porque no deriva su autoridad del Poder Público, sino de la voluntad de las partes: es un simple individuo privado y no un funcionario. Consecuencialmente, estiman que la decisión arbitral no es una verdadera sentencia, sino tan solo la ejecución del mandato por el compromisario: un contrato que las partes suscriben por intermedio del árbitro y cuya única fuerza reside en el compromiso que le da origen”. Aylwin, P., *El juicio arbitral*, 6ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2014, p. 27.

⁴⁸ Para los que sostienen la doctrina jurisdiccional del arbitraje, señalan que “sí es cierto que

En Chile se desprende de la legislación vigente y de la jurisprudencia que “el arbitraje importa una jurisdicción análoga a la de los tribunales oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública”⁴⁹. En este sentido, el árbitro goza de mayores facultades que en un entorno predominantemente contractualista del arbitraje, pudiendo al efecto oficiar a reparticiones públicas y privadas para que pongan a disposición del árbitro determinada información, citar testigos, ordenar a las partes que exhiban documentos, etc. No obstante, la falta de imperio del juez árbitro impide compeler a las partes o a terceros a ejecutar dichas medidas cuando éstos se rehúsan a ello, pues el uso de la coerción queda reservado a los tribunales ordinarios, por mucho que a la jurisdicción arbitral se le asimile a la ordinaria.

Es precisamente por ello que la LACI contempla la posibilidad de concurrir ante los tribunales ordinarios para que éstos, auxilien a los árbitros en la obtención de la prueba respecto de la cual se ven limitados en sus facultades. En este sentido se ha señalado que “con la finalidad de evitar un obstáculo de este tipo [negativa de aportar pruebas o de comparecer ante el árbitro] las leyes internas establecen un sistema de colaboración entre jueces y árbitros con la finalidad de la realización de las pruebas. Bien entendido que este auxilio sólo podrá ser solicitado para aquellas pruebas que los árbitros no pueden efectuar por sí mismos, consistentes en las que vienen referidas a los testigos que no quieren comparecer, a los organismos o entidades que no colaboran y, en general, a supuestos de oposición por parte de quienes tienen que intervenir, a cuyo fin, y para suplir la falta de *imperium* de los árbitros, se acude al juez, que está investido de dicha fuerza estatal o potestad coactiva”⁵⁰.

el árbitro deriva su poder del compromiso de las partes, lo que lo asimila al mandatario, no es menos efectivo que desempeña oficio de juez y como tal goza de autoridad personal e independiente, no toma en sus manos sino los intereses de la justicia, no debe cuenta sino a su conciencia y dicta decisiones que se imponen a las partes”. *Ibid*, p. 28.

⁴⁹ Aylwin, P., *El juicio arbitral*, *op. cit.*, p. 43. En este mismo sentido, Ossa, F. y Zamora, R., *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, *op. cit.*, p. 60. También lo ha reconocido de esta manera la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores, al efecto la Corte Suprema de Chile ha indicado que “el arbitraje importa una jurisdicción análoga a la de los Tribunales Oficiales y los árbitros son verdaderos jueces revestidos de autoridad pública”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo XLI, Sec. 1^a, p. 396, citada por Aylwin. *op. cit.*, p. 45.

⁵⁰ Fernández, J.C., et al., *Derecho de los negocios internacionales*, *op. cit.*, p. 677.

En esta misma línea quiero recalcar el hecho de que el rol auxiliador que tiene la justicia ordinaria en la obtención y producción de la prueba, si bien resulta fundamental, tiene carácter de subsidiario frente al rol del árbitro. Es decir, siempre que el árbitro tenga las facultades para ordenar una determinada diligencia probatoria, será éste quien resulte competente para ello, y las partes sólo podrán acudir a los tribunales ordinarios de justicia cuando las limitaciones propias de la justicia arbitral impliquen la imposibilidad del árbitro para practicarla.

VII. Control de legalidad del laudo. Recurso de nulidad y reconocimiento y ejecución del laudo

Probablemente una de las funciones más importantes de los tribunales ordinarios en materia de arbitraje internacional es controlar la legalidad del laudo, evitando con ello posibles arbitrariedades y abusos en la sustanciación y fallo del mismo.

El control de legalidad del laudo puede verse desde dos perspectivas. Si el tribunal revisor se encuentra en el mismo territorio que la sede del arbitraje, entonces se ejercerá a través del recurso de nulidad y tendrá pretensión universal. Es decir, el laudo se verá expuesto a perder su eficacia con independencia del lugar en que pretenda ejecutarse⁵¹.

Si el tribunal que está llamado a controlar la legalidad del laudo se encuentra en el lugar de ejecución de éste (y que es distinto al país sede del arbitraje), entonces dicho control se canalizará a través del exequátur y tendrá una pretensión meramente local. En otras palabras, los efectos del control del laudo se circunscribirán únicamente al país en el que se pretende hacer valer.

En cualquiera de los dos casos, el alcance del control se limita a cuestiones más bien formales. Se ha señalado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia que el tribunal no puede revisar los méritos del laudo⁵² y debe interpretar restrictivamente las causales de nulidad o de denegación

⁵¹ Ello sin perjuicio de las discusiones que hay respecto de la posibilidad de ejecutar laudos sujetos a procesos de anulación, o anulados.

⁵² La Corte de Apelaciones de Santiago señaló que las causales del artículo 34 de la LACI “consagran causales relacionadas con vicios *in procedendo* sustentadas en falta de emplazamiento o indefensión, en falta de jurisdicción o ultrapetita y en nulidad por contradicción con la voluntad de las partes y/o con el orden público procesal chileno y vicios en

del exequátur en su caso. Además, el vicio que habilita anular el laudo o denegar el exequátur debe ser relevante⁵³.

En esta línea, la Corte de Apelaciones de Santiago ha señalado que el recurso de nulidad⁵⁴ “viene a constituir un recurso extraordinario, de derecho estricto, donde la actuación del tribunal se limita a verificar la concurrencia de las causales invocadas en relación a los hechos que las fundamentan. La acción otorga competencia a la Corte para examinar el cumplimiento de las formas del juicio arbitral, especialmente en cuanto a las garantías formales que la propia ley establece de modo imperativo, para asegurar una correcta génesis del laudo”⁵⁵.

El recurso de nulidad es, además, la única vía de impugnación del laudo arbitral. Así lo han reconocido nuestros tribunales ordinarios de justicia, al

cuanto a que el laudo sea contrario al orden público chileno. De tal forma que dichas causales están referidas más bien a infracciones de ley y situaciones donde de manera manifiesta y con grado de entidad suficientes vulneren la normativa impuesta por la legislación nacional en determinados tópicos”. En esta sentencia se descartaron una serie de otras alegaciones sobre el fondo cuyo análisis habría transformado el recurso de nulidad en una apelación; citado por Mereminskaya, E., *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, op. cit., p. 118.

En materia de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, la Corte Suprema en sentencia de fecha 15 de diciembre de 2009, recaída en causa ROL: 5228-2008, estableció la prohibición de revisar los méritos del laudo en los siguientes términos: “la finalidad del procedimiento de exequátur de acuerdo con el principio de la <regularidad internacional de los fallos> es verificar el cumplimiento de ciertos requisitos mínimos y no se encuentra destinado, de manera alguna a analizar la justicia o injusticia intrínseca de la sentencia, de modo que de manera alguna constituye una instancia de revisión de lo allí resuelto”, citado por Ossa, F. y Zamora, R., *El arbitraje internacional en la jurisprudencia*, op. cit., p. 86.

⁵³ *Ibid*, p. 67.

⁵⁴ No obstante que la misma LACI se refiere a la nulidad como un recurso, el profesor Ossa, citando jurisprudencia nacional, advierte que más bien se trataría de una acción. Al efecto en sentencia de fecha 9 de septiembre de 2013 en causa Rol: 1971-2012 la Corte de Apelación de Santiago señaló que “como se ha señalado, en el derecho comparado, no nos encontramos en este caso ante una segunda instancia y menos ante un recurso de casación como de ningún otro recurso que tenga por objeto revisar la conformidad de los hechos, al derecho o a la justicia del laudo, sino que se está en presencia de un proceso autónomo de impugnación en que el tribunal tiene competencia específica y restrictiva, en la cual sólo debe limitarse a resolver y dejar sin efecto lo que constituye un exceso o una incorrección del laudo, a la luz de los únicos motivos tasados y restrictivos que legitiman la interposición de esta acción de nulidad en los términos de la ley N° 19.971”, *Ibid*, pp. 70-71.

⁵⁵ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha 4 de agosto de 2009, en causa Rol: 9134-2007, citada por Mereminskaya, E. *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*. op. cit., p. 114.

rechazar otros recursos propios del sistema procesal interno, como recursos de apelación, de casación y de queja.

El procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos extranjeros (exequátur) se encuentra regulado en diversos cuerpos normativos, lo que en algunas ocasiones ha causado problemas de interpretación y aplicación de ciertas normas. Así, encontramos disposiciones al respecto en el Código de Procedimiento Civil (artículos 242 y siguientes), en la Convención de Nueva York de 1958 y en la LACI, fundamentalmente. El problema gira en torno a la aplicabilidad de algunos requisitos para el reconocimiento y ejecución establecidos en el Código de Procedimiento Civil, que no se encuentran recogidos en las normas especiales sobre arbitraje comercial internacional.

Particularmente problemático resulta el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil que exige que “en este caso [sentencias dictadas por jueces árbitro] se hará constar su autenticidad y eficacia por el visto-bueno u otro signo de aprobación emanado de un tribunal superior ordinario del país donde se haya dictado el fallo”. La jurisprudencia ha sido vacilante al respecto. Existen sentencias en que ha exigido este visto bueno⁵⁶ y en otras ha considerado que en virtud del criterio de especialidad, la LACI derogó tácitamente dicha exigencia⁵⁷ y en consecuencia, solo deben observarse los requisitos establecidos en esta ley especial⁵⁸.

⁵⁶ En el procedimiento de exequátur Rol: N° 4390-2010 seguido ante la Corte Suprema, se resolvió que “este requisito adicional e imprescindible, relacionado con la comprobación de la autenticidad y eficacia de todo fallo proveniente de la justicia arbitral extranjera, aun cuando existieran tratados vigentes sobre la materia con el Estado donde hubiera sido expedido, se ha explicado por el hecho de que <los jueces árbitros, por regla general, tienen su fuente y origen en la voluntad de las partes, no constituyendo verdaderos agentes de la soberanía del país en que se haya pronunciado su sentencia”. Citado por: Ossa, F. y Zamora, R. *El arbitraje internacional en la jurisprudencia, op. cit.*, pp. 84-85.

⁵⁷ Existe otro argumento para considerar que el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil no tiene aplicación en un laudo extranjero, y es que según el mismo artículo 242 del CPC, las convenciones internacionales (Nueva York 1958) tienen, en esta materia, aplicación preferente por sobre las demás normas sobre exequátur.

⁵⁸ En el procedimiento de exequátur Rol N° 6615-2007, seguido ante la Corte Suprema, el informe Fiscal señaló que “un laudo arbitral en materia de comercio internacional expedido en el extranjero, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, debe ser reconocido como vinculante por la norma imperativa contenida en el artículo 35 de la Ley N° 19.971 y su ejecución debe ajustarse a lo que dispone el artículo 36 de la misma, disposiciones que por su calidad de especiales priman sobre las contenidas en los artículos 242 y siguientes del Código

En mi opinión, la jurisprudencia chilena debe consolidarse en este ámbito, ajustando su criterio a las prácticas internacionales y al respeto de la autonomía del arbitraje, circunscribiendo las exigencias del reconocimiento de laudos extranjeros solo a aquellos cuerpos normativos que constituyen el estatuto especial del arbitraje comercial internacional.

Las causales de denegación del exequátur recogidos en la convención de Nueva York de 1958 y en la LACI son prácticamente idénticas a las causales de nulidad contempladas en los mismos cuerpos normativos. Como bien lo ha reconocido la jurisprudencia chilena, estas causales son taxativas y no procede interponer ninguna otra en contra de un laudo arbitral⁵⁹.

De las causales taxativamente establecidas en la ley 19.971⁶⁰ quiero detenerme en una en particular, que en mi opinión resulta de vital importancia para un buen sistema de arbitraje comercial internacional. Me refiero a la causal b (ii) del artículo 34 de la LACI, esto es, que el laudo no sea contrario al orden público. Una interpretación localista de esta causal, que considere hecha la referencia al orden público interno y no al

de Procedimiento Civil, que reglan en forma general el cumplimiento de las resoluciones judiciales extranjeras”. Citado por: Ossa, F. y Zamora, R. *El arbitraje internacional en la jurisprudencia. op. cit.* p. 86.

⁵⁹ Así, por ejemplo, en el procedimiento de exequátur Rol N° 3225-2008, la Corte Suprema “rechazó una excepción basada en el art. 464 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, esto es la falta de capacidad del demandante o de personería legal del que comparezca en su nombre. Para fallar en este sentido, consideró que <tratándose de una situación en la cual las partes se sometieron a un tribunal arbitral y a un derecho extranjero, resulta que en la presente gestión únicamente pueden revisarse las alegaciones que se sustenten en aquellas exigencias y excepciones señaladas en los artículos IV y V de la Convención de Nueva York, respectivamente, norma esta última que se encuentra reiterada por el artículo 36 de la Ley N° 19.971”. *Ibid.* pp. 87-88.

⁶⁰ Artículo 34.- La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral. 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales 2) y 3) de este artículo. 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando: a) La parte que interpone la petición pruebe: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se

internacional, podría derivar en un verdadero bloqueo al arbitraje comercial internacional, al obligar a los árbitros a resolver conforme a las normas imperativas del ordenamiento jurídico chileno. Basta imaginar lo difícil que resultaría esto en un arbitraje en que las partes pactaron la aplicación de un derecho sustantivo diferente al chileno.

No obstante, la jurisprudencia ha interpretado de manera correcta la referencia al orden público <internacional>. En efecto, en sentencia de causa ROL: 7341-2013 de fecha 16 de diciembre de 2013, la Corte Suprema resolvió que el orden público es el que “se aplica en materia de arbitraje comercial internacional y que no abarca todas las normas imperativas de la ley local, sino solamente aquella que responde al principio jurídico más fundamental del ordenamiento en que se dicta o intenta reconocer el laudo”⁶¹.

VIII. Conclusiones

Cuando las partes deciden someter sus controversias a un arbitraje, buscan no solo entregar la competencia a uno o más árbitros, sino que además, sustraer de los tribunales ordinarios cualquier aspecto de su divergencia. Sin embargo, por mucho que el arbitraje tenga pretensiones de absoluta independencia, el auxilio de los tribunales ordinarios resulta fundamental en algunos aspectos. Por contrapartida, un intervencionismo impropio de

podrán anular estas últimas, o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, o b) El tribunal compruebe: i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile. 3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral. 4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad. 5) Las Cortes de Apelaciones colocarán las peticiones de nulidad de inmediato en tabla y gozarán de preferencia para su vista y fallo.

⁶¹ Mereminskaya, E., *Arbitraje comercial internacional en Chile. Desafíos y desarrollo*, op. cit., p. 114.

los tribunales ordinarios en el arbitraje significa necesariamente el fin de la institución. Es por ello que resulta fundamental encontrar un punto de equilibrio.

En gran parte de las situaciones, dicho punto de equilibrio está dado por la misma LACI. En efecto, el artículo quinto indica que “en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley lo disponga”, y a su turno, regula diversos aspectos en los que la intervención de los tribunales resulta obligatoria.

Sin embargo, en algunos casos no resulta tan claro el alcance de la intervención de los tribunales ordinarios en el arbitraje. Para lograr el equilibrio en estas situaciones, los tribunales deberán tener siempre en cuenta que su actuar es subsidiario de la actividad arbitral, debiendo abstenerse en todos aquellos casos en que su accionar no resulte expresamente autorizado. Asimismo, como criterio de interpretación, el tribunal deberá tener siempre en cuenta el origen internacional de la LACI y la necesidad de la uniformidad en su aplicación. Finalmente, el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes resulta crucial.

Siguiendo estas reglas básicas, en mi opinión, los tribunales ordinarios podrán ejercer la necesaria función de auxilio y control del arbitraje comercial internacional sin caer en un intervencionismo que limite la autonomía de la voluntad de las partes, las que decidieron libremente sustraer del conocimiento de los tribunales ordinarios el conocimiento y resolución de sus disputas.

Reconocimiento de las uniones no matrimoniales en Latinoamérica, a propósito de la entrada en vigencia de la Ley sobre Acuerdo de Unión Civil en Chile

Camila Quintana Castillo*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Consideraciones previas*. III. *Regulación de las uniones no matrimoniales en América Latina*. 1. *Argentina*. 2. *Chile*. 3. *Colombia*. 4. *Perú*. 5. *Uruguay*. 6. *Cuadro resumen*. IV. *Importancia del reconocimiento internacional de las uniones no matrimoniales*. V. *Objeto del Derecho Internacional Privado*. VI. *Problemas en el reconocimiento de uniones no matrimoniales en países latinoamericanos*. VII. *El reconocimiento en la Ley chilena sobre Acuerdos de Unión Civil*. VIII. *Filiación y adopciones*. IX. *Formas de solución al problema del reconocimiento en Latinoamérica*. X. *Conclusiones*. XI. *Bibliografía*.

I. Introducción

La entrada en vigencia de la ley N°20.830 sobre Acuerdos de Unión Civil en Chile, además de representar un avance en esta materia para nuestra sociedad, se suma a otras similares en la región que regulan, en mayor o menor extensión, este tipo de relaciones. Si bien es cierto que a nivel latinoamericano existen diversas leyes o disposiciones sobre uniones no

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, ayudante *ad-honorem* del Departamento de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, ayudante del Profesor Eduardo Picand Albónico en las cátedras de Derecho Internacional Privado y Contratación Internacional. Miembro fundador de la Asociación Chilena de Derecho Internacional Privado (ADIPRI) y miembro del Consejo de Redacción de la Revista Chilena de Derecho Internacional Privado.

matrimoniales o parejas de hecho, éstas se deben a iniciativas legislativas independientes y no responden a una sistematización o plan común normativo en la región.

Como consecuencia de la falta de un sistema unificado en torno al derecho aplicable a las uniones de hecho en Latinoamérica, y considerando la realidad en cuanto a la movilidad de personas en nuestro subcontinente, es necesario comprender de forma panorámica tanto las disposiciones en materia de uniones de hecho, como su funcionamiento a través del Derecho Internacional Privado.

El presente trabajo hace una revisión de algunas legislaciones latinoamericanas sobre uniones no matrimoniales representativas de los distintos sistemas regulatorios en la materia, para a continuación hacer un análisis de los problemas que pueden presentarse acerca del reconocimiento internacional de los derechos que estas uniones otorgan a quienes las contraen, una vez que se hallen desplazados entre los países del continente, así como las soluciones posibles a éstos.

II. Consideraciones previas

A propósito del tema que nos ocupa, cabe señalar que, si bien existen regulaciones antiguas en ciertos países, ha tomado fuerza en las últimas décadas en que los legisladores han debido buscar alternativas al matrimonio como institución debido a los cambios culturales que han vivido las sociedades. Más aún, cobra relevancia en la lucha por la igualdad de derechos que han llevado las organizaciones LGBT (lesbianas, gays, bisexuales y transexuales), para que se les reconozca la posibilidad de formar familias y que éstas sean amparadas y reguladas por el Derecho.

En cuanto a las formas de regulación de estas uniones, encontramos distintos enfoques, la primera gran distinción radica en cuanto a quiénes son los destinatarios, ya sea sólo a parejas heterosexuales, homosexuales o ambas; a su vez se distingue entre las que requieren o no ser registradas, que tienen un enfoque orientado a la vida afectiva o patrimonial y sus efectos, y también de acuerdo a los derechos que se han ido conquistando al respecto, como son los hereditarios o a la seguridad social¹.

¹ Cornejo A., Pablo. “Regulación de las uniones de pareja del mismo sexo: ¿qué lecciones nos entrega la legislación comparada?”, en *Gaceta Jurídica*, N° 379, 2012, Chile, p. 11.

De igual manera podemos hacer una distinción entre las regulaciones en materia de uniones civiles que se han dado de manera legislativa, con la correspondiente discusión pública y promulgación de una ley o normas suficientes, o las que se han regulado a través de la jurisprudencia de tribunales superiores², incluso podríamos hacer una tercera categoría, que corresponde a aquellas legislaciones que si bien han producido una ley que regula la materia, ésta ha sido complementada por la jurisprudencia a tal punto de variar sustancialmente su contenido, que es el caso de Colombia como se verá en su oportunidad.

Es importante señalar que el tema que trato en las páginas siguientes, está muy lejos de estar zanjado, sino por el contrario está en constante desarrollo, y así como las normas chilenas y argentinas son nuevas en la materia (esta última ya trataba el tema con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial), es probable que aparezcan nuevas leyes que traten las uniones de hecho en Latinoamérica, así como que se den nuevas interpretaciones o alcances a las ya existentes, por lo que en caso alguno es un tema que sin que se agote en el ahora, se podrá tener una visión panorámica al respecto.

III. Regulación de las uniones no matrimoniales en América Latina

Por la extensión de este trabajo no es posible hacer una revisión de las normativas en materia de uniones convivenciales de cada país latinoamericano, por ello, y para hacer un panorama general, es que he escogido 5 regulaciones que permitirán tener una idea cabal de las distintas formas que puede adoptar un país para regularlas.

Además, de las disposiciones que se encuentran en los países escogidos, se pueden observar las diferencias en los derechos amparados, lo que hace más latente el problema de no existir un estándar para el reconocimiento, más aun siendo países que entre ellos tienen mucha movilidad poblacional dentro de la región.

² *Ibid*, p. 10.

1. Argentina

En la República Argentina ha comenzado a regir el 1 de agosto de 2015 el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, el cual dentro de su Libro II Relaciones de Familia, consta con un Título III sobre Uniones Convivenciales, las que son reguladas a través de cuatro capítulos.

El artículo 509, si bien no ofrece una definición de unión convivencial, sí se refiere a las características necesarias para comprenderla:

Artículo 509.- Ámbito de aplicación. Las disposiciones de este Título se aplican a la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y comparten un proyecto de vida en común, sean del mismo o de diferente sexo.

De lo anterior se desprende que para conformar una unión convivencial en Argentina, bastaría la convivencia y el ánimo que se expresa de diferentes formas, no requiriendo por tanto la inscripción de ésta para que surta efectos. Sin embargo, el artículo 511 del Código regula el registro de la unión, el que tendrá sólo fines probatorios en cuanto a su existencia (no excluyendo a otros medios de prueba), a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la entrada en vigencia del Código, donde regían normativas locales, como era con la Unión Civil regulada a través de la Ley N° 1004 de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires del año 2002³.

En cuanto a los efectos patrimoniales que otorga la ley a las uniones convivenciales, señala que los integrantes de la unión pueden pactar de forma expresa sus relaciones económicas, y que en caso de no hacerlo, conservan la libre administración y disposición de los bienes, teniendo como límite la vivienda familiar y sus muebles.

Respecto de las adopciones, el Código Civil y de Comercio de la Nación introduce nuevos paradigmas enfocados tanto en el bienestar del menor, como en la familia de origen⁴. En cuanto a la materia en estudio, el

³ Caramelo, Gustavo *et al.*, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. 1ª ed. tomo II. Argentina, p. 200. Disponible en: http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf, octubre de 2015.

⁴ Herrera, Marisa. "Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo código Civil

Código señala expresamente que pueden ser adoptantes los cónyuges, los convivientes, e incluso una sola persona, por lo que no se distingue sobre la calidad jurídica ni orientación sexual del grupo familiar, ni siquiera en cuanto a su composición:

Artículo 599.- Personas que pueden ser adoptantes. El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona.

Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente. En caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad.

En la legislación argentina, a diferencia de otras de la región, existe una marcada diferencia entre los efectos del matrimonio y las uniones convivenciales⁵, por ejemplo en materia sucesoria, el Código Civil y de Comercio no ha otorgado la calidad de heredero del causante que haya sido integrante de una unión convivencial al otro integrante, lo que constituye una clara diferencia con la institución del matrimonio. Asimismo, el Título III no hace mención alguna respecto de la posibilidad de un conviviente de acceder a los beneficios de la seguridad social del conviviente cotizante, sin perjuicio de otras normas especiales de la materia que pudieran otorgar algunos beneficios.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante destacar que el mismo Código reconoce también el matrimonio igualitario, por lo que es natural, a mi parecer, que existan diferencias tan marcadas entre las uniones convivenciales y el matrimonio, ya que en esta legislación las parejas tienen la real posibilidad de elegir si casarse o no, a diferencia de aquellas donde no se reconoce el matrimonio a personas del mismo sexo, siendo las uniones no matrimoniales su única alternativa de tener un vínculo familiar amparado por el Derecho, cuando éstas están reguladas.

y Comercial de la Nación”, en *Infojus*, 2014, p. 4. Disponible en: <http://www.infojus.gov.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf140723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod>

⁵ *Ibíd*, p. 2.

A pesar de lo mencionado respecto de los derechos sucesorios, el Código de todas formas otorga un reconocimiento respecto de la vivienda familiar, así el artículo 527 otorga al conviviente que sobrevive un derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial de la Nación contiene un Libro VI Disposiciones Comunes a los Derechos Personales y Reales, el cual cuenta con un Título IV de Disposiciones de Derecho Internacional Privado, constando de dos normas, una de competencia judicial internacional y la otra una norma de conflicto bilateral que determina la ley aplicable a la unión convivencial. Estos artículos son:

Artículo 2627.- Jurisdicción. Las acciones que surjan como consecuencia de la unión convivencial deben presentarse ante el juez del domicilio efectivo común de las personas que la constituyen o del domicilio o residencia habitual del demandado.

Artículo 2628.- Derecho aplicable. La unión convivencial se rige por el derecho del Estado en donde se pretenda hacer valer.

Podemos decir por tanto, que la regulación sobre uniones convivenciales que se encuentra en el Código Civil y de Comercio de la Nación de Argentina, ofrece una regulación completa y especializada de la materia, la que sin duda se inspira en los principios de igualdad, pero también fuertemente en el principio de la autonomía de la voluntad, dando espacio a los integrantes para constituir, determinar y finalizar su convivencia civil.

2. Chile

El caso chileno es sin duda el más moderno en la región, pues las uniones civiles se encuentran reguladas por la reciente Ley N°20.830 que crea el Acuerdo de Unión Civil, publicada en el Diario Oficial el día 21 de abril de 2015 y que entró en vigencia el 21 de octubre de este mismo año. En ese sentido, es preciso señalar que no existe aplicación práctica de la ley y por lo mismo tampoco hay jurisprudencia que se pronuncie sobre los inconvenientes que puedan presentarse en ésta, por lo que el análisis que aquí se hace sobre esta ley se basa en aspectos meramente de texto.

La ley N° 20.830 señala en su artículo 1°:

Artículo 1°.- El acuerdo de unión civil es un contrato celebrado entre dos personas que comparten un hogar, con el propósito de regular los efectos jurídicos derivados de su vida afectiva en común, de carácter estable y permanente. Los contrayentes se denominarán convivientes civiles y serán considerados parientes para los efectos previstos en el artículo 42 del Código Civil.

Su celebración conferirá el estado civil de conviviente civil. El término de este acuerdo restituirá a los contrayentes el estado civil que tenían antes de celebrar este contrato, salvo en la situación prevista en la letra c) del artículo 26.

De este artículo podemos deducir algunos de los aspectos más relevantes sobre el acuerdo civil en Chile, como son en primer lugar que es aplicable de igual forma a las parejas del mismo como de distinto sexo, pues la norma no distingue. Además hay que destacar que la igualdad ante la ley y las presiones de organizaciones LGBT fueron claves para impulsar esta normativa.

Otro aspecto relevante es que se le da el tratamiento de un acto jurídico de carácter solemne, es decir que debe efectuarse ante un oficial del Registro Civil, a diferencia de lo que ocurre en otros países de la región donde la unión de hecho es simplemente de hecho, es decir, nace de la simple convivencia de la pareja, y bastará un tiempo determinado para que se reconozcan sus efectos. Más allá de que la celebración se haga ante funcionario público, se inscribe en un registro especial destinado para los efectos que lo lleva el Servicio de Registro Civil e Identificación, según lo dispuesto por el artículo 6°, lo que aplica también para reconocer las uniones civiles celebradas en el extranjero y que quieran ser reconocidas en Chile.

Respecto del régimen patrimonial que aplica para los convivientes civiles, se ha establecido la separación total de bienes, a no ser que expresamente pacten una comunidad, lo que aplica también a las uniones celebradas en el extranjero y reconocidas en Chile. A su vez, reconoce la ley derechos hereditarios, igualando en este aspecto los convivientes civiles a los cónyuges.

La ley N°20.830 contiene normas especiales en materia de Derecho Internacional Privado, especialmente en su Título III De los acuerdos de unión civil celebrados en el extranjero, que consta de dos artículos. A través de ellos se reconocen estos acuerdos y señalan normas de derecho aplicable,

sin embargo se señala que deben estar sujetos a registro, por lo que no sería posible hacer valer en Chile una unión puramente de hecho, aunque sea válida en el país de origen de los convivientes y produzca todos sus efectos personales y patrimoniales.

Por su parte, en cuanto a los matrimonios de personas del mismo sexo celebrados en el extranjero, al ser una figura que no es reconocida en la legislación chilena como tal, la Ley N°20.830 busca una alternativa para no dejar en la total indefensión a estos cónyuges, señalando en el inciso final del artículo 12:

“Los matrimonios celebrados en el extranjero por personas del mismo sexo serán reconocidos en Chile como acuerdos de unión civil si cumplen con las reglas establecidas en esta ley, y sus efectos serán los mismos del referido acuerdo.”

Cabe hacer la salvedad que si bien la ley N°20.830 otorga una solución en cuanto al reconocimiento de los matrimonios e personas del mismo sexo celebrados fuera del país, esta solución radica en la asimilación y no en el reconocimiento propiamente tal, lo que a mi parecer no es un resultado óptimo, pero que de todas formas es destacable.

3. Colombia

En la legislación colombiana las uniones de hecho han sido reguladas a través de la ley N° 54 del año 1990, utilizando la denominación de “Uniones Maritales de Hecho”, sin embargo esta ley no ha sido suficiente y a través de los años la jurisprudencia proveniente tanto de sede constitucional como de la Corte Suprema Colombiana, la ha ido complementando, tanto en su alcance, como en los derechos que abarca, por lo que la ley no se basta por sí sola para comprender esta institución⁶.

La definición de unión marital de hecho se encuentra en el artículo 1° de la ley 54 de 1990, la que si bien se refiere sólo a parejas de composición heterosexual, debe entenderse que se extiende a parejas del mismo sexo,

⁶ Véase Pérez-Estupiñán, Martha *et. al.*, “Unión marital de hecho: análisis jurisprudencial desde el derecho a la igualdad para los compañeros permanentes”, en *DIXI*, Vol. 15, N° 17, junio 2013, pp. 89 - 101.

como se explicará más adelante. Dice el artículo 1°:

A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.

Dentro de las adendas que se han hecho a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia, probablemente la más relevante hace relación al reconocimiento de a las parejas del mismo sexo a contraer uniones civiles, lo cual no se produjo sino hasta el año 2007, basándose en ideas de dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la no discriminación⁷. Así, al revisar la ley 54 de 1990, esta señala previo al articulado una nota que indica:

Esta ley tal como fue modificada por la Ley 979 de 2005, fue declarada EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-075 de 2007, en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.

En cuanto al régimen patrimonial que establece esta ley respecto de los compañeros permanentes, señala que se presumen la sociedad patrimonial y que lo producido dentro del periodo de vigencia de la unión les pertenece por partes iguales.

Recientemente, el 4 de noviembre de este año, la Corte Constitucional de Colombia declaró la habilidad para adoptar por parte de las parejas del mismo sexo, sin limitaciones en cuanto a que el menor sea hijo de uno de los convivientes como era anteriormente. Esta decisión amplía los derechos reconocidos a quienes mantengan uniones matrimoniales de hecho en este país⁸.

Otras modificaciones importantes que deben ser mencionadas, son el

⁷ Sandoval F., Omar. “Uniones Maritales de Hecho en Colombia, una mirada jurisprudencial”, en *Jurídicas CUC*, 10 (1), 2014, Colombia, p. 377.

⁸ Corte Constitucional de Colombia. Comunicado N°50 del 4 de noviembre de 2015, disponible en: <https://ciepunsam.files.wordpress.com/2015/11/corte-constitucional-comunicado-no-50-del-4-de-noviembre-de-2015.pdf>, noviembre de 2015.

reconocimiento a la capacidad que tienen los compañeros permanentes para ser herederos del compañero permanente causante, lo que no se concretó sino hasta el año 2011 con la sentencia rol C-283 de la Corte Constitucional⁹, el reconocimiento a la porción conyugal en la sentencia C-283 del 2011 de la Corte Constitucional¹⁰, y la eliminación del requisito de los 2 años de la unión marital de hecho para reconocer el derecho del compañero permanente para adquirir los derechos que otorga la seguridad social del cotizante, a través de la sentencia C-521 de 2007 de la Corte Constitucional¹¹.

Más allá de las normas que regulan y la jurisprudencia que complementa las uniones maritales de hecho en Colombia, no se encuentran disposiciones en materia de Derecho Internacional Privado que le sean aplicables en términos específicos, por lo que habrá que estarse a la normativa general vigente y la jurisprudencia, en cuanto a sus efectos y el reconocimiento.

4. Perú

En el caso de la ley peruana, ésta regula las uniones de hecho sin hacer una definición pero otorgando todas las características para su comprensión. Así el artículo 326 del Código Civil en su inciso primero señala:

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto le fuere aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

De lo anterior se desprende que la unión civil en Perú sólo está regulada para parejas de distinto sexo, y por su ubicación (Libro III de Derecho de Familia, Sección Segundo Sociedad Conyugal, Título III Régimen Patrimonial, Capítulo Segundo Sociedad de Gananciales), tiene una finalidad de regulación más bien patrimonial que afectiva, como en otras regulaciones.

⁹ Sandoval F., Omar. *op. cit.*, p. 371.

¹⁰ Pérez-Estupiñán. *op. cit.*, p. 94.

¹¹ *Ibid*, p. 98.

El Código Civil en un principio no contemplaba los derechos sucesorios para los concubinos, sin embargo a partir del año 2013 con la entrada en vigencia de la ley 30.007, se reconoce la calidad de heredero forzoso al concubino, integrando el tercer orden sucesorio junto al cónyuge sobreviviente¹².

En cuanto al registro de las uniones de hecho, se señala que no es requisito para que se reconozca su carácter, ya que si bien para materias probatorias se puede inscribir en el Registro Personal, en caso de que fallezca uno de los miembros de la unión de hecho que se encuentre vigente, podría solicitar a un juez el reconocimiento de ésta, para poder así reclamar sus derechos en cuanto a la sucesión¹³.

Sin perjuicio de lo anterior, el presente año se dictó la Ley N° 30311 que permite la adopción de menores de edad declarados judicialmente en abandono por parte de parejas que conforman una unión de hecho. Esta ley además de ampliar los derechos a las personas que mantienen este tipo de uniones, hace posible pensar que les hace un reconocimiento de carácter familiar. Para que una pareja que constituya una unión de hecho pueda adoptar en virtud de esta ley, se requiere expresamente que estén inscritos en el Registro Personal, así lo señala la Disposición Complementaria Final de la ley:

La calidad de convivientes conforme a lo señalado en el artículo 326 del Código Civil, se acredita con la inscripción del reconocimiento de la unión de hecho en el Registro Personal de la Oficina Registral que corresponda al domicilio de los convivientes.

En cuanto a normas de Derecho Internacional Privado que regulen la materia, si bien el Código Civil peruano contiene la normativa especializada en el ramo en su Libro X, no contiene una o más reglas específicas respecto de uniones de hecho.

¹² Amado, R. Elisabeth, “La Unión de Hecho y el reconocimiento de derechos sucesorios según el derecho civil peruano”, en *VOX JURIS*, (25) 1, 2013, Perú, p. 132.

¹³ *Ibid*, p. 134.

5. Uruguay

En Uruguay las uniones de hecho se han denominado uniones concubinarias y están reguladas en la Ley 18.246 del año 2007, la que las ha definido de la siguiente forma:

Artículo 2º (Caracteres).- A los efectos de esta ley se considera unión concubinaria a la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas -cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del Artículo 91 del Código Civil.

Llama la atención en la ley sobre uniones concubinarias de Uruguay, que no es requisito para su reconocimiento que los concubinos no tengan como impedimento un vínculo matrimonial no disuelto. En caso de fallecer uno de los concubinos, el sobreviviente tendrá los mismos derechos que la ley le concede al cónyuge, pero si se diera el caso de que el causante mantenía un matrimonio no disuelto legalmente y a la vez una unión concubinaria válida, concurrirá el concubino sobreviviente como heredero junto al cónyuge, pero en proporción al tiempo que haya durado la unión. Lo anterior se encuentra regulado en el artículo 11 de la ley 18.246 que dispone:

Artículo 11 (Derechos sucesorios).- Disuelto el concubinato por fallecimiento de uno de sus integrantes, el concubino sobreviviente tendrá los derechos sucesorios que el artículo 1026 del Código Civil consagra para el cónyuge.

Existiendo cónyuge supérstite, concurrirá con el concubino, integrando la misma parte, y en proporción a los años de convivencia.

Asimismo, si se tratare de una persona mayor de sesenta años de edad sin medios propios suficientes para asegurar su vivienda, que haya convivido en concubinato al menos durante los últimos diez años en forma ininterrumpida, tendrá derecho real de uso y habitación previsto en los artículos 881.1 al 881.3 del Código Civil, siempre y cuando dicho bien

fuera propio del causante o común de la unión concubinaria. Los derechos reales de habitación y de uso se imputarán a la porción disponible, en el supuesto de que ésta no fuera suficiente, por el remanente a las legítimas de los descendientes comunes del causante y el concubino supérstite. Estos derechos no afectarán las legítimas de otros herederos forzosos, ni las asignaciones forzosas de otros beneficiarios.

En cuanto al registro de la unión concubinaria, éste no se exige para su constitución, sin embargo para materias probatorias acerca de la fecha de inicio y los bienes adquiridos, los concubinos o un tercero interesado puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión, la que se inscribirá en el Registro Nacional de Actos Personales, así como su disolución y las sociedades de bienes que devengan de la unión.

6. Cuadro resumen

	Denominación	Ley que regula la materia	Permite la adopción	Reconoce derechos sucesorios	Reconoce beneficios de seguridad social	Requiere plazo para constitución o surtir efectos	Requiere registro para efectos	Aplica a parejas del mismo sexo	Normas de DIPriv aplicables
Argentina	Unión convivencial	Código Civil y de Comercio	sí	no	no	2 años	no	sí	sí
Chile	Acuerdo de unión civil	Ley 20.830 de 2015	no	sí	sí	no	sí	sí	sí
Colombia	Uniones maritales de hecho	Ley 54 de 1990	sí	sí	sí	2 años		sí	no
Perú	Unión de hecho	Código Civil	sí	sí	no	2 años	no	no	no
Uruguay	Unión concubinaria	Ley 18.246	sí	sí	sí	5 años	no	sí	sí

IV. Importancia del reconocimiento internacional de las uniones no matrimoniales

El fenómeno de las migraciones transfronterizas hace indispensable el reconocimiento de ciertas instituciones y derechos que ostenta una persona en el país del cual proviene. Esto puede ser visto desde dos perspectivas, en primer lugar desde el sujeto de derechos, el cual espera, tanto desde las doctrinas de derechos adquiridos como de su propia seguridad jurídica, poder hacer valer ciertos estatus que posea. Por otra parte, desde la perspectiva de los Estados, que deben conceder el reconocimiento en vista de mayores bienes tutelados, como sería el interés superior del menor o evitar la bigamia sólo por nombrar un par de ejemplos.

En ese sentido, en los casos de matrimonios o uniones de hecho, la falta de un reconocimiento en el país de destino deriva en una serie de problemas de diversa índole, lo que probablemente puede ser determinante al tomar la decisión de concretar o no el traslado¹⁴, pensando en casos que se haga de manera voluntaria, teniendo las personas la posibilidad de hacer este análisis previamente.

Otro factor es el de la seguridad jurídica que tienen las personas que han hecho familia a través de este tipo de uniones, pues a la hora de migrar, es importante tener certeza sobre el estatus que se tiene ante esta nueva legislación, por ejemplo si una pareja que ha convivido por 20 años y es plenamente reconocida su unión, la que podría incluso estar registrada, se traslada a vivir a otro país y uno de ellos fallece, no pueden desconocerse los perjuicios patrimoniales y psicológicos que tendría en el sobreviviente el que no se reconozca su unión. Ante este último punto es importante hacer la previsión de que en Derecho se trata finalmente con personas, y no basta con entregar soluciones mecánicas que pongan en desmedro al individuo en su integridad psicológica.

V. Objeto del Derecho Internacional Privado

En continuidad con lo anterior, hay que señalar que es el Derecho Internacional Privado el llamado a generar soluciones para hacer valer y

¹⁴ Comejo, Pablo, "Las reglas de Derecho Internacional Privado del AVP. Un breve Comentario al Proyecto", Columna publicada en *Semana Jurídica*, semana del 1 al 5 de septiembre de 2014, Chile.

garantizar de forma internacional los derechos, es decir, a través de esta disciplina es que debemos encontrar o producir una solución que permita por un lado validar en otro Estado los derechos que una unión no matrimonial ha otorgado el que se originó, y por otro, asegurar la continuidad.

Debido a que las regulaciones revisadas anteriormente no otorgan respuestas suficientes a nivel regional para el Derecho Internacional Privado, es que a continuación se describen algunos problemas que existen o existirán en materias de uniones no matrimoniales y migraciones, para posteriormente, indicar qué soluciones son las que podrían generarse para dar una respuesta eficiente al vacío que actualmente existe para su reconocimiento.

VI. Problemas en el reconocimiento de uniones no matrimoniales en países latinoamericanos

De las legislaciones en la materia de los 5 países ya revisados, se desprende una serie de problemas en cuanto al reconocimiento de las uniones de hecho y los derechos que estas otorgan al trasladarse las parejas de un lugar a otro. Como se dijo en su momento, si bien no es un estudio de todos los países que integran la región, sirve para dar una visión acabada, a escala, de los problemas que podrían presentarse.

Más allá de las normas de conflicto que existan, éstas (cuando las hay) sólo presentan una localización de derecho aplicable en cuanto a la forma de la unión y su contenido, aplicando para este último la ley del lugar donde intenta hacerse valer.

El primer problema se presenta cuando una pareja de hecho legalmente reconocida en su país de origen, se traslada a otro que no le otorga los mismos derechos, pensemos por ejemplo en una pareja del mismo sexo que emigra a Perú, y que haya constituido una unión convivencial en Argentina, donde se le reconoce este estatus y por tanto los derechos patrimoniales y sucesorios. En este caso, a la pareja no se le reconocería su calidad de convivientes civiles, ni los derechos que ello implica, y además en virtud del orden público interno de ese país, no sería posible intentar vías para este reconocimiento, ni administrativas ni judiciales.

De esta forma, podríamos pensar que finalmente serán los países que en materia de uniones no matrimoniales reconocen una mayor amplitud de derechos –igualdad entre parejas del mismo o distinto sexo, patrimoniales,

sucesorios, seguridad social, entre otros- serán aquellos preferidos para migrar por las parejas que quieran ver reconocidos estos derechos, haciendo nuevamente la salvedad, en los casos en que pudiera elegirse el destino.

VII. El reconocimiento en la Ley chilena sobre Acuerdos de Unión Civil

Al hablar de reconocimiento en uniones de hecho, no deja de llamar la atención el modelo elegido por el legislador chileno, ya que ha regulado estas uniones otorgándoles un carácter de solemne, de la forma en que se ha regulado principalmente en Europa¹⁵, y que dista de todas las otras normativas latinoamericanas revisadas¹⁶.

Sin embargo, para el objeto de estudio de este trabajo, lo que más llama la atención es que el método registral no sólo ha sido utilizado por el legislador chileno para los acuerdos de unión civil que se celebren en el país, sino que también para reconocer aquellos que se han celebrado en el extranjero, tal como lo señala el inciso primero del artículo 12 de la ley 18.230:

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

Del inciso transcrito se puede deducir que el legislador chileno en primer lugar no ha considerado a sus vecinos, ni las soluciones y experiencias que han tenido según sus normas al momento de legislar sobre acuerdos de unión civil. Y en segundo lugar, y a mi juicio mucho más preocupante, ha dejado sin reconocimiento a prácticamente todas las parejas, de igual o

¹⁵ Frimston, Richard. "Marriage and Non-Marital Registered Partnerships, A European Perspective of Private International Law, en *Texts of Interventions, Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE)* p. 6. Disponible en: http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/document/Family_law_Conference_bxl_2008/Speeches/EN_Frimston_doc.pdf octubre 2015.

¹⁶ Un sistema de constitución solemne también se ha adoptado en México D.F., en la Ley de Sociedad de Convivencia para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de noviembre de 2006.

distinto sexo, de los países vecinos o cercanos de la región, lo que sin duda es un problema a considerar pensando en el aumento de las inmigraciones en Chile en los últimos años, provenientes en su mayoría de los otros países estudiados.

Los casos en que podrían ser reconocidas en Chile las uniones de hecho son limitados a aquellos en los que exista registro, pero como ya se ha visto, las legislaciones que disponen de algún sistema registral, lo han concebido sólo con fines probatorios, por lo que las parejas que se hallen en situación de migrar a Chile deberán, si su ordenamiento lo permite, realizar un trámite extra que consiste en hacer el registro, ya que la ley chilena no deja cabida tampoco a un reconocimiento judicial ya sea dentro o fuera del país.

Sin perjuicio de lo recién señalado, el reconocimiento de estas uniones registradas podría igualmente ser puesto en duda, por cuanto el artículo 12 habla de aquellos acuerdos celebrados en el extranjero “sujetos a registro”, lo cual podría interpretarse como que la celebración del acto sea solemne o registral, y no solamente de que conste en un registro ya sea por orden judicial o por que las partes lo estimaron conveniente.

Una interpretación de ese tipo terminaría por sepultar el reconocimiento en Chile de las uniones de hecho constituidas en Latinoamérica, sin embargo como dice el adagio jurídico “donde el legislador no distingue, no corresponde al intérprete distinguir”, por lo que no valdría hacer la distinción en cuánto a la finalidad o el momento del registro; es de esperar que en la práctica se adopte esta solución.

VIII. Filiación y adopciones

Si bien la filiación y adopciones tanto internas como internacionales no constituyen el objeto de estudio de este trabajo, no puede quedar fuera de hacer una aproximación al menos, en cuanto al reconocimiento, ya que como se verá, algunas legislaciones admiten la adopción de menores por parte de parejas de hecho, lo cual en general no implicaría ningún problema pues en caso de un traslado internacional se registraría al menor con su filiación adoptiva.

Sería realmente un problema que afecta al Derecho Internacional Privado si nos encontramos con una familia conformada por una pareja de hecho –o incluso un matrimonio- conformada por personas del mismo sexo, que hayan adoptado uno o más hijos de forma legal en su país, que quisiera

o tuviera que migrar a un país donde no se considera una posibilidad similar.

En este caso, que actualmente es muy posible que se empiece a presentar dentro de Latinoamérica, cuando se vea el andar de las nuevas leyes que permiten la adopción por parejas de hecho del mismo sexo, sería conveniente tener una regulación que se anticipe, ya que de otra forma la solución tendríamos que encontrarla invocando los derechos fundamentales y en especial el interés superior del menor, lo que sin embargo tendría que hacerse a través de un procedimiento de tutela en el país donde se emigre, o directamente en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los costos tanto temporales como económicos que ello implica.

IX. Formas de solución al problema del reconocimiento en Latinoamérica

De la revisión anterior a algunas legislaciones latinoamericanas, podemos deducir que tanto el concepto de unión no matrimonial, como su alcance, requisitos e incluso reconocimiento varían sustancialmente de un país a otro, a pesar del origen similar que tuvieron nuestros ordenamientos jurídicos en el siglo XIX.

Sin embargo, y como este es un tema en desarrollo, considero que es necesaria una normativa conjunta o algún instrumento que nos permita como subcontinente o continente un reconocimiento de los derechos que otorgan este tipo de uniones para las parejas, especialmente considerando el aumento de las migraciones entre nuestros países, que se ve beneficiado por factores como la distancia y el idioma.

En el último cuarto del siglo XX, América encontró una nueva forma de armonización del Derecho Internacional Privado, o como lo ha definido el profesor uruguayo Rubén Santos Belandro, “una nueva estrategia codificadora”¹⁷ en contraposición a aquella de grandes cuerpos legales de la época anterior. Esta armonización se dio en el contexto de las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado en sus diversas versiones, realizadas bajo el alero de la Organización de Estados Americanos (O.E.A.), y que a la fecha han producido 26 instrumentos entre

¹⁷ Santos B., Rubén, *Derecho civil internacional y de familia*. AEU, Uruguay, 2009. p. 10.

convenciones, ley modelo, protocolos y documentos uniformes¹⁸.

A través de instrumentos de este tipo, en los que nuestra región ya tiene experiencia, que puede generarse una solución al problema del reconocimiento de los derechos que otorgan las uniones no matrimoniales, específicos para la materia, y de carácter pragmático, según lo que describe la Doctora Nuria González Martín¹⁹. Cuál va a ser el instrumento elegido por nuestros países para regular el reconocimiento de las uniones no matrimoniales en Latinoamérica, se verá en su momento, ya que tanto las armonizaciones realizadas a través de *hard law* como las convenciones, o a través de *soft law* como leyes modelo, presentan ventajas y desventajas, que radican básicamente en balances entre incorporación al ordenamiento y exigibilidad de su cumplimiento, pero que sin embargo no es objeto de análisis de este trabajo²⁰.

Cabe señalar que a nivel de la Unión Europea desde hace un tiempo se está trabajando también en proyectos de armonización para el reconocimiento de las uniones civiles²¹, sin embargo a la fecha no se han concretado²².

Es importante al tratar este asunto, el entender y respetar el proceso de cada país y su cultura, especialmente en lo que se refiere a reconocimiento de parejas del mismo sexo, pero no podemos cerrar los ojos al problema que se ha planteado en estas páginas y que poco a poco comenzará a repercutir en nuestros países apareciendo y aumentando los casos de migraciones de familias constituidas por parejas que mantengan uniones no matrimoniales.

En virtud de lo anterior, nos encontraremos con Estados que no estén dispuestos a ampliar los derechos que sus legislaciones reconocen

¹⁸ Organización de Estados Americanos, Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm octubre 2015.

¹⁹ González, Nuria, “De los tratados internacionales a las leyes modelo como paradigma de la cooperación internacional”, p. 124. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26054.pdf> noviembre 2015.

²⁰ Véase: González, Nuria. *op. cit.*; Sanchez L., Sixto, “Vías y límites a la unificación del derecho privado europeo. Soft law vs hard law. Comisión contra parlamento”. Disponible en: <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/13623/1/VIAS%20Y%20LIMITES%20PARA%20LA%20UNIFICACION%20DEL%20DERECHO%20PRIVADO%20EUROPEO.pdf> noviembre 2015.

²¹ Frimston, Richard. *op. cit.*, pp. 11 y 13.

²² Véase: European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Bringing Legal Clarity to Property Rights for International Couples”. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52011DC0125> noviembre 2015.

para las uniones no matrimoniales, así como a que sus nacionales vayan a otro país a contraer este tipo de uniones y luego regresen esperando el reconocimiento, y en virtud de su orden público no adherirán al instrumento que se cree para estos efectos. A fin de evitar lo anterior, una solución es establecer un artículo de reserva ante fraude a la ley, que señale que las uniones válidamente establecidas en el país de origen serán reconocidas en el país receptor de la pareja, con todos los derechos que conlleven, siempre que no se hayan constituido con el fin de defraudar la ley de este segundo Estado, por lo que al menos uno de los convivientes debe ser nacional, o de preferencia residente habitual, del país donde se haya configurado la unión.

X. Conclusiones

De la revisión de las normativas latinoamericanas en materia de uniones no matrimoniales, resalta las diferencias que existen en cuanto a los derechos que éstas reconocen, así como la falta de normas que permitan un reconocimiento de éstos cuando las personas emigran entre los países de la región.

Ante este escenario, urge comenzar a pensar y desarrollar un instrumento que otorgue las herramientas necesarias para dar una solución a estas parejas, ya sea a través de entidades privadas o gubernamentales, y que ésta se configure de tal forma que los Estados decidan aplicarlo sin mayores obstáculos.

Estas herramientas son los métodos de armonización y se han desarrollado a través del Derecho Internacional Privado, sólo habrá que trabajar en encontrar el más adecuado en cuanto a su forma y desarrollar su contenido, para permitir así un reconocimiento adecuado a los derechos que otorgan las uniones no matrimoniales en Latinoamérica.

XI. Bibliografía

Amado, R, Elisabeth, “La unión de hecho y el reconocimiento de derechos sucesorios según el derecho civil peruano” en *VOX JURIS* (25) 1, 2013, Perú.

Caramelo, Gustavo *et al.*, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. tomo II, Argentina, p. 200. Disponible en: http://www.infojus.gob.ar/docs-f/codigo-comentado/CCyC_Nacion_Comentado_Tomo_II.pdf, octubre de 2015.

Cornejo, Pablo. “Las Reglas de Derecho Internacional Privado del AVP. Un breve Comentario al Proyecto”, Columna publicada en *Semana Jurídica*, semana del 1 al 5 de septiembre de 2014, Chile.

—, “Regulación de las uniones de pareja del mismo sexo: ¿qué lecciones nos entrega la legislación comparada?”, en *Gaceta Jurídica* N° 379, 2012, Chile.

European Commission, “Communication from the Commission to the European Parliament, The Council, The European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. Bringing Legal Clarity to Property Rights for International Couples”. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:52011DC0125noviembre2015>.

Frimston, Richard, “Marriage and Non-Marital Registered Partnerships, A European Perspective of Private International Law”, en *Texts of Interventions, Council of Bars and Law Societies of Europe (CCBE)*, p. 6. Disponible en: http://www.ccbe.eu/fileadmin/user_upload/document/Family_law_Conference_bxl_2008/Speeches/EN_Frimston_doc.pdf octubre 2015.

González, Nuria, “De los tratados internacionales a las leyes modelo como paradigma de la cooperación internacional”, p. 124. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r26054.pdf> noviembre 2015.

Herrera, Marisa, “Principales cambios en las relaciones de familia en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Infojus*, 2014, p. 4. Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/marisa-herrera-principales-cambios-relaciones-familia-nuevo-codigo-civil-comercial-nacion-dacf140723-2014-10-02/123456789-0abc-defg3270-41fcanirtcod>

Organización de Estados Americanos, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/derecho_internacional_privado_conferencias.htm octubre 2015

Pérez-Estupiñán, Martha et al., “Unión marital de hecho: análisis jurisprudencial desde el derecho a la igualdad para los compañeros permanentes” en *DIXI*, Vol. 15 N° 17, junio 2013.

Sánchez L., Sixto. “Vías y límites a la unificación del derecho privado europeo. Soft law vs hard law. Comisión contra parlamento”. Disponible en: <http://digibug.ugr.es/bitstream/10481/13623/1/VIAS%20Y%20LIMITES%20PARA%20LA%20UNIFICACION%20DEL%20DERECHO%20PRIVADO%20EUROPEO.pdf> noviembre 2015.

Sandoval F., Omar, “Uniones maritales de hecho en Colombia, una mirada jurisprudencial”, en *Jurídicas CUC* 10 (1), 2014, Colombia.

Santos, B. Rubén, “El respeto a la diversidad cultural en el derecho internacional privado de familia”, en *Revista Chilena de Derecho Internacional Privado*, Año 1 N° , Marzo 2015.

—, *Derecho Civil Internacional y de Familia*, Uruguay, Ed. AEU, 2009.

La figura del reenvío y su regulación en el derecho civil mexicano

Francisco José Contreras Vaca*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen del reenvío*. III. *Concepto de reenvío*. IV. *Tratamiento del reenvío en la legislación civil federal mexicana y del Distrito Federal*. V. *Regulación del reenvío en el Código Modelo de Derecho Internacional Privado mexicano*. VI. *Críticas a la regulación del reenvío en México*. VII. *Conclusiones*.

I. Introducción

El reenvío emana de la necesidad de establecer la aplicación integral del sistema jurídico extranjero que ha sido elegido por la norma de conflicto del juez del foro, pero su aceptación y límites han sido ampliamente discutidos, tanto en la doctrina, como en los tratados internacionales y en la legislación de los diversos países del orbe. En México, tal y como se analizará en este estudio, su tratamiento ha sido escaso y, a la fecha, tanto a nivel federal como en algunas entidades federativas y en el Distrito Federal, su regulación se ha visto limitada a la materia civil, restringido su alcance al reenvío simple y en segundo grado, reservada su utilización para aquellos problemas que se consideran con “especiales circunstancias” y permitiendo su uso de manera “excepcional” (en casos que la legislación no señala y que los diversos poderes judiciales tampoco han establecido). Por ello, considero importante analizar el tratamiento del reenvío en la legislación nacional.

* Miembro de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, Profesor en el área del Derecho Internacional Privado en la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM y en la Universidad Panamericana.

II. Origen del reenvío

Para el *iusprivatista* es conocido que el problema del reenvío se originó en la jurisprudencia francesa derivado de la sentencia dictada por la *Cour de Cassation* de aquél país el 24 de junio de 1878 en el asunto conocido como *Caso Forgo*. En efecto, este problema se refiere a una cuestión de transmisión hereditaria de los bienes del señor Franz Xavier Forgo, el cual había nacido en el Ducado de Baviera (actualmente Alemania) en el año de 1801 siendo hijo natural (fuera de matrimonio) de la bávara Ana María Ditchi. Forgo a la edad de 5 años fue trasladado por su señora madre a la ciudad de Pau, provincia de Aquitania, Francia, donde vivió como extranjero el resto de sus 68 años de edad, al morir no otorgó testamento, era viudo, no dejó descendencia, únicamente contaba con parientes colaterales por parte de su madre y dejó un generoso patrimonio, constituido en su totalidad por bienes muebles situados en Francia. Es importante destacar, primeramente, que en aquél entonces el artículo 13 del Código Civil Francés, también conocido como Código Civil de Napoleón o Código Napoleónico¹, señalaba:

Artículo 13.- El extranjero, que por autorización del Rey, haya sido admitido a establecer su domicilio en Francia, gozará en ella de todos los derechos civiles, mientras continúe residiendo en la misma.

Conforme a lo anterior, la legislación francesa subordinaba a los extranjeros, para efectos de la adquisición de su *domicilio de derecho* en Francia, a la premisa de que el interesado consiguiera lo que se conocía como un “decreto de admisión al domicilio”, el cual Forgo nunca solicitó y, por lo tanto, no obtuvo. Consecuentemente, Forgo sólo tenía un *domicilio de hecho* (domicilio efectivo) en Francia ya que su *domicilio de derecho* (domicilio legal) se mantuvo en Baviera, que era el lugar de su nacimiento. En este caso, también es importante tener presente que, el artículo 723 del citado Código Civil francés, preceptuaba:

Artículo 723.- La ley arreglará el orden de suceder en la herencia legítima: en su defecto pasan los bienes a los hijos naturales, después al cónyuge sobreviviente y si no lo hay, al Estado.

¹ Este código fue aprobado el 21 de marzo de 1804 y aún se encuentra vigente en Francia con una gran cantidad de modificaciones.

Por ello los parientes colaterales de Forgo, conforme a dicha legislación, no tenían derecho a su herencia, ya que acorde a ella, a falta de hijos o de cónyuge superviviente lo sucedía, en la totalidad de sus bienes, el Estado francés, representado por la Administración de Dominios (fisco). A pesar de ello, los parientes colaterales de Forgo, reclamaron la herencia ante los tribunales de Pau, Francia y basaron su derecho en la norma de conflicto francesa que establecía que las sucesiones mobiliarias se regían por la ley del último *domicilio de derecho* del causante (el cual Forgo siempre mantuvo en Baviera), por lo que la ley bávara² resultaba la normatividad sustantiva aplicable y toda vez que ésta consideraba como herederos legítimos a los parientes colaterales de Forgo, a ellos debía entregárseles el haber hereditario. Habiendo sido desestimado este argumento por el tribunal de Pau, los actores recurrieron a la *Cour de Cassation*, quién remitió el asunto al Tribunal de Apelación de Burdeos, Francia, el cual dictó una sentencia estimatoria a la pretensión de los parientes de Forgo. Inconforme con tal determinación, los abogados del fisco francés observaron que, en materia sucesoria, la ley bávara también contenía una norma de conflicto (que al igual que las normas sustantivas formaban parte del derecho bávaro) la cual preceptuaba que las sucesiones mobiliarias se regían por la ley del último *domicilio efectivo (domicilio de hecho)* del difunto, es decir por la legislación francesa y que conforme al artículo 13 de la misma (el cual ha quedado transcrito) al Estado francés le correspondía la herencia. Esta tesis fue rechazada primeramente por el tribunal que conoció del asunto y debido a ello la Administración de Dominios francesa interpuso un recurso ante la *Cour de Cassation*, argumentando que al aplicar la ley sustantiva bávara el tribunal había violado indirectamente la legislación de Francia, debido a que la norma de conflicto francesa remitía la solución del asunto a la ley del *domicilio de derecho* del difunto (es decir, la ley bávara), pero que la norma de conflicto de la legislación bávara (que también forma parte del derecho de Bavaria) reenviaba la solución del asunto a la ley del *domicilio efectivo (domicilio de hecho)* del difunto, es decir a la legislación francesa, la cual como se indicó, designaba como heredero al Estado galo.

² Específicamente el *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (CMBC)* de 1756, mismo que permaneció en vigor hasta la promulgación del código civil alemán *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* del 1 de enero de 1900.

La Cour de Cassation otorgó la razón al fisco francés en su sentencia de 24 de junio de 1878 y, consecuentemente, declaró heredera de los bienes de Forgo a la nación francesa (representada por la Administración de Dominios). Derivado de tal resolución, se incorporó la figura del reenvío, primeramente, a la jurisprudencia francesa y, subsecuentemente, a la jurisprudencia y leyes de diversos países del orbe³, así como a algunos tratados internacionales⁴. No obstante, también hay que tener en cuenta que algunos países⁵ y diversas convenciones internacionales lo rechazan⁶.

³ Ejemplo de países que aceptan el reenvío, son: Alemania, en el artículo 4 de su vigente Código Civil *EGBGB*; Austria: en el artículo 5 de su Ley de Derecho Internacional Privado del 15 de junio de 1978; Eslovenia: en el artículo 6 de la Ley de la República Eslovenia del 30 de junio de 1999; Estados Unidos de América en la octava sección del *Restatement Second of Conflict of Law* lo admite sólo para casos de excepción; Italia: en el artículo 13 de la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado del 31 de mayo de 1995; Japón: en su Código de Derecho Internacional Privado de 1988; Rumania: en el artículo 4 de la Ley número 105 del 22 de septiembre de 1992; Suiza en el artículo 14, párrafo 2 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado del 18 de diciembre de 1987; Venezuela: en el artículo 4 de su Ley de Derecho Internacional Privado del 6 de agosto de 1998, etc.

⁴ A manera de ejemplo, algunos tratados internacionales que aceptan el reenvío son: La Convención de La Haya sobre Conflictos de Leyes en Materia de Matrimonio, de 1902, lo acepta en su artículo 1; la Convención de Ginebra sobre Ley Uniforme en Materia de Letras de Cambio y Pagarés a la Orden, de 17 de junio de 1930, en su artículo 2; la Convención de Ginebra sobre Ley Uniforme en Materia de Cheques, de 19 de marzo de 1931, en su artículo 2; la Convención de La Haya para Regular los Conflictos entre la Ley Nacional y la Ley del Domicilio, del 15 de junio de 1955, en su artículo 1; La Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Regímenes Matrimoniales, del 14 de marzo de 1978, en su artículo 4, etc.

⁵ A manera de ejemplo, algunas naciones que rechazan el reenvío, son: parte de Canadá, en el artículo 3080 del Código Civil de Quebec del 18 de diciembre de 1991; Grecia, en el artículo 32 de su Código Civil vigente de 1946; Túnez, en el artículo 35 de su Código de Derecho Internacional Privado del 27 de noviembre de 1998.

⁶ A manera de ejemplo, algunos tratados internacionales que rechazan el reenvío, son: La Convención de La Haya en Materia de Ley Aplicable a las Ventas Internacionales de Objetos Muebles Corporales, del 15 de junio de 1955, en su artículo 2; La Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, del 24 de octubre de 1956, en su artículo 1 y 3; La Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a los Accidentes por Carretera, en su artículo 3; La Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a la Responsabilidad por Productos, del 2 de octubre de 1973, en sus artículos 4 y 5; la Convención de La Haya sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte, del 1 de agosto de 1989, en sus artículos 4 y 17, etc.

III. Concepto de reenvío

Atento a lo señalado, podemos indicar que el *reenvío* surge en aquellas situaciones que tienen puntos de conexión o de contacto con diversas legislaciones⁷, cuando la *norma conflictual* (de conflicto, de elección o indirecta) del juez que conoce del asunto (del foro) permite la aplicación de un derecho extraño (de otra entidad federativa o de un país extranjero) en su conjunto, y la *norma conflictual* de esa legislación, por no ser idéntica o acorde con la del juez (al utilizar puntos de conexión o de contacto diferentes), no prevé la utilización de su derecho sustantivo (normas directas), sino el de otro Estado. En este caso, existe un conflicto (en realidad una discrepancia o diferencia) entre las *normas conflictuales* de un Estado y las del otro. De lo anterior se derivan dos modalidades:

- Reenvío simple o en primer grado: surge cuando la *norma conflictual* del juez que conoce el asunto (del foro) permite la aplicación del derecho extraño en su conjunto, y la *norma conflictual* de ese derecho extraño, por ser diferente a la del órgano jurisdiccional, envía al derecho del tribunal que conoce de la controversia (lo cual provoca un círculo vicioso indisoluble si el juez del foro no utiliza su derecho sustantivo para resolver el asunto).
- Reenvío en grados: surge cuando la *norma conflictual* del juez que conoce el asunto (del foro) permite la aplicación del derecho extraño en su conjunto, y la *norma conflictual* de ese derecho, por ser diferente de la del tribunal, envía la solución del problema a la legislación de una tercera entidad federativa o país. La *norma conflictual* de esa tercera entidad, a su vez, puede enviar al derecho de una cuarta y así sucesivamente. Esta serie indefinida de reenvíos se terminará cuando la *norma conflictual* de alguna entidad o país:
a) autoriza la aplicación de su propio derecho sustantivo, u b) ordena que únicamente se tomen en cuenta a las normas sustantivas

⁷ Hay que recordar que los puntos de conexión o de contacto de una situación jurídica con alguna legislación pueden derivar de: la nacionalidad de las partes intervinientes, de su domicilio, del lugar de la celebración del acto, del lugar de la ubicación de los bienes afectos a la problemática, etc.

del derecho extraño. Cuando intervienen tres legislaciones nos referimos a un reenvío en *segundo grado*, cuando intervienen cuatro a un reenvío en *tercer grado*, etc.

IV. Tratamiento del reenvío en la legislación civil federal mexicana y del Distrito Federal

En México, la primera normatividad que reguló la figura del reenvío fue la abrogada *Ley de Navegación y Comercio Marítimos* del 21 de noviembre de 1963, la cual en su artículo 3, fracción IV, contemplaba el reenvío simple, al establecer:

Artículo 3.-

... IV. Si de acuerdo con las leyes del Estado extranjero, declaradas competentes por las leyes nacionales, hay lugar para aplicar las leyes mexicanas, serán éstas las que se apliquen.

Es importante destacar que las leyes civiles mexicanas, tanto federales como de las entidades federativas y del Distrito Federal, habían sido omisas en regular la figura del reenvío y no fue sino hasta el 7 de enero de 1988 cuando se incluyó el reenvío en el *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*, debido a las diversas reformas que se realizaron a este y a otros ordenamientos con la finalidad de modernizar nuestro sistema de Derecho Internacional Privado. En dicha reforma la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado tuvo una activa e importante participación, siendo el organismo no gubernamental que elaboró el proyecto de reformas que el Presidente de la República presentó como iniciativa al Congreso de la Unión y que fue aprobada por este último. En efecto, a partir de la reforma comentada, el artículo 14, fracción II, del ordenamiento sustantivo civil invocado incluyó una regulación a la figura del reenvío y lo hizo de la siguiente manera:

Artículo 14.- En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente:

...II. Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo cuando, dadas las especiales circunstancias del caso, deban tomarse en cuenta, con carácter

excepcional, las normas conflictuales de ese derecho, que hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o de un tercer Estado...

Tal disposición: a) procura limitar el uso de la figura del reenvío, ya que se remite, en principio, sólo a las normas sustantivas del derecho extranjero, y b) el juez, al analizar las circunstancias de cada caso y cuando estime que éste lo amerita (abriendo la posibilidad de que de manera paulatina se establezcan criterios jurisprudenciales al respecto), de manera excepcional deberá aplicar la *norma conflictual* extranjera, que podrá reenviar la solución del asunto a la norma jurídica sustantiva de otro Estado, pero limitándola siempre al reenvío simple y al reenvío en segundo grado.

Por último, cabe señalar que mediante publicación en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* del 25 de mayo del 2000 y para el ámbito de aplicación del fuero común, el anterior *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* cambió su denominación por el de *Código Civil para el Distrito Federal* manteniéndose intocada y hasta la fecha, la regulación referente al reenvío, y que mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 29 de mayo del 2000 y para el ámbito de aplicación del fuero federal, se modificó la denominación del citado código por el de *Código Civil Federal*, también manteniéndose incólume la normatividad atinente al reenvío, misma que continúa vigente.

V. Regulación del reenvío en el Código Modelo de Derecho Internacional Privado mexicano

Es importante señalar que este proyecto de legislación, elaborado con gran acierto por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, en su artículo 5, inciso c), señala:

Artículo 5.- En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: ... a) Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo que las normas conflictuales de ese derecho hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o las sustantivas de un tercer estado;

Otorgando un tratamiento al reenvío distinto de aquel que establece la legislación civil mexicana vigente, tanto a nivel federal como para el Distrito Federal, ya que mientras que en éste se acepta abiertamente el uso del mismo (aunque limitado al reenvío simple y al reenvío en segundo grado), en la normatividad establecida actualmente en el *Código Civil Federal* y en el *Código Civil para el Distrito Federal*, únicamente se admite tal figura en casos excepcionales y cuando así lo determinan las especiales circunstancias del caso, a juicio del tribunal. Cabe puntualizar que, en las legislaciones indicadas y en el referido código modelo (tal y como se indicó), se restringe la utilización del reenvío al reenvío simple y al reenvío en segundo grado, lo cual estimo adecuado.

VI. Críticas a la regulación del reenvío en México

Apesar de que el uso de la figura del reenvío en la práctica judicial mexicana ha sido significativamente escaso, al grado de que no existe ningún precedente jurisprudencial al respecto, considero que su aceptación legislativa debe ser amplia y que no solo debe permitirse para casos excepcionales, tal y como actualmente lo señalan los códigos sustantivos civiles, tanto federal como del Distrito Federal, ya que su utilización resulta adecuada para lograr fallos más justos. No obstante, el uso indiscriminado del reenvío puede crear serios problemas para el logro de una expedita administración de justicia, por lo que estimo que su utilización debe limitarse al reenvío simple y al reenvío en segundo grado, tal y como a este respecto nuestro derecho positivo y el código modelo comentado lo señalan. Asimismo, considero que en aquellos casos en los cuales la autonomía de la voluntad puede entrar en juego para la elección del derecho aplicable que regule un acto jurídico, nuestra legislación debe facultar a los particulares para que tengan la plena libertad de excluir o permitir la utilización de la figura de reenvío en su determinación, aunque ello limitado al reenvío simple o al reenvío en segundo grado, para evitar que esta figura pueda encontrarse en franca oposición con el principio de prontitud y expeditéz de la justicia, postulado que en México es reconocido como un derecho humano garantizado por nuestra Constitución.

VII. Conclusiones

Atento a lo analizado en este trabajo, considero que la aceptación legislativa del reenvío debe ser amplia y que para todos aquellos casos en los cuales la legislación mexicana permite a los particulares elegir el derecho de fondo aplicable para regular su acto jurídico, también debe facultarlos para señalar si excluyen o permiten que se utilice la figura de reenvío para determinarlo. No obstante, en todos los casos, su aceptación y permisión debe limitarse al uso del reenvío simple o del reenvío en segundo grado, con la finalidad de evitar que, de surgir un conflicto, se coadyuve al retraso de la administración de justicia.

Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana*

Yaritza Pérez Pacheco**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hacia la consolidación del derecho internacional de inversiones*. III. *Mecanismos de resolución de controversias administrados por el CIADI*. IV. *Arbitraje en Venezuela*. V. *Reflexiones finales*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

La globalización económica ha permitido la internacionalización de las inversiones, el aumento sin precedentes en los flujos de inversión y el desarrollo de mecanismos legales para atraer capitales extranjeros en beneficio del desarrollo de los países. Ante esta nueva realidad, era necesario implementar métodos de solución de controversias más dinámicos que permitan resolver situaciones de conflicto generadas entre el Estado receptor de la inversión y el inversionista nacional de otro Estado. En este entorno se reclama un marco jurídico impregnado de previsibilidad y seguridad jurídica.

Resurge así el Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, adoptado en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convenio de Washington), el cual

* Este trabajo forma parte de la Línea de Investigación que se viene desarrollando bajo la responsabilidad de la autora en la Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado del Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela (UCV), con financiamiento del FONACIT y el CDCH-UCV.

** Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM); Abogada y *Magister Scientiarum* en Derecho Internacional Privado y Comparado, por la UCV, Investigadora-Docente, categoría Asociada, en la Sección de Derecho Internacional Privado y Comparado del Instituto de Derecho Privado de la UCV; Jefa de la Sección de Legislación y Jurisprudencia en el mismo Instituto.

cuenta con un importante número de Estados partes, y un elevado número de disputas sometidas a los mecanismos de resolución de controversias en el marco de las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro), institución arbitral creada por este Convenio. El arbitraje administrado por el CIADI se ha convertido en el mecanismo preferido para resolver las controversias planteadas entre Estados receptores de inversiones e inversores extranjeros.

Para la década de los 90 del siglo XX, los Estados latinoamericanos se hicieron eco de esta preferencia a través de las cláusulas CIADI incluidas no solo en los contratos de inversión extranjera, sino también en los tratados internacionales, tanto multilaterales como bilaterales, y en la legislación interna sobre la materia. En efecto, nuestros países comienzan a celebrar tratados bilaterales de promoción y protección recíprocas de inversiones y adoptan en sus legislaciones internas disposiciones tendientes a favorecer los mecanismos alternativos de resolución de controversias, como el arbitraje.

El arbitraje internacional administrado por el CIADI constituye un complejo engranaje de instrumentos y ha producido una abundante “jurisprudencia” en materia de inversiones, hasta llegar a consolidarse como una jurisdicción especializada en esta materia.

En virtud del importante número de demandas con las que cuentan hoy países como Argentina (52 casos registrados, de los cuales 20 están a la espera de una resolución definitiva), Venezuela 39 casos registrados y 26 pendientes de decisión), México (16 casos registrados y 1 pendiente), no solo ante el CIADI, cuyos números son los que estamos reflejando para el momento de la redacción de estas líneas¹, sino también en otros centros arbitrales del mundo, nos proponemos esbozar los problemas actuales en torno al arbitraje como mecanismo de resolución de controversias inversor-Estado desde un enfoque latinoamericanos, tomando a Venezuela como referente, ya que es el segundo país más demandando en el hemisferio, precedido por Argentina.

¹ Cfr. <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/cases/Pages/AdvancedSearch.aspx>

II. Hacia la consolidación del derecho internacional de inversiones

La evolución de la inversión extranjera se ha visto acompañada por el nacimiento de un nuevo campo del derecho internacional que define los derechos y obligaciones entre Estados receptores e inversores extranjeros y crea procedimientos para resolver las controversias en relación con ese marco. Así, se comienza a hablar, cada día con mayor fuerza, del derecho internacional de inversiones, el cual tiene por objeto las relaciones inversor-Estado y, especialmente, el arbitraje internacional como un mecanismo de solución de controversias.

El denominado derecho internacional de inversiones² es una de las áreas de más rápido crecimiento del derecho internacional, el cual ha dado lugar a la firma de múltiples acuerdos, sobre todo en forma de contratos de inversión y tratados de inversión. Además, en las últimas dos décadas, se ha producido un crecimiento exponencial en el número de disputas de inversiones que se someten a tribunales arbitrales³. Sin embargo, los principios jurídicos del derecho internacional de inversiones y del arbitraje internacional en esta materia están en constante formación. Por ello, es de suma importancia continuar fomentando su estudio y la evaluación de sus fundamentos conceptuales, a fin de proyectar soluciones sobre la base de los asuntos resueltos a través de los laudos arbitrales, en un intento por compensar la creciente brecha entre la teoría y la práctica en esta área del derecho.

En general, el análisis de las posiciones teóricas conflictivas subyacentes en el derecho internacional de inversiones, pone a prueba su valor como referencia para concretar cuestiones que han surgido en la “jurisprudencia”, en la respuesta dada en cada caso concreto por los “tribunales arbitrales”.

El antecedente convencional del desarrollo del derecho internacional de inversiones, lo encontramos en el Convenio de Washington, y la creación

² El derecho internacional de inversiones consiste en un conjunto de reglas que protegen a la inversión y al inversionista extranjero frente a las acciones de los Estados receptores de la inversión.

³ De acuerdo con el documento del CIADI, “Carga de casos del CIADI - Estadísticas (Edición 2015-2)”, al 30/06/2015 se han registrado 525 casos bajo el Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario. *Cfr.* [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(Spanish).pdf).

del CIADI, con sede en el Banco Mundial, con el objeto de proporcionar a los inversores extranjeros medios alternativos de solución de controversias, como la conciliación y el arbitraje, a los que puedan acceder tanto el Estado receptor de la inversión como el inversionista extranjero para presentar las reclamaciones vinculadas con las inversiones.

Desde 1965 hasta la fecha el número de Estados Parte del Convenio de Washington ha aumentado considerablemente (159 países lo han firmado y 151 países han depositado su instrumento de ratificación para octubre de 2015), y se han registrado más de 500 controversias sometidas a los mecanismos del Centro, fundamentalmente al arbitraje, tanto bajo el Convenio de Washington, como del Reglamento del Mecanismo Complementario. En este marco, más de 300 casos se han concluido, ya sea a través de un laudo definitivo o cualquier otro medio de los previstos en el Convenio y las Reglas de Arbitraje del CIADI (avenencia o terminación, ya sea a solicitud de una de las partes o por abandono de la instancia, ver Reglas de Arbitraje 43 al 45)⁴.

III. Mecanismos de resolución de controversias administrados por el CIADI

Nuestro continente y El Caribe no son ajenos al Convenio de Washington, un importante número de países lo ha ratificado: Argentina, Bahamas, Barbados, Bolivia (denuncia en 2007), Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador (denuncia en 2007), El Salvador, Estados Unidos de Norteamérica, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Saint Kitts y Nevis, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (denuncia en 2012)⁵.

En el marco del Convenio de Washington, los Estados se han comprometido a otorgar su consentimiento a la jurisdicción del CIADI, para someter las diferencias de naturaleza jurídica, entre un Estado contratante

⁴ CIADI, Informe Anual 2015, disponible en: https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR15_SPA_CRA_b11-highres.pdf

⁵ Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial N° 35685 de fecha 03/04/1995. El gobierno de la República Bolivariana de Venezuela formalizó el día 24/01/2012 ante el Banco Mundial, su denuncia irrevocable del Convenio.

y un nacional de otro Estado contratante, que surjan directamente de una inversión, siempre que las partes hayan consentido por escrito someterse al Centro. Por lo cual, el consentimiento en el sistema arbitral del Convenio de Washington requiere de dos fases: la aceptación de ser parte en el Convenio (entre Estados contratantes) y un acuerdo por escrito de las partes (entre el Estado receptor y el inversor extranjero). Es decir, la ratificación del Convenio de Washington no implica la obligación de someter ninguna controversia al CIADI, para lo cual se requiere un consentimiento adicional del Estado receptor y el inversor nacional del otro Estado contratante.

El sistema CIADI está fundado en la autonomía de las partes. Así, la jurisdicción del Centro, el alcance de su competencia, la verificación de la validez del acuerdo, las reglas de actuación y el derecho aplicable al fondo de la controversia tiene su origen en el consentimiento de las partes. Entendiéndose por partes al Estado receptor de la inversión y al inversor nacional de otro Estado. En este contexto el inversor goza de *ius standi* para accionar de manera directa en contra de un Estado soberano receptor de la inversión extranjera, sin necesidad de acudir a la protección diplomática. Surgen así varias cuestiones vinculadas a la formación del consentimiento para someterse al arbitraje internacional, en particular las modalidades y efectos de la manifestación del consentimiento por parte del Estado receptor de la inversión⁶.

Aunque el Convenio de Washington parte del supuesto de que el consentimiento de las partes en la diferencia constará en la cláusula de un contrato celebrado entre el inversor y el Estado receptor, en la práctica se han extendido las formas de manifestar dicho consentimiento. Las cláusulas de sumisión al arbitraje CIADI pueden encontrarse formando parte del articulado de tratados multilaterales, tratados bilaterales de protección y promoción de inversiones e incluso en la legislación interna.

En atención a la naturaleza mixta de las relaciones en materia de inversión extranjera, se presentan problemas a la hora de determinar cuándo estamos en presencia de un consentimiento otorgado por el Estado receptor, para someter a los mecanismos de resolución de controversias del Convenio, las

⁶ Pérez Pacheco, Yaritza, “Arbitraje internacional en materia de inversión extranjera. La jurisdicción del CIADI”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, N° 136, Venezuela, 2012, pp. 33-75.

diferencias de naturaleza jurídica vinculadas con la inversión⁷. Analicemos cuales son estos mecanismos de resolución de controversias proporcionados por el CIADI a los actores de la inversión extranjera en el mundo:

Arbitraje entre Estados y nacionales de otros Estados Parte

El arbitraje inversor-Estado ha evolucionado rápidamente, el desarrollo de este importante campo del arbitraje internacional es el resultado de la creación del CIADI y los más de 3000 tratados de inversión celebrados para la fecha, la mayoría de los cuales tienen su origen en los últimos veinte años. Este desarrollo ha generado un clima de mayor seguridad para los inversores extranjeros en el trato con los Estados receptores de inversión y ha incentivado el crecimiento del comercio internacional.

El sistema CIADI se sustenta en el consentimiento de las partes como piedra angular. Esto es, se requiere del común acuerdo del Estado receptor y del inversor extranjero para someter una diferencia a su resolución. El Convenio de Washington no consideró a los tratados como instrumentos capaces de habilitar la instancia arbitral al inversor extranjero. Por el contrario, sus disposiciones reflejan que la jurisdicción del Centro presupone un compromiso arbitral de naturaleza contractual, concluido entre el Estado y el inversor extranjero, para someter una diferencia a su resolución. Sin embargo, la dinámica del sistema de solución de controversias inversor-Estado demuestra que las cláusulas a través de las cuales es posible acceder al arbitraje CIADI, pueden estar incluidas en un tratado de inversión, como lo son los Tratados bilaterales de inversión (TBI), e incluso en la legislación interna del Estado receptor, llegando a configurarse en una “oferta” de consentimiento por parte del Estado receptor, la cual sólo requiere de la aceptación posterior del inversor para su perfeccionamiento. Sin lugar a dudas, hoy el arbitraje al que remiten las legislaciones internas y los tratados de inversión de manera unilateral es un mecanismo más de garantía y protección de las inversiones.

El Estado venezolano, como muchos otros Estados latinoamericanos, ha aceptado con carácter general la jurisdicción del CIADI respecto de todas

⁷ Pérez Pacheco, Yaritza, “El consentimiento estatal ante el CIADI”, *Lecciones y Ensayos*, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, N° 91, Argentina, 2012, pp. 19-57, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/consentimiento-estatal-al-arbitraje-del-ciadi.pdf>.

las controversias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión. Ello se desprende de la red de TBI a través de los cuales el Estado ha otorgado una oferta de consentimiento a los inversores extranjeros para someter las disputas inversor-Estado al arbitraje CIADI. Estos tratados incluyen nociones amplias de “inversión” en las cuales podría encuadrar cualquier tipo de activo invertido por un nacional de otro Estado contratante, incluso si se tratare de una persona jurídica constituida de conformidad con la legislación del Estado receptor, si ésta se encuentra controlada por un nacional de otro Estado contratante.

La práctica arbitral se ha enfrentado a innumerables problemas interpretativos a la hora de establecer directrices para la determinación de la jurisdicción sobre la base del artículo 25 del Convenio de Washington y del instrumento específico bajo el cual se alega dicha jurisdicción, ya sea un contrato, un tratado de inversión o una ley interna. Si bien, el mecanismo del arbitraje CIADI constituye una valiosa herramienta a la hora de enfrentar los conflictos suscitados a partir de las inversiones extranjeras, es necesario perfeccionarlo a partir de la experiencia adquirida en estos más de 20 años de intensa labor.

Si bien la mayoría de las inversiones se establecen a través de un contrato de Estado celebrado entre el Estado receptor y el inversor extranjero, la proliferación de tratados de inversión contentivos de garantías de promoción y protección de inversiones con características generales, las cuales dejan un amplio margen al intérprete, ha generado confusiones a la hora de delimitar cuándo se está en presencia de una controversia en materia de inversión amparada por una cláusula de resolución de controversias contenida en un tratado de inversión que le permite al inversor el acceso directo al CIADI.

La admisión de un consentimiento avanzado o una oferta unilateral del Estado acogiendo el arbitraje internacional en materia de inversión ha dado lugar al llamado “arbitraje unilateral”, término acuñado por BEN HAMIDA, con el cual se pretende aludir a: (i) la forma de emitir, *prima facie*, el consentimiento de una de las partes en el arbitraje, ya que el Estado receptor a través de una oferta unilateral, general y abstracta (*erga omnes*) acepta someter determinadas controversias al arbitraje internacional; (ii) la forma en que se desarrolla el arbitraje, siempre a iniciativa de una de las partes -el inversor- frente al Estado receptor, el cual asume la posición de demandado.

Desde esta perspectiva, el arbitraje internacional como garantía general ofrecida por el Estado a los inversionistas extranjeros coloca a estos últimos en una situación general y abstracta propia de los efectos de una norma y no en una posición subjetiva e individualizada, propia de un contrato.

El arbitraje administrado por el CIADI se ha convertido en el mecanismo más solicitado para resolver las controversias planteadas entre los Estados receptores de inversión e inversores extranjeros, por lo cual podría considerarse el “juez natural” de las inversiones extranjeras. El arbitraje inversor-Estado le proporciona a un inversionista negativamente afectado por los actos del Estado receptor de la inversión un medio razonable de resolución de este tipo de controversias, en el cual se les garantiza a los litigantes el respeto de los elementos más importantes de derecho sustantivo y de procedimiento acordado por ellos y subsidiariamente cubierto por todo un sistema sobre el cual se sustenta el CIADI.

El sistema no se encuentra exento de críticas, mas debemos tener en consideración que el mismo está en plena formación y, como todo sistema, no es perfecto. Sin embargo, los esfuerzos por equilibrar los valores en juego en el Derecho Internacional de Inversiones deben constituirse en el norte de los árbitros, a quienes se les encomienda la resolución de controversias en materia de inversión.

El sistema CIADI ha desbordado las legítimas expectativas de las partes, las cuales de mutuo acuerdo se someten al arbitraje internacional administrado por dicho Centro. En efecto, en algunos casos se ha considerado aplicable la cláusula de la nación más favorecida a los aspectos jurisdiccionales, permitiendo a cualquier inversor nacional de un tercer Estado acceder al arbitraje CIADI, a pesar de que el Estado receptor no hubiere contemplado dicha posibilidad en el TBI que los vincula, pero por considerarlo que establece condiciones menos favorable a otro TBI que si admite el arbitraje, puede concedérsele dicha garantía. Así, cualquier inversor extranjero amparado en el estándar internacional de la nación más favorecida, podría pretender la aplicación de dicha cláusula y considerarse legitimado para iniciar un arbitraje ante el CIADI. También, la interpretación amplia de la noción de inversor e inversión contenida en los TBI, ha degenerado en la ampliación de los derechos y garantías otorgadas a los inversores extranjeros en desmedro de los Estados receptores de inversión.

La formación de “jurisprudencia” internacional sobre inversión extranjera por parte de los tribunales CIADI persigue determinar el derecho, corroborar la vigencia de una regla jurídica y constituir precedentes, cuyo valor está en razón de la autoridad de la institución a la cual pertenece el tribunal del cual emana la decisión.

Un ejemplo de esta formación del derecho internacional de inversiones lo observamos con la introducción del principio general del abuso de derecho en la iniciación de procedimientos de arbitraje ante el CIADI. En la última década, los Tribunales CIADI han discutido la adopción de este nuevo estándar en la evaluación de los requisitos jurisdiccionales del Convenio de Washington, con el fin de preservar la integridad del proceso. Este principio de derecho internacional, junto con otros conceptos similares, como la buena fe y la prohibición del abuso del proceso, han comenzado a desempeñar un papel importante en la etapa jurisdiccional de los procedimientos ante el CIADI, en gran parte debido a la práctica ampliamente adoptada por los inversores de reestructurar sus inversiones con el fin de obtener acceso a la jurisdicción de los tribunales del CIADI sobre la base de un tratado de inversiones. Aunque los parámetros exactos del principio todavía no se han establecido, la práctica de los tribunales del CIADI proporciona una hoja de ruta útil para casos futuros.

La intensa actividad de los tribunales arbitrales en la resolución de controversias inversor-Estado ha producido un importante número de decisiones, en las cuales se pueden identificar rasgos característicos, entre ellos el lenguaje empleado. Sin lugar a dudas, cada tipo de actividad jurídica tiene su propia técnica y su propio discurso, en consecuencia cada una tiene su propio lenguaje. Así el derecho internacional de inversiones tiene su propio lenguaje jurídico producto de la dinámica del comercio internacional, en general, y de las inversiones extranjeras, en particular.⁸

En la resolución de controversias en materia de inversión la “jurisprudencia” arbitral ha dejado dos importantes enseñanzas. La primera, el aumento en el número de diferencias en materia de inversión ha puesto en duda la conveniencia de negociar tratados de inversión con disposiciones

⁸ Pérez Pacheco, Yaritza y Méndez Salom, Elizabeth, “El lenguaje jurídico del arbitraje de inversión. A propósito del sistema CIADI”, en *Arbitraje internacional: pasado, presente y futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, T. II, Carlos Soto (coordinador), Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2013, pp. 1529-1557.

amplias e imprecisas que deleguen en los tribunales arbitrales la labor de interpretar su significado. La segunda, se centra en replantear la necesidad de los países en atender no sólo a la redacción del tratado sino también a la relación de éste con los convenios de arbitraje contenidos en el mismo y en los contratos entre el inversor y el Estado receptor, a la hora de negociar un acuerdo de inversión.

Mecanismo Complementario del CIADI

El Mecanismo Complementario del CIADI permite administrar otros procedimientos entre Estados y nacionales de otros Estados que estén fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Washington, entre los que se encuentran procedimientos de conciliación o arbitraje para el arreglo de diferencias relativas a inversiones que surjan entre partes, una de las cuales no sea un Estado Contratante o un nacional de un Estado Contratante. Bajo ciertas condiciones, los inversionistas extranjeros de un Estado contratante podrían acceder a esta fórmula para reclamar los derechos y garantías que consideren vulnerados por el Estado receptor no parte del Convenio y viceversa.

Así, por ejemplo, en el caso de Venezuela, una vez formalizada la denuncia del Convenio de Washington, el texto continuó vigente por un lapso de seis meses (hasta el 25 de julio de 2012). Durante ese tiempo los nacionales de otro Estado protegidos por algún TBI que contenga una oferta abierta de arbitraje, podrían notificar al Estado venezolano su voluntad de acogerse a dicha oferta y, eventualmente, introducir una solicitud de arbitraje ante el CIADI. Después de esta fecha, la mayoría de los TBI establecen alternativas para la solución de controversias, en la mayoría de los casos, además del arbitraje CIADI, se contempla la posibilidad de utilizar el Mecanismo Complementario del CIADI o un arbitraje *ad hoc* bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), quedan a disposición de las partes cualquiera de esos mecanismos de resolución de controversias.

Asimismo, la mayoría de los TBI siguen vigentes durante largo tiempo luego de ser denunciados, por lo que si Venezuela, por ejemplo, pretendiera denunciarlos pasaría mucho tiempo antes de poderse

desprender definitivamente de las obligaciones internacionales derivadas de ellos.

En lo que respecta a los casos pendientes que cursan en la actualidad ante el CIADI, éstos seguirán su curso normal hasta su culminación. Si algún laudo condena a Venezuela, el Estado deberá pagar lo dispuesto en la decisión y en caso de que se negara a hacerlo el laudo podría ejecutarse forzosamente, lo que quiere decir que se podrían embargar bienes pertenecientes al Estado venezolano ubicados en el exterior.

Así, por una parte, es correcto afirmar que los Estados que han denunciado el Convenio de Washington continúan vinculados al arbitraje CIADI vía Mecanismo Complementario.

Idas y vueltas del arbitraje de inversiones en Latinoamérica

Tomando como punto de partida a Venezuela, pero sin olvidar las posturas de Bolivia y Ecuador, después de la denuncia del Convenio de Washington el tema del arbitraje de inversiones sigue teniendo importancia, en virtud de que es un mecanismo de resolución de controversias adoptado por los Estados latinoamericanos, tanto en los denominados contratos de Estado como en los más recientes tratados bilaterales, en los cuales se admite la resolución de disputas entre un Estado y un inversionista extranjero a través de un arbitraje *ad hoc* de acuerdo con las Reglas de UNCITRAL o cualquier otras; o un arbitraje institucional, dándole cabida a otras instituciones arbitrales, como la Cámara de Comercio Internacional y la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Este panorama nos ha permitido hacer dos lecturas preliminares: una, la incorporación de un importante número de países al Convenio de Washington denota la creciente aceptación e implementación de los mecanismos de resolución de diferencias auspiciados por el Centro; otra, con la denuncia del Convenio por parte de Bolivia, Ecuador y Venezuela se han retomado las viejas doctrinas territorialistas que dieron origen a la Doctrina Calvo, producto de las múltiples críticas al sistema CIADI, razón por la cual algunas voces contrarias al arbitraje CIADI exigen la creación de un sistema alternativo, mientras otras apuestan por mantenerlo, pero con reformas de carácter urgente.

La primera lectura, es producto del cambio de paradigma de los países

latinoamericanos frente al arbitraje a partir de la década de los 90, cuando por diversas razones económicas y políticas decidieron incorporarse a la red de tratados de inversión existentes. En la actualidad, estos países se hicieron eco de esta preferencia por el arbitraje, no sólo con la adopción del Convenio de Washington sino también con su incorporación a la red de más de 3000 tratados de inversiones, y particularmente de los conocidos como Tratados Bilaterales de Inversión (TBI).

Pero los Estados, ante los procedimientos arbitrales incoados por los inversores extranjeros, han optado por interponer un sin número de excepciones procesales a la jurisdicción de diversa naturaleza, pero las que más polémicas presentan son aquellas vinculadas con el consentimiento de las partes para someterse al arbitraje del Centro. La práctica arbitral nos permite analizar los problemas subyacentes y sus posibles respuestas en torno a la determinación de la jurisdicción subjetiva, objetiva y por razón del tiempo, por tribunales de arbitraje constituidos bajo las Reglas del CIADI⁹, en cuyo contexto le corresponde a cada tribunal decidir sobre su propia jurisdicción y competencia respecto de las controversias que le han sido planteadas.

Así, es importante destacar los problemas prácticos que se presentan a la hora de verificar la existencia del consentimiento otorgado por el Estado de manera anticipada, en un tratado o en una ley interna. En efecto, en el arbitraje entre un Estado y un inversor nacional de otro Estado, no siempre el consentimiento se expresa de manera simultánea, ya que es muy frecuente encontrar una “oferta” de consentimiento del Estado receptor mediante la cual consiente someter determinadas controversias al arbitraje CIADI, o a cualquier otra institución arbitral, para cuyo perfeccionamiento se requerirá de la posterior “aceptación” del inversionista. Esta modalidad es también conocida como “consentimiento avanzado”, con lo cual se produce una disociación entre la emisión y la recepción del consentimiento. En palabras del árbitro JAN PAULSSON se trata de un *arbitration without privity*¹⁰, en la medida en que se constituyen en cláusulas arbitrales sin el efecto relativo

⁹ Pérez Pacheco, Yaritza, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Vol. 4, N° 1, España, 2012, pp. 316-333, disponible en: <http://hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/CDT/article/viewFile/1476/616>

¹⁰ Cfr. Paulsson, Jan, “Arbitration without Privity”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, N° 2, Washington, D.C., 1995.

de los contratos. Sin lugar a dudas, esta práctica ha permitido multiplicar de manera exponencial el número de arbitrajes administrados por el CIADI¹¹.

La segunda lectura que puede dársele al panorama latinoamericano frente al arbitraje auspiciado por el CIADI, en atención a las denuncias del Convenio de Washington presentadas hasta la fecha, es el impacto de las críticas en torno al arbitraje como mecanismo de resolución de disputas. En efecto, las críticas al arbitraje CIADI se han intensificado en los últimos tiempos, a raíz de las cuantiosas condenas pecuniarias y múltiples procedimientos incoados contra un mismo Estado por un solo acto Estatal, como el caso Argentino. Entre estas críticas destaca la necesidad de un mecanismo alternativo de revisión de los laudos como resultado del cuestionamiento al recurso de anulación previsto en el Convenio.

En efecto, se ha incrementado exponencialmente el número de solicitudes de anulación de laudos, tanto así que según lo expresado por Promod Nair y Claudia Ludwig¹², quienes tomando como base el trabajo de Christoph Schreuer¹³, estiman que el número de laudos anulados en el año 2010 conduce al surgimiento de una cuarta generación de “jurisprudencia” en materia de anulación CIADI, haciendo posible identificar cuatro grandes momentos, en lugar de los tres identificados por Schreuer.

La primera generación de laudos anulados se ubica entre 1985-1986, e incluye las decisiones dictadas en *Klöckner vs. Cameroon I*¹⁴ y *Amco Asia vs. Indonesia I*,¹⁵ cuyas decisiones se caracterizan por considerar que los motivos contradictorios, inadecuados o insuficientes en la motivación de los laudos se asimilan a la falta de expresión de motivos. La segunda generación comprende el periodo que va entre 1989 y 1992, en la cual los comités fueron más cautelosos, en respuesta a las fuertes críticas formuladas sobre

¹¹ Pérez Pacheco, Yaritza, “Oferta estatal de consentimiento en el procedimiento arbitral CIADI”, *Revista Ciencias Sociales y Educación*, Vol. 2, N° 3, enero-junio, Universidad de Medellín, Colombia, 2013, pp. 33-63.

¹² Cfr. Nair, Promod y Smith, Herbert, “ICSID Annulment Awards: the fourth generation?”, *Global Arbitration Review*. Vol. 5, No 5, February, USA, 2011.

¹³ Cfr. Schreuer, Christoph, *Three Generations of CIADI Annulment Proceedings - Chapter 2 - Annulment of ICSID Awards*, USA, 2004.

¹⁴ *Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others vs. Camerún y Société Camerounaise des Engrais* (CIADI Caso No. ARB/81/2), Decisión del Comité *ad hoc* de Anulación del 03/05/1985.

¹⁵ *Amco Asia Corporation y otros vs. Indonesia* (CIADI Caso No. ARB/81/1), decisión del Comité *ad hoc* de Anulación del 16/05/1986.

las anulaciones previas, y dictaron la decisión en el caso *Mine vs. Guinea*¹⁶, cuyas interpretaciones han servido de referencia para fallos posteriores. Una tercera generación representada por las decisiones dictadas en los asuntos *Wena Hotels vs. Egipto*¹⁷, *Vivendi vs. Argentina I*¹⁸ y *CMS vs. Argentina*¹⁹ –entre los años 2002 y 2009– las cuales fueron bienvenidas por adoptar un análisis balanceado; y, finalmente, una cuarta generación es anticipada por *NAIR y LUDWIG* con ocasión de cuatro (4) laudos anulados para el verano de 2010: *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. Kazakhtan*²⁰; *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto*²¹; *Sempra vs. Argentina*²²; y *Fraport Ag Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Filipinas*²³.

El hecho de que un importante número de laudos hayan sido anulados total o parcialmente, no sólo en el periodo analizado –el 2010 fue un año emblemático- lo cual influyo considerablemente en los años subsiguientes, pone en entredicho una de las principales ventajas del arbitraje: la celeridad en la resolución de conflictos inter partes. Desde que el procedimiento es iniciado hasta que se resuelve el recurso de anulación interpuesto contra el laudo definitivo, pueden transcurrir un promedio de 6 años²⁴.

¹⁶ *Maritime International Nominees Establishment vs. Guinea* (CIADI Caso No. ARB/84/4), Decisión de anulación parcial del 22/12/1989.

¹⁷ *Wena Hotels Limited vs. Egipto* (CIADI Caso No. ARB/98/4), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 05/02/2002.

¹⁸ *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. Argentina* (CIADI Caso No. ARB/97/3), Decisión sobre Anulación del 03/07/2002.

¹⁹ *CMS Gas Transmission Company vs. Argentina* (CIADI Caso No. ARB/01/8), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del 25/09/2007.

²⁰ *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. República de Kazajstán* (CIADI Caso No. ARB/05/16), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del 25/03/2010.

²¹ *Helnan International Hotels A/S vs. Egipto* (CIADI Caso No. ARB/05/19), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del 14/06/2010.

²² *Sempra Energy International vs. Argentina* (CIADI Caso No. ARB/02/16), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 29/06/2010.

²³ *Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Filipinas* (CIADI Caso No. ARB/03/25), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del 23/12/2010.

²⁴ Pérez Pacheco, Yaritza y Méndez Salom, Elizabeth, “Recurso de anulación contra laudos CIADI ¿Refuerza la autonomía del sistema o contraría la celeridad del arbitraje internacional?”, Anuario Peruano de Arbitraje, No. 1, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2011, pp. 122-145.

IV. Arbitraje en Venezuela

En Venezuela, el arbitraje constituye un mecanismo de resolución de controversias alternativo de la justicia ordinaria ya plenamente asentado. Los actores del mercado mundial lo prefieren, no sólo por sus ventajas (flexibilidad procesal, especialización, imparcialidad del árbitro, rapidez, economía), sino por otras muy variadas razones, entre ellas: la desconfianza en la estructura del procedimiento judicial estatal, el interés de colocar la resolución de la disputa en una persona con amplia experiencia en las complejas relaciones empresariales y, por preferir la rapidez de una sola instancia a las garantías de los recursos judiciales estatales.

En la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se propugna que los medios alternativos de justicia forman parte del sistema de justicia, artículo 253, y los órganos del Estado venezolano deberán favorecer el recurso al arbitraje, tanto nacional como internacional²⁵, artículo 258, lo cual compete a todos los órganos del Estado, como lo reconoce la Exposición de Motivos del texto Constitucional, con lo cual la jurisprudencia y la doctrina han afirmado que el arbitraje es un derecho fundamental, una variante del derecho de acceso a la justicia y a la tutela jurisdiccional efectiva, artículo 26²⁶.

Para enero del 2012, el Estado venezolano contaba con veintisiete (27) TBI²⁷, incluyendo los seis (6) acuerdos concluidos durante el Gobierno del Presidente HUGO CHÁVEZ FRÍAS (con Francia, Irán, Belarús, Vietnam y

²⁵ Procuraduría General de la República, *Doctrina de la Procuraduría General de la República 2001-2002*, Caracas, 2003, pp. 58-60; 98-100; 223-226. Ver también, Parma Ponte, Mariana y Dixies Velásquez Reque, *Los contratos de empréstitos. Análisis jurídico desde la experiencia del abogado del Estado*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2006, pp. 217-229.

²⁶ TSJ-SC, sentencia No. 1541 del 17/10/2008, Exp. 2008-763. Ver, entre otros, Hernández-Breton, Eugenio: "Arbitraje y Constitución: el arbitraje como derecho fundamental", en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Valera, Irene de (Coordinadora), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 18, Caracas, 2005, pp. 22-34.

²⁷ El aparente abuso del Tratado Bilateral con el Reino de los Países Bajos llevó al Gobierno de Venezuela a notificarle a este país su decisión de no prorrogar su vigencia. Así se lo hizo saber el 30 de abril de 2008. Si bien, este TBI dejó de tener vigencia *pro futuro* el 1° de noviembre de 2008, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14, párrafo 3, el Tratado sigue vigente hasta el 31 de octubre de 2023, esto es por 15 años más.

Rusia)²⁸. Pero, en el año 2008 el discurso del Ejecutivo Nacional comenzó a ser abiertamente contrario al arbitraje CIADI y la Asamblea Nacional el 12 de febrero adoptó un acuerdo mediante el cual exhortó al Ejecutivo Nacional a retirarse del CIADI²⁹. Estas acciones se concretaron en la denuncia del Convenio de Washington el 24 de enero de 2012, cuando el depositario recibió una notificación por escrito de la República Bolivariana de Venezuela.

Además, la denuncia del Convenio CIADI abre la puerta para que el Estado venezolano sea demandado a través de otros mecanismos arbitrales, como el Mecanismo Complementario del CIADI, procedimientos arbitrales *ad hoc* bajo las Reglas UNCITRAL u otros tipos de arbitrajes institucionales o *ad hoc* previstos en los TBI vigentes para Venezuela con países de todas las latitudes³⁰, y en aquellos casos en que no exista ningún mecanismo disponible, se podrían considerar las acciones Estado-Estado, lo cual tiende a generar tensiones en la política exterior de los Estados involucrados.

Cabe destacar que el TBI entre Venezuela y la República de Belarús (08 de diciembre de 2007), es el primer acuerdo que no incluye el arbitraje CIADI y/o su Mecanismo Complementario, dentro de la cláusula de solución de controversias entre Estados e inversores extranjeros³¹. Posteriormente, los TBI celebrados por Venezuela con Vietnam y Rusia, ambos en 2008,

²⁸ Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Francia-Venezuela, publicado en Gaceta Oficial No. 37896 del 11/03/2004; Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Irán –Venezuela, publicado en Gaceta Oficial No. 38389 del 02/03/2006; Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Belarús-Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial No. 38.894 del 24/03/2008; Ley Aprobatoria del Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones Vietnam-Venezuela, publicado en Gaceta Oficial N° 39170 del 04/05/2009; y Ley Aprobatoria del Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Rusia-Venezuela, publicado en Gaceta Oficial No. 39191 del 02/06/2009.

²⁹ Acuerdo sobre la Campaña de la Transnacional Exxon Mobil contra Petróleos de Venezuela, S.A., publicado en Gaceta Oficial No. 38869 de fecha 13/02/2008.

³⁰ Alemania, Argentina, Barbados, Belarús, Bélgica, Brasil (no en vigor), Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Irán, Lituania, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rusia, Suecia, Suiza, Uruguay y Vietnam.

³¹ Art. 8: “Disputas entre una Parte Contratante y un Inversionista de la Otra Parte Contratante. 1. Cualquier disputa que surja directamente de una inversión entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante deberá transarse de forma amistosa entre las dos Partes de la disputa. 2. Si la disputa no se ha resuelto dentro de tres (3) meses desde la fecha

también han seguido esta modalidad, la cual es coherente con la postura gubernamental de alejarse del CIADI, adoptada en ese año.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano ha llegado a afirmar que Venezuela se ubica “entre los países promotores y afines con el arbitraje”³², pero el Poder Legislativo ha expresado su desconfianza por este mecanismos en los casos que involucran a los entes del Estado y el discurso del Poder Ejecutivo se dirige a revivir la Cláusula Calvo en su sentido más restringido³³. Así, se plantean contradicciones entre la Constitución, la legislación interna, la jurisprudencia y la política exterior del Estado venezolano, frente al arbitraje internacional.

En este sentido, resulta de interés revisar los casos planteados simultáneamente ante los órganos jurisdiccionales nacionales y la jurisdicción arbitral CIADI. Los casos Aucoven³⁴ y Minera Las Cristinas (Vannessa Ventures)³⁵, como ejemplos de la situación planteada³⁶. Por otra parte, los antecedentes que se describen en los asuntos conocidos por los tribunales arbitrales CIADI, son un valioso material de análisis de las políticas gubernamentales en materia de inversión extranjera.

Con la denuncia de Venezuela del Convenio de Washington y el reciente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Inversiones (2014) surgen nuevas interrogantes en cuanto a los mecanismos de resolución de controversias en materia de inversiones extranjeras se refiere. En efecto, el Presidente de la República Bolivariana de Venezuela dictó un Decreto-Ley, vigente desde el 18 de noviembre de 2014, mediante el cual se pone en

en que se comunicó, por escrito, por mutuo acuerdo, la disputa puede someterse a: a) los tribunales competentes de la Parte Contratante en cuyo territorio se ha hecho la inversión. b) un tribunal de arbitraje *ad hoc* que se forme según las reglas de la CNUDMI Comisión de las Naciones Unidas del Derecho Mercantil Internacional. c) cualquier otro tribunal de arbitraje internacional *ad hoc* previamente aceptado (...)”

³² TSJ-SC, sentencia No. 1541 del 17/10/2008, Exp. 2008-763.

³³ Hernández-Breton, Eugenio: “El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 149, julio-diciembre, 2010, pp. 391-407.

³⁴ TSJ-SPA, sentencia No. 1753 del 18/11/2003 Exp. 2001-0943; y Caso CIADI ARB/00/5, Decisión sobre jurisdicción del 27/09/2001.

³⁵ TSJ-SPA, sentencia No. 832 del 15/07/2004, Exp. 2002-0464; TSJ-SC, sentencia No. 3229 del 28/10/2005, Exp. 04-2562; Caso CIADI ARB (AF)/04/6, Decisión sobre jurisdicción del 22/08/2008; TSJ-SPA, sentencia No. 1690 del 07/12/2011, Exp. 2002-0375.

³⁶ *Cfr.* Hernández-Breton, E.: “El arbitraje y las normas...”, *op. cit.*, pp. 396-399.

vigor la Ley de Inversiones³⁷, en la cual se establece que las inversiones extranjeras quedan sometidas a la jurisdicción de los tribunales de la República, la cual podrá participar y hacer uso de otros mecanismos de solución de controversias construidos en el marco de la integración de América Latina y El Caribe (art. 5). Esta disposición parece eliminar la posibilidad de someter las disputas en materia de inversión extranjera a arbitraje, sin embargo este mecanismo está ya incluido en todos los tratados de inversión de los cuales es parte la República.

La nueva Ley deroga el Decreto N° 356, con rango y Fuerza de Ley que establece el Régimen de Promoción y Protección de Inversiones de 1999 y el Decreto No. 1867 mediante el cual se dictó el Reglamento a dicha Ley, publicado en la Gaceta Oficial No. 37489 de fecha 22 de julio de 2002; el Decreto No. 1103 que contiene el Reglamento Parcial del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, publicado en la Gaceta Oficial No. 34548 de fecha 7 de septiembre de 1990; el Decreto No. 2095 que contiene el Reglamento del Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, publicado en la Gaceta Oficial No. 34930 de fecha 25 de marzo de 1992; la Resolución del Ministerio de Hacienda No. 2912 que contiene el Régimen para el Registro de Inversiones realizadas con el producto de la venta de Títulos denominados en Divisas emitidos por la República de Venezuela, publicado en la Gaceta Oficial No. 35807 de fecha 29 de septiembre de 1995.

Otros instrumentos normativos que contiene disposiciones vinculadas con el arbitraje en Venezuela son: la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, el Reglamento de la Ley de Contrataciones Públicas de 2009, publicado en la Gaceta Oficial No. 39181 de fecha 19 de mayo de 2009, en cuyo artículo 133 se reproduce una versión de la Doctrina Calvo, siguiendo al artículo 151 Constitucional, pero muy lejos del espíritu, propósito y razón de la ley que viene a reglamentar este instrumento normativo.

Además, Venezuela forma parte de los más importantes instrumentos

³⁷ Decreto No. 1438 del 17 de noviembre 2017, publicado en la Gaceta oficial No. 6125 Extraordinario del 18/11/2014. Ver comentarios sobre este Decreto Ley en Esis Villarroel, Ivette, "Comentarios sobre la nueva Ley de Inversiones Extranjeras de Venezuela", *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, No. 5, 2015, pp. 295-315.

internacionales que regulan el arbitraje, como lo son: Convención de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras de 1958, Convención interamericana sobre arbitraje comercial de 1975, y 26 tratados bilaterales para promover y proteger inversiones³⁸, con países de todas las latitudes³⁹.

V. Reflexiones finales

La apertura de latinoamérica al arbitraje internacional mediante la adopción de leyes nacionales y tratados bilaterales de inversiones comienzan a revertirse como consecuencia del rechazo al mecanismo de resolución de controversias en materia de inversiones protagonizado por el CIADI. Así, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Venezuela haciendo frente al arbitraje internacional del CIADI apoyan la propuesta de crear en UNASUR un nuevo organismo que conozca de las controversias entre Estados y empresas extranjeras que operan en sus territorios. Esta es una propuesta del Presidente de Ecuador, RAFAEL CORREA, quien en 2013 afirmaba que se avanzó en el acuerdo constitutivo del Centro de Solución de Controversias, cuyo objetivo es convertirse en la alternativa al CIADI, pero recientemente, en marzo de 2015, lamentaba que no se hubiera concretado nada al respecto.

El creciente número de controversias entre inversores extranjeros y Estados pone de manifiesto los beneficios y deficiencias del arbitraje internacional en esta materia. La experiencia latinoamericana demuestra que reclamos abusivos y temerarios por parte de estos inversores encuentran asidero en tratados que no han tomado en consideración los procesos socio-políticos e institucionales de los Estados receptores de inversión. Mientras los países latinoamericanos han propuesto la creación de un nuevo centro de arbitraje de inversiones de forma alternativa al CIADI y proponen en

³⁸ El aparente abuso del Tratado Bilateral con el Reino de los Países Bajos llevó al Gobierno de Venezuela a notificarle a este país su decisión de no prorrogar su vigencia. Así se lo hizo saber el 30 de abril de 2008. Si bien, este TBI dejó de tener vigencia pro futuro el 1º de noviembre de 2008, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14, párrafo 3, el Tratado sigue hasta el 31 de octubre de 2023, esto es por 15 años más.

³⁹ Alemania, Argentina, Barbados, Belarús, Bélgica, Brasil (no en vigor), Canadá, Chile, Costa Rica, Cuba, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Irán, Lituania, Paraguay, Perú, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rusia, Suecia, Suiza, Uruguay y Vietnam.

UNASUR la creación de un nuevo organismo que conozca las controversias entre Estados y empresas extranjeras que operan en sus territorios, en otras latitudes, como por ejemplo Australia, se tiene la intención de no incluir más cláusulas de solución de diferencias que permitan el arbitraje inversor-Estado en sus acuerdos futuros, mientras que Sudáfrica e India están revisando su política exterior en relación a la inversión extranjera directa.

En este sentido, los nuevos acuerdos internacionales introducen innovaciones procesales y cambios en la terminología de las disposiciones sustantivas buscando una aproximación equilibrada que reconozca los intereses legítimos tanto de los inversores como de los Estados.

Si bien, en el contexto de la inversión extranjera, los tratados bilaterales son instrumentos necesarios para el manejo de las relaciones internacionales, pero si no existen parámetros preestablecidos sobre las prioridades de desarrollo de las naciones se corre el riesgo de que se impongan los modelos y condiciones de los países exportadores de capitales, con un marco excesivamente proteccionista para los inversores extranjeros en detrimento de la economía nacional. Es por ello, que nos planteamos ¿es necesario diseñar un modelo de tratado bilateral de protección y promoción recíproca de inversiones que pueda contribuir de manera directa al mejor desenvolvimiento de las políticas públicas vinculadas con la inversión y de manera indirecta en la articulación de políticas públicas para el desarrollo social?

Es necesario que los futuros análisis se enfoquen en la revisión de las cláusulas de resolución de controversias inversor-Estado, las cuales hasta la fecha han sido impuestas por países exportadores de capitales (Estados Unidos, Canadá y los países de la Unión Europea), a través de sus modelos de tratados de inversiones, los cuales han resultado adversos a los intereses de nuestros países. Una revisión de los laudos condenatorios publicados hasta la fecha de presentación de estas líneas, se observa un modelo excesivamente proteccionista de los inversores extranjeros, por lo cual se ha originado un importante número de demandas arbitrales contra Estados latinoamericanos, cuyos procedimientos concluyen en condenas para los Estados por cuantiosas sumas de dinero, por concepto de indemnizaciones a los inversores, por supuestas violaciones de los Estados a estándares internacionales previstos en los tratados de inversión.

También, es de interés evaluar las reacciones negativas de los países desarrollados como Estados receptores de inversión extranjera contra

el arbitraje inversor-Estado, para compararlas con la experiencia de los países en desarrollo, teniendo en cuenta la experiencia de los Estados Latinoamericanos. Estas comparaciones permitirán extraer aprendizajes derivados de la experiencia, especialmente a partir de la premisa de que los países están deseosos por mejorar el sistema de solución de controversias internacionales sobre inversiones, lo cual requiere un compromiso recíproco de todos los Estados, con el fin de procurar un sistema de mayor eficacia.

En el abordaje de los nuevos problemas que presenta el arbitraje inversor-Estado permite analizar las innovaciones más significativas que en materia de mecanismos de resolución de controversias inversor-Estado se incluyen en los nuevos tratados de inversión y, en especial, en cuanto al arbitraje se refiere. Consideramos necesario la implementación de un procedimiento arbitral más transparente, con audiencias públicas, que admita la publicación de los documentos producidos por las partes y por el tribunal arbitral, y la posibilidad para que representantes de la sociedad civil participen en calidad de *amicus curiae* ante el tribunal arbitral⁴⁰.

Por último, es importante abordar la problemática en torno al lenguaje jurídico empleado en el arbitraje de inversión con especial referencia al sistema CIADI.⁴¹ Si bien, toda teoría de la argumentación es importante se debe tener en cuenta la conexión existente entre el lenguaje y el razonamiento. Por ello, es relevante el estudio del lenguaje empleado en estos laudos, ya que constituye un tipo de lenguaje jurídico dadas sus características específicas y, en particular, la revisión de cómo la argumentación permite analizar la labor de los árbitros.

⁴⁰ Pérez Pacheco, Yaritza, “Sociedad civil y arbitraje de inversión. *Amicus curiae* ante tribunales CIADI”, *Anuario Peruano de Arbitraje*, No. 2, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2012, pp. 315-334.

⁴¹ Pérez Pacheco, Y. y Méndez Salom, E., “El lenguaje jurídico ...” *op. cit.*

VI. Bibliografía

Esis Villarroel, Ivette, “Comentarios sobre la nueva Ley de Inversiones Extranjeras de Venezuela”, *Revista de la Secretaria del Tribunal Permanente de Revisión*, año 3, No. 5, 2015.

Hernández-Breton, Eugenio, “El arbitraje y las normas constitucionales en Venezuela: lo malo, lo feo y lo bueno”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*, N° 149, julio - diciembre, 2010.

—, “Arbitraje y Constitución: el arbitraje como derecho fundamental”, en *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*, Valera, Irene de (Coordinadora), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos N° 18, Caracas, 2005.

Nair, Promod y Smith, Herbert, “ICSID Annulment Awards: the fourth generation?”, *Global Arbitration Review*, Vol. 5, No 5, February, USA, 2011.

Parma Ponte, Mariana y Dixies Velásquez Reque, *Los contratos de empréstitos. Análisis jurídico desde la experiencia del abogado del Estado*, Procuraduría General de la República, Caracas, 2006.

Paulsson, Jan, “Arbitration without Privity”, *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, Vol. 10, N° 2, Washington, D.C., 1995.

Pérez Pacheco, Yaritza y Méndez Salom, Elizabeth, “El lenguaje jurídico del arbitraje de inversión. A propósito del sistema CIADI”, en: *Arbitraje Internacional: Pasado, Presente y Futuro. Libro Homenaje a Bernardo Cremades e Yves Derains*, T. II, Carlos soto (Coordinador), Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2013.

—, “Recurso de anulación contra laudos CIADI ¿Refuerza la autonomía del sistema o contraría la celeridad del arbitraje internacional?”, *Anuario Peruano de Arbitraje*, No. 1, Instituto Peruano de Arbitraje, Perú, 2011.

—, “Arbitraje internacional en materia de inversión extranjera. La

jurisdicción del CIADI”, *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, UCV, N° 136, Venezuela, 2012.

—, “El consentimiento estatal ante el CIADI”, *Lecciones y Ensayos, Facultad de Derecho*, Universidad de Buenos Aires, N° 91, Argentina, 2012, disponible en <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/91/consentimiento-estatal-al-arbitraje-del-ciadi.pdf>

—, “Objeciones a la jurisdicción arbitral del CIADI”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Universidad Carlos III de Madrid, Vol. 4, N° 1, España, 2012, disponible en <http://hosting01.uc3m.es/Erevistas/index.php/CDT/article/viewFile/1476/616>

—, “Oferta estatal de consentimiento en el procedimiento arbitral CIADI”, *Revista Ciencias Sociales y Educación*, Vol. 2, N° 3, enero-junio, Universidad de Medellín, Colombia, 2013.

—, “Sociedad civil y arbitraje de inversión. Amicus curiae ante tribunales CIADI”, *Anuario Peruano de Arbitraje*, No. 2, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, 2012.

Procuraduría General de la República, *Doctrina de la Procuraduría General de la República 2001-2002*, Caracas, 2003.

Schreuer, Christoph, *Three Generations of CIADI Annulment Proceedings - Chapter 2 - Annulment of ICSID Awards*, USA, 2004.

Electrónicas

CIADI, “Carga de casos del CIADI - Estadísticas (Edición 2015-2)” disponible en [https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20\(Spanish\).pdf](https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID%20Web%20Stats%202015-2%20(Spanish).pdf)

CIADI, Informe Anual 2015, disponible em https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/resources/Documents/ICSID_AR15_SPA_CRA_bl1-highres.pdf

Normativas

Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones Vietnam-Venezuela, Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 39170 del 04/05/2009.

Acuerdo sobre la Campaña de la Transnacional Exxon Mobil contra Petróleos de Venezuela, S.A., publicado en Gaceta Oficial No. 38.869 de fecha 13/02/2008.

Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Irán –Venezuela, Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 38389 del 02/03/2006.

Acuerdo sobre la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Rusia-Venezuela, Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 39191 del 02/06/2009.

Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Belarús-Venezuela, Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial No. 38.894 del 24/03/2008.

Acuerdo sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones Francia-Venezuela, Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial No. 37896 del 11/03/2004.

Convenio para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington 1965. Ley Aprobatoria publicada en Gaceta Oficial N° 35685 de fecha 03/04/1995.

Ley de Inversiones Extranjeras, Decreto No. 1438 del 17 de noviembre 2017, publicado en la Gaceta Oficial No. 6125 Extraordinario del 18/11/2014.

Jurisprudenciales

Amco Asia Corporation y otros vs. Indonesia (CIADI Caso No. ARB/81/1),

decisión del Comité *ad hoc* de Anulación del 16/05/1986.

Autopista Concesionada de Venezuela, C.A. vs. República Bolivariana de Venezuela (CIADI Caso No. ARB/00/5), Decisión sobre jurisdicción del 27/09/2001.

CMS Gas Transmission Company vs. Argentina (CIADI Caso No. ARB/01/8), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del 25/09/2007.

Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. Argentina (CIADI Caso No. ARB/97/3), Decisión sobre Anulación del 03/07/2002.

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide vs. Filipinas (CIADI Caso No. ARB/03/25), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del 23/12/2010.

Helnan International Hotels A/S vs. Egipto (CIADI Caso No. ARB/05/19), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del 14/06/2010.

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others vs. Camerún y Société Camerounaise des Engrais (CIADI Caso No. ARB/81/2), Decisión del Comité *ad hoc* de Anulación del 03/05/1985.

Maritime International Nominees Establishment vs. Guinea (CIADI Caso No. ARB/84/4), Decisión de anulación parcial del 22/12/1989.

Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.S. vs. República de Kazajstán (CIADI Caso No. ARB/05/16), Decisión del Comité *ad hoc* sobre la Solicitud de Anulación del 25/03/2010.

Sempra Energy International vs. Argentina (CIADI Caso No. ARB/02/16), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 29/06/2010.

TSJ-SC, sentencia No. 1541 del 17/10/2008, Exp. 2008-763.

TSJ-SC, sentencia No. 3229 del 28/10/2005, Exp. 04-2562.

TSJ-SPA, sentencia No. 1690 del 07/12/2011, Exp. 2002-0375.

TSJ-SPA, sentencia No. 1753 del 18/11/2003 Exp. 2001-0943.

TSJ-SPA, sentencia No. 832 del 15/07/2004, Exp. 2002-0464.

Vannessa Ventures Ltd. vs. República Bolivariana de Venezuela (CIADI Caso No. ARB(AF)/04/6), Decisión sobre jurisdicción del 22/08/2008;

Wena Hotels Limited vs. Egipto (CIADI Caso No. ARB/98/4), Decisión sobre la Solicitud de Anulación del 05/02/2002.

Derechos de la ciudadanía, de la nacionalidad y de los extranjeros, como derechos humanos

Jorge Moreno Collado*

SUMARIO: I. *La internacionalización de los derechos del hombre, ocurrida de manera abrumadora después de la Segunda Guerra Mundial, generó un nuevo paradigma en el tratamiento de estos derechos fundamentales que ha derrumbado las más resistentes barreras nacionales.* II. *Los derechos de la ciudadanía, de la nacionalidad y de los extranjeros.*

I. La internacionalización de los derechos del hombre, ocurrida de manera abrumadora después de la Segunda Guerra Mundial, generó un nuevo paradigma en el tratamiento de estos derechos fundamentales que ha derrumbado las más resistentes barreras nacionales

Merced a este nuevo paradigma se han generado las teorías dualistas en el marco del derecho constitucional, a partir de la aceptación de la concepción abierta de la Constitución. En efecto, en el mundo contemporáneo se transita de la vieja concepción etnocentrista de la Constitución cerrada, hermética, enfundada por las fronteras nacionales a una concepción abierta de la Constitución, vinculada con el constitucionalismo democrático, tanto en el interior del Estado, como con una vertiente externa.

- 1.1. Internamente la apertura constitucional se correlaciona con la sociedad plural, que implica el reconocimiento de la diversidad ideológica y programática de grupos y organizaciones, a quienes se les ofrece un espacio político para su proyecto. Como afirma Gustavo Zagrebelsky: “La asunción del pluralismo en una

* Bufete Capital, S.C.

Constitución democrática es simplemente una propuesta de soluciones y coexistencias posibles”, así como que “ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo deriva por irradiación, a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar, que como centro del que partir.

Las constituciones abiertas deben permitir, “dentro de los límites constitucionales, tanto la espontaneidad de la vida social como la competición para asumir la dirección política, condiciones ambas para la supervivencia de una sociedad pluralista y democrática”.

Se trata, en consecuencia, de pasar del magnífico modelo del Estado de Derecho, al del Estado constitucional, que implica darle más contenido y sustancia al propio Estado de Derecho como la supremacía de la ley, al del Estado de los derechos y las libertades.

- 1.2. Externamente, en las constituciones de nuestro siglo XXI se advierte la influencia de los sistemas jurídicos de otros países y desde luego de las normas internacionales, o impronta derivada de la interdependencia internacional y de la creciente globalización. Según el profesor español Pablo Lucas Verdó, “ya no cabe hablar de la soledad de la Constitución, y considerarla como un universo cerrado y excluyente, sino como un pluriverso basado en un pluralismo interno, internacional y comunitario”.

Si bien la concepción abierta de la Constitución no puede ser llevada al extremo en una Constitución específica, pues una como la nuestra, se nutre de principios y valores específicos de la nación mexicana, y debe cuidarse su fisonomía sin poner en riesgo a la propia nación. La apertura, sin embargo, es siempre una posibilidad de enriquecimiento jurídico, particularmente tratándose de la influencia del derecho internacional.

- 1.3. En esta línea de conducción se presenta y explica la llamada teoría del bloque de constitucionalidad, que sirve “para entender de manera adecuada la cláusula de interpretación conforme”, establecida de manera precisa en el segundo párrafo del artículo 1º de nuestra Constitución, de acuerdo con la reforma de 2011. Según Fix-Zamudio y Valencia Carmona: “Actualmente la teoría del

bloque sirve para explicar que la constitucionalidad comprende no sólo el texto fundamental en vigor”, sino también otros elementos sobresalientes, como el Preámbulo de la Constitución, pero en el caso mexicano, según el texto constitucional mencionado, el bloque no sólo abarcaría el texto escrito de la constitución del 1917 y sus reformas, sino también una serie de instrumentos internacionales, particularmente en materia de derechos humanos.

En otras palabras —dicen los autores citados— el bloque de constitucionalidad en nuestro país estaría integrado por las normas del texto fundamental vigente y las derivadas de los tratados internacionales de derechos humanos o que contuvieran disposiciones relativas a ellos, siempre y cuando se haya debidamente suscrito.

¿Cuáles serán todos estos instrumentos?

Un primer grupo del bloque constitucional deriva del sistema interamericano de derechos humanos, entre estos documentos estarían: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Bogotá, de 1948; La Convención Interamericana de Derechos Humanos o Pacto de San José, con los Protocolos adicionales de San Salvador sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 y el Protocolo sobre la Abolición de la Pena de Muerte de 1941; el Estatuto y el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Habría que agregar algunas convenciones sectoriales: para Prevenir y Sancionar la Tortura, de 1985; sobre la Desaparición Forzada de Personas, de 1944; para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, de 1945, y para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra Personas con Discapacidad, de 2001.

Otro grupo de documentos proviene de la denominada Carta Internacional de los Derechos Humanos. Estos documentos contemplan a los derechos humanos en su globalidad: Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, así como los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, aprobados en 1966. A este último Pacto, le acompañan los protocolos

de Peticiones Individuales y de Abolición de la Pena de Muerte. Se incluyen igualmente las siguientes Convenciones:

- Prevención y sanción del delito de genocidios, de 1948.
- Eliminación de todas las formas de discriminación racial, de 1965.
- Desaparición forzada de personas, de 1966.
- Contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanas o degradantes, de 1987.
- Derechos del niño, de 1989.
- Sobre derechos políticos, discriminación y violencia contra la mujer, de 1952, 1984 y 1993.

También deben incluirse en el Bloque, para la interpretación conforme, las dimensiones jurisprudenciales de:

- La Corte Internacional de Derechos Humanos.
- La Corte Internacional de Justicia.
- La Corte Europea de Derechos Humanos, y
- Otros.

El caso de la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco, expediente “varios”, 912/2010, que marca un hito jurisprudencial, obliga a los jueces mexicanos a observar los derechos humanos de la constitución y de los tratados. La sentencia de la Corte Internacional de Derechos Humanos en el caso Radilla, condenó al Estado Mexicano por varias violaciones a los derechos humanos, lo cual se inscribe en lo que Luigi Ferrajoli denomina genéricamente “la ampliación en la esfera de los derechos”, que implica expansiones inherentes al constitucionalismo, pues a los derechos de libertad se agregan los derechos políticos y sociales; a los derechos instituidos en las constituciones nacionales se suman los estipulados en las convenciones internacionales. Correlativamente a las anteriores, ocurre la ampliación a la esfera de las garantías: “hacia un constitucionalismo social en adición al liberal; hacia un constitucionalismo de derecho privado, en adición al de derecho público; y hacia un constitucionalismo internacional en adición al estatal”.

Para Ferrajoli el constitucionalismo y el garantismo han de dirigirse a una ampliación horizontal en las cuatro dimensiones de la propia democracia constitucional: política, civil, liberal y social; mientras que la ampliación vertical es la que corresponde a los poderes supranacionales: Ferrajoli avizora que el garantismo liberal –dada su crisis- deberá ser refundado y

promover el desarrollo de “un garantismo político, un garantismo social y un garantismo civil, además de un garantismo constitucional”.

Siguiendo las mismas ideas, el paradigma de la democracia constitucional es del constitucionalismo supranacional, al que se oponen guerra y violencia, en lugar de recursos para dirimir conflictos, el aumento de las desigualdades y la debilidad democrática “frente a las masas crecientes de excluidos que empujan en nuestras fronteras”.

- 1.4. Control de la Constitucionalidad. El constitucionalismo mexicano, tanto por la vía de la revisión y reforma constitucional, como por la interpretación constitucional, va rumbo al paradigma de la democracia constitucional. Las reformas de 2011 en materia de Amparo y derechos humanos, sí como la de 2008 en materia penal que instaura el procedimiento adversarial, acusatorio y oral, exhiben modos serios de expansión en los cuatro contextos explicados por Ferrajoli, en particular en el constitucionalismo supranacional, al que ha contribuido en forma determinante la Suprema Corte de Justicia de la Nación al acatar la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el famoso y ya mencionado caso “Radilla”, lo cual produjo un giro copernicano, que permitió a favor de todos los jueces el control de la convencionalidad respecto a tales derechos humanos. Se pasó, en consecuencia, en esta materia, del control concentrado al control difuso de las convenciones internacionales de las que México forma parte.

En la contradicción de tesis 293/2011, la Corte resolvió “que los derechos humanos de fuente internacional tienen la misma eficacia normativa que los previstos en el texto de la Constitución y que la reforma de 2011 *“permite armonizar a través del principio pro persona, las normas nacionales y las internacionales garantizando así la protección más amplia a la persona”*”.

Es más, la Corte resolvió que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana, incluyendo aquella en los casos de litigios en los que México no fuere parte, resulta obligatoria para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona”. Así, el control de la convencionalidad —dicen Fix-Zamudio y Valencia

Carmona—, creación jurisprudencial de la Corte, le ha permitido examinar si las leyes o actos de derecho interno son compatibles con la Convención Interamericana de los Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales aplicables.

II. Los derechos de la ciudadanía, de la nacionalidad y de los extranjeros

Estos derechos son estudiados ahora tanto en el marco del Derecho Constitucional, Internacional (Público o Privado) y del Derecho Administrativo, como en el contexto de los Derechos Humanos, por lo que los temas que siguen se vinculan estrechamente con los temas antes expuestos.

Como ya lo advertimos, la internacionalización es el fenómeno dominante en el campo de los derechos humanos, y es reconocido que éstos no sólo se han internacionalizado, sino que además “se han diversificado en su número y ampliado de manera notable sus alcances”. Para explicar esto se ha optado por distinguir varias generaciones de derechos humanos, “de acuerdo con su progresiva aparición histórica”.

- La primera generación, fruto del liberalismo, son los derechos individuales clásicos, que permiten exigir al Estado una obligación o actividad de no hacer. Se incluyen, en esta originaria promoción, los derechos civiles y los derechos políticos.
- La segunda generación se integra por los derechos económicos, sociales y culturales del hombre, conocidos como derechos de igualdad, en la que al Estado corresponde una obligación de hacer, pues debe actuar como promotor y protector de bienestar económico y social: derecho al trabajo, a la seguridad social, a la educación, al salario equitativo y suficiente, a la sindicalización y la huelga; al descanso y al pleno empleo.
- La tercera generación son los llamados derechos de solidaridad, que comprenden los que Fix denomina “intereses difusos” inspirados en principios generales o universales, y cuyo respeto reclama la humanidad en su conjunto. Naturalmente, los derechos de esta clase requieren el concurso de la comunidad internacional y están en proceso de creación y consolidación. Por su carácter abstracto,

es difícil que el Estado genere instrumentos que los realicen, como el derecho a la paz, a la libre autodeterminación, al desarrollo, el derecho al medio ambiente sano, o el de beneficiarse del patrimonio de la humanidad. En algunos, como los del medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado se logra una cierta concreción.

2.1. Como puede advertirse, la nacionalidad y la ciudadanía son en su origen derechos individuales clásicos, del Estado del no hacer, y que comparten tal categoría con el derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad; derecho de igualdad ante la ley, al debido proceso y el recurso efectivo; derechos de conciencia (libertades de pensamiento, expresión y religión); derecho de propiedad; libertades de circulación, reunión y asociación; inviolabilidad de la vida privada, familia, domicilio y correspondencia; derecho a una nacionalidad, a participar en los asuntos públicos, a votar y ser elegidos en las elecciones periódicas, libres y competidas.

Es notable que algunos de estos derechos, aunque correspondan a la llamada primera generación, han cobrado mayor relevancia y un especial significado en el tiempo actual, como es el caso de la nacionalidad, la ciudadanía y la extranjería. La progresividad de los derechos humanos explica este fenómeno, pero sobre todo, la preponderancia y universalidad e internacionalización, que hace cobrar nueva fisonomía a estos y a los demás derechos humanos secularmente reconocidos.

2.2. Según estudios constitucionales mexicanos, en nuestra Constitución los derechos humanos se clasifican en derechos de igualdad, de libertad, de seguridad jurídica y los nuevos derechos en los que sobresalen los derechos domésticos o de familia; igualdad de los sexos y desarrollo familiar, planificación familiar, vivienda y protección de menores.

2.3. Se agregan los derechos de las minorías: Comunidades indígenas y otros grupos vulnerables.

2.4. Dentro de un amplio catálogo de más derechos humanos reconocidos en nuestra Constitución, se incluyen los derechos de la ciudadanía, de la nacionalidad y de los extranjeros.

En términos generales, en nuestra Constitución se han introducido principios, instituciones y mecanismos (Art. 1º-2011) que denotan un nuevo

paradigma; estos pueden enunciarse de la siguiente manera:

- Distinción conceptual entre derechos humanos y garantías.
- Normas constitucionales e internacionales de derechos humanos al mismo nivel.
- Cláusula de interpretación conforme.
- Bloque de Constitucionalidad.
- Control de Convencionalidad.
- Principios interpretativos de los derechos humanos: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que complementan la interpretación conforme y pro persona.
- Obligación y reparación del Estado en materia de derechos humanos.
- Mayor autonomía para las Comisiones de Derechos Humanos.
- Tutela jurisdiccional efectiva para nuevos derechos.
- Declaratoria general de inconstitucionalidad y otros avances en el juicio de Amparo.

2.5. Ciudadanía. En un principio el artículo 34 de la Constitución de 1917, estableció que para ser ciudadano se requería la calidad de mexicano y haber cumplido 21 años en caso de ser soltero y 18 en caso de estar casado, así como tener un modo honesto de vivir.

La redacción anterior presupuso infundadamente que sólo podían acceder a la ciudadanía los varones, no así las mujeres. El 17 de octubre de 1953 se reformó el artículo para precisar que son ciudadanos de la República “los varones y mujeres” que siendo mexicanos hayan cumplido 18 años y tengan un modo honesto de vivir. Se eliminaron tres discriminaciones: por sexo, por edad y por condición (casado o soltero).

La reforma de 1969 para otorgar la ciudadanía a los 18 años, complementó el objetivo de lograr el sufragio universal, a favor de todos: varones, mujeres y jóvenes.

En 1993 se amplió la ciudadanía al eliminar de que, suprimiéndose que el voto el ciudadano debía votar “en el distrito que le corresponda”, lo que obviamente impedía a los mexicanos votar en el extranjero. Al quedar eliminada esta fórmula circunstancial, quedó abierta la posibilidad de ejercer el derecho de votar más allá de las fronteras nacionales.

Por otro lado, las últimas reformas constitucionales han incorporado como derechos de los ciudadanos iniciar leyes (iniciativa ciudadana o popular), que se incorpora a la nueva democracia participativa, en la que

también se reconoce a los ciudadanos mexicanos votar en las consultas populares.

2.6. Nacionalidad. El artículo 30 de la Carta Magna, distingue entre nacionalidad por nacimiento y naturalización. Originalmente en el apartado “A”, fracción II, se decía que eran mexicanos por nacimiento: “los que nacen en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano y madre extranjera; o de madre mexicana y padre desconocido”, lo cual parecía hasta infamante para las mujeres. En 1969 se modificó el artículo para determinar que son mexicanos por nacimiento los que nazcan en el extranjero de padre o madre mexicanos, dándole plena validez al *ius sanguinis*, pues el *ius soli* está garantizado de siempre en la fracción I. Así, se dio fin la desigualdad jurídica para la mujer mexicana, pues al nacer sus hijos en el extranjero y volver al país, eran tratados como extranjeros, obligándolos a realizar engorrosos trámites migratorios y un último recurso y trámite: de que al llegar la mayoría de edad pudieran obtener la nacionalidad por naturalización.

En 1974 y con motivo del Año Internacional de la Mujer (1975 declarado por la ONU): se reformó el artículo 30-II del apartado B, para que la mujer casada con extranjero pudiera transmitir en forma privilegiada su nacionalidad mexicana al marido extranjero con residencia en México, en condiciones de igualdad con los varones casados con extranjeras residente en el país.

2.7. La doble o múltiple nacionalidad

En 1997 se introdujo la posibilidad de que los mexicanos posean doble nacionalidad, además de que se agregó como prerrogativa humana que ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad, según reforma al artículo 37-I. De esta forma pudo beneficiarse a los mexicanos que residen en el extranjero para que, sin perder su nacionalidad de origen, pudiesen obtener la del país de su residencia y ejercer a plenitud sus derechos en ésta.

Los derechos de los mexicanos con doble nacionalidad se encuentran limitados en los siguientes rubros:

- *Laborales*. No pueden desempeñar ningún trabajo o cargo público en los que se requiera ser mexicano por nacimiento, si previamente no renuncian a su otra nacionalidad y obtienen su certificado de

- nacionalidad mexicana (artículo 32 constitucional);
- *Políticos*. No pueden ocupar cargos de elección popular, si previamente no renuncian a su otra nacionalidad; (artículos 16 y 17 de la Ley de Nacionalidad);
- *Deben ostentarse siempre como mexicanos*, ya sea cuando salgan del país o cuando ingresen, de lo contrario se hacen acreedores a una multa de trescientos a quinientos salarios mínimos vigentes en el Distrito Federal (artículos 12 y 33 de la Ley de Nacionalidad);
- *No pueden invocar la protección de un gobierno extranjero* y en caso de hacerlo pierden en beneficio de la Nación los bienes o cualquier otro derecho sobre los cuales hayan invocado dicha protección (artículo 14 de la Ley de Nacionalidad).

En razón de que la doble nacionalidad es el estatus jurídico que poseen determinados individuos cuando son reconocidos de forma simultánea como nacionales por dos Estados, algunos países la permiten y otros se resisten a ello, ya que el ejercicio de los derechos de múltiple nacionalidad tiene altas posibilidades de traer conflictos tanto en el ámbito jurídico interno, como en el internacional.

- Interacción de la nacionalidad múltiple y la múltiple ciudadanía

Algunos países ven la ciudadanía múltiple como indeseable, por lo cual toman medidas legales para prevenirla, consistentes, sobre todo, en la pérdida automática de una nacionalidad cuando se adquiere otra voluntariamente. Sin embargo, puesto que cada país puede decidir quiénes son sus ciudadanos y quiénes no, basándose en sus propias leyes, sin contemplar las leyes de otros países, es posible para una persona el ser considerado ciudadano de más de un país, incluso cuando algunos o todos los países prohíban la múltiple o doble nacionalidad.

2.8. Extranjeros

- a) Asilo y refugio. Las calidades migratorias de los extranjeros dan cuenta de los fenómenos ordinarios y regulares de ingreso de extranjeros a nuestro país y se encuentran regulados en la ley de la materia y su reglamentación. (Ley de Nacionalidad, Ley de

Migración, y la Ley General de Población.

Los extranjeros, definidos en el artículo 33 como personas que no poseen las calidades del artículo 30 constitucional, están protegidos, si fuera el caso, y por los derechos de asilo y de refugio, instituciones que fueron reconocidas en nuestra Carta Magna, en 2011, por la adición de un segundo párrafo al artículo 11 de ésta. Este agregado determina: “En caso de persecución por motivos de orden político, toda persona tiene derecho a solicitar asilo; por causas de carácter humanitario se recibirá refugio. La ley regulará sus procedencias y excepciones”.

La adición transcrita se inscribe en la tradición mexicana de ofrecerse como espacio de asilo de los perseguidos y de refugio a los que sufren riesgos de desastres naturales o de convulsiones sociales.

- El **asilo** se otorga normalmente a las personas que sufren acoso o persecución política; puede ser *diplomático* cuando la persona es admitida en la embajada o consulado en un país extranjero, o aceptada en navíos y aeronaves militares. Es *territorial* cuando el Estado otorgante lo concede dentro de su propio territorio. En esta materia se han adoptado varias convenciones interamericanas. Convención sobre Asilo en la Habana, 1928; Convención sobre Asilo Político en Montevideo, 1933; Tratado de Asilo y Refugio Político, Montevideo, 1939; Convenciones de Caracas sobre Asilo Territorial y Asilo Diplomático, 1954.
- Los refugiados, según el artículo 1.2 de la Convención de Ginebra de 1951, son los perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política (por esto último se confunde con el asilo), que ya se encuentran fuera de su país y al cual no pueden retornar por temores y razones fundadas. Al refugiado se le aplica el beneficio del principio de no devolución (*non-refoulement*) que obliga al Estado signante de la Convención de Ginebra, a no expulsar o devolver a una persona en las fronteras donde su vida y libertad peligran. En México acaba de promulgarse el 27 de enero de 2011 la Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria.

¿Cuál es la crítica al texto aprobado de la adición del segundo párrafo del artículo 11 constitucional?:

- a) Existen contradicciones entre el texto constitucional, los tratados internacionales en la materia y la nueva ley mexicana sobre refugio.
- b) No se establece de manera expresa el derecho a recibir asilo, ni

tampoco de solicitar refugio.

- c) No se incorporó el principio de no devolución.
- d) En el texto se deja a la ley la procedencia y excepciones para el asilo y el refugio.

2.9. Igualdad y Expulsión. La nueva redacción del artículo 33 de la Ley Fundamental mexicana ha reformulado el estatus de los extranjeros, al prescribir que *gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución*. Con este texto se consagra el principio de igualdad y se hace congruente con el artículo 1º, que prohíbe toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, de manera que los extranjeros están protegidos para disfrutar y ejercer todos los derechos humanos y sus garantías.

En la redacción anterior, los extranjeros considerados perniciosos por su forma de vida o por su intromisión en asuntos políticos domésticos, podían ser expulsados del país sin dilación y sin procedimientos alguno, lo cual resultaba violatorio de los derechos humanos universalmente reconocidos. Ahora, el artículo 33 expresa: *El Ejecutivo de la Unión, previa audiencia, podrá expulsar del territorio nacional a personas extranjeras con fundamento en la ley, la cual regulará el procedimiento administrativo, así como el lugar y tiempo que dure la detención*.

Se eliminó el carácter autoritario y discrecional en extremo que asumía la expulsión de extranjeros, pues ahora debe ser fundada, respetar la garantía universal de audiencia y seguir una especie de debido proceso de carácter administrativo. Merced al internacionalismo de los derechos humanos, los derechos de los extranjeros se incorporaron al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966. Hoy nos queda todavía proteger los derechos de los migrantes de paso, para que los derechos humanos en México valgan efectivamente para todos.

El procedimiento alternativo de resolución de controversias entre marcas y nombres de dominio de ICANN, a quince años de su vigencia

Enrique Ochoa de González Argüelles*

SUMARIO: I. *Conceptos previos y problemática*. II. *UDRP y LDRP*. III. *Tres elementos para la reivindicación de un nombre de dominio*. IV. *Resolución y efectos*. V. *Estadísticas*.

I. Conceptos previos y problemática

A finales de 1999, ICANN¹ implementó un mecanismo alternativo (UDRP² por sus siglas en inglés) para resolución de controversias entre titulares de registros marcarios y propietarios de nombres de dominio en Internet.

Entre otros, los obstáculos que trataba de vencer este nuevo mecanismo eran:

- La simplicidad con la que cualquier persona puede adquirir un nombre de dominio de Internet que infrinja derechos de propiedad intelectual de terceros,
- La legislación aplicable al conflicto ya que las referidas infracciones podrían darse en diversos países,

* Abogado de Langlet, Carpio y Asociados, S.C.

¹ ICANN es un acrónimo de Internet Corporation for the Assignment of Names and Numbers y constituye y su principal objetivo es la administración de los elementos técnicos de Internet (ver <https://www.icann.org/es>). Entre otras funciones; ICANN es el organismo que organizó la división de nombres de dominio en dos: i) Generic Top Level Domains (gtld's) que utilizan en la última parte de la derecha acrónimos o abreviaturas para referencias comunes como .net (red), .com (comercio), .org (organización) y ii) Country Code Top Level Domains (cctld's) que utilizan en la última parte de la derecha acrónimos o abreviaturas para referencias a países y regiones del mundo como .mx (México), .eu (Comunidad Europea), .lat (Latinoamérica), etc.

² UDRP es un acrónimo de Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (ver <https://www.icann.org/resources/pages/help/dndr/udrp-en>)

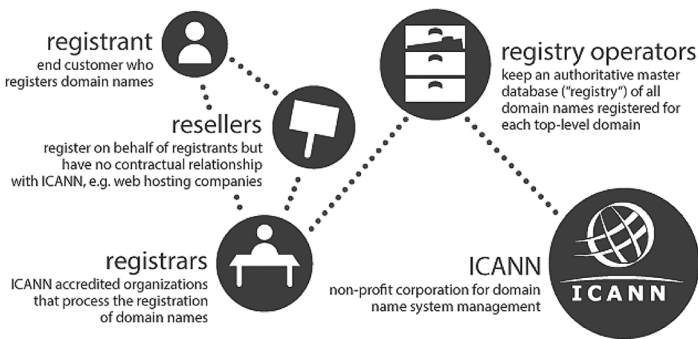
- La circunstancia de que el actor y el demandado estuviesen en diferentes latitudes,
- El tiempo para la resolución del procedimiento, ya que el daño para el titular del derecho de propiedad intelectual podría ser cuantioso y a gran escala dado el medio, y
- El objetivo del procedimiento, esto es, si solamente era para reivindicar el nombre de dominio en Internet o si era también para la reclamación de los correspondientes daños y perjuicios.

Es de señalarse que los nombres de dominio no son otorgados por una autoridad nacional o regional, sino que se venden a través de Distribuidores (Registrars) y Sub-distribuidores (Registrar Resellers) de ICANN alrededor del mundo quienes comercializan los nombres de dominio según las autorizaciones que tengan. Ver cuadro abajo.

Por lo que hace a los nombre de dominio con nombre de primer nivel .mx; el Distribuidor autorizado es Network Information Center México, S.C. (NIC MX), quien a su vez tiene varios Sub-Distribuidores.

En los años noventa, tuvieron lugar diversos abusos en el registro de nombres de dominio que infringían –principalmente registros marcarios de terceros.

<https://whois.icann.org/en/domain-name-registration-process>



domain registry process

Dennis Toeppen³, nacional de Estados Unidos de América, registró más de doscientos nombres de dominio que incluían marcas famosas y notoriamente conocidas, entre otras:

- PANAVISION®, *www.panavision.com*;
- DELTA AIR LINES®, *www.deltaairlines.com*;
- NEIMAN MARCUS®, *www.eddiebauer.com*;

Y en gran cantidad de ocasiones, las empresas cuyos derechos de propiedad industrial habían sido infringidos le pagaron altas sumas de dinero para poder utilizar los nombres de dominio registradas por Dennis Toeppen, principalmente por no existir un marco jurídico adecuado para resolver este tipo de disputas.

En el año 1999, después de haberse dado múltiples prácticas de adquisición de nombres de dominio, infractores de registros marcarios, el Congreso de Estados Unidos de América legisló a efecto de que esta práctica desleal fuera considerada ilícita.

Como se puede observar, el conflicto se da normalmente cuando un tercero registra un nombre de dominio que infringe uno o varios derechos marcarios, que se traduce normalmente en las siguientes prácticas:

- Ciber-ocupación (conocida como Cybersquatting) que consiste en la utilización de una marca como parte de un nombre de dominio;
- Ocupación por error tipográfico (conocida como Typosquatting), y
- Registro de nombres de dominio con el objetivo de denostar marcas.

Normalmente, la solución jurídica tradicional para enfrentar este tipo de acciones hubiese sido: ya sea la solicitud de declaración administrativa de infracción ante el Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial y la consecuente acción de pago de daños y perjuicios ante los Tribunales Civiles, siempre y cuando actor y demandado estuviesen en México o las acciones civiles, administrativas u otras correspondientes en el domicilio del infractor de la marca, en el caso de que el infractor estuviese fuera del territorio mexicano y de que la marca o marcas en cuestión estuvieren protegidas por algún derecho en dicha jurisdicción.

En línea con lo anterior, y siguiendo la tendencia de la UDRP a partir del año 2001, se implementó una política para los nombres de dominio de primer nivel .mx muy similar al referido UDRP y denominado LDRP

³ Para mejor referencia, se puede revisar https://en.wikipedia.org/wiki/Dennis_Toeppen y <http://www.toeppen.com/>

(Política de Solución de Controversias en Materia de Nombres de Dominio para .MX

A la fecha se han resuelto más de 30,000 casos, incluyendo UDRP y LDRP.

II. UDRP y LDRP

Los procedimientos UDRP como LDRP son mecanismos alternativos de solución de controversias que se ventilan dentro del seno de ICANN. Tienen una semejanza a los procedimientos arbitrales comerciales, pero no constituyen un procedimiento arbitral en términos de lo establecido por el Código Comercio.

A continuación una breve comparación entre el procedimiento arbitral y un procedimiento UDRP o LDRP.

<i>Acuerdo de Arbitraje</i>	El Código de Comercio establece que previo al arbitraje, deberá haber un pacto entre actor y demandado. Por lo que hace a los nombres de dominio, en los documentos que se firman al adquirir un nombre de dominio se señala que el adquirente se someterá al procedimiento UDRP o LDRP en caso de que un tercero manifieste tener mejor derecho respecto del nombre de dominio.
<i>Composición del Tribunal e Institución Administradora</i>	Normalmente, en el acuerdo arbitral se pacta la Institución Administradora del procedimiento (ICC, AAA, etc.). Para la resolución de controversias UDRP, las entidades autorizadas son The Asian Domain Name Dispute Resolution Centre (ADNDRC), National Arbitration Forum (NAF), World Intellectual Property Organization (WIPO), Czech Arbitration Court, Arbitration Center for Internet Disputes y The Arab Center for Dispute Resolution (ACDR) y respecto a nombres de dominio gTld's y algunos ccTld's. Y por lo que hace al LDRP, la única entidad autorizada es World Intellectual Property Organization (WIPO), respecto de nombre de dominio de primer nivel .mx. Al igual que en los casos de arbitraje comercial, se establece la posibilidad de contar con un Tribunal Unitario o uno Colegiado de tres miembros. Cada una de estas instituciones cuenta con una lista de personas autorizadas para resolver estos conflictos (Panelistas) figura muy similar al Árbitro. Incluso cuentan con mecanismos parecidos para evitar que existan conflictos de interés y al efecto se firman Cartas de Imparcialidad.

<i>Sustanciación de las actuaciones</i>	Al igual que en el arbitraje comercial, los Panelistas quienes resuelven los procedimientos UDRP y LDRP cuentan con facultades discrecionales para, entre otras cosas, determinar el idioma o ley aplicable al procedimiento, requerir información adicional a las partes, etc.
<i>Pronunciamiento de la Resolución</i>	Los Panelistas emiten una Resolución que analiza los puntos controvertidos, salvo que las partes lleguen a un acuerdo previo.
<i>Costas</i>	Toda vez que la controversia se refiere únicamente respecto a quien debe ser el titular del nombre de dominio, el Tribunal no hace condena respecto a costas o daños y perjuicios.
<i>Nulidad de la Resolución</i>	Aquí encontramos una gran diferencia entre el arbitraje comercial y los procedimientos UDRP y LDRP. Mientras que el Código de Comercio señala que la nulidad de un laudo arbitral debe ser tramitada bajo un Juez competente en México; también la Política del procedimiento UDRP establece que cualquier Juez competente puede anular la decisión del Panel, dentro de los diez días siguientes a su notificación. Y el procedimiento LDRP establece que no hay ulterior recurso respecto a la Resolución.

III. Tres elementos para la reivindicación de un nombre de dominio

Como se ha señalado, las Políticas UDRP y LDRP son prácticamente iguales. En ambas, es necesario acreditar tres supuestos para que proceda la reivindicación de un nombre de dominio, de acuerdo con lo siguiente:

Procedimiento UDRP y Política de Solución de Controversias NIC MX.

1. Procedimiento de solución de controversias. a. Controversias aplicables.

Todas las personas que estimen afectados sus derechos (promovente) y que deseen solicitar la cancelación del registro o transmisión de la titularidad del registro de un nombre de dominio en .MX, aceptan someterse a la política de solución de controversias en materia de nombres de dominio para .MX (LDRP) y al reglamento respectivo, ante un proveedor de servicios de solución de controversias, autorizado por NIC-México, conformado por un grupo independiente e imparcial de expertos, en los siguientes casos:

- el nombre de dominio es idéntico o semejante en grado de confusión con respecto a una marca de productos o de servicios registrada, aviso comercial registrado, denominación de origen o reserva de derechos sobre la que el promovente tiene derechos;

- el titular no tiene derechos o intereses legítimos respecto del nombre de dominio, y

- el nombre de dominio ha sido registrado o se utiliza de mala fe.

Por lo que hace al primer supuesto, es importante mencionar que los criterios para determinar la identidad o semejanza en grado de confusión entre una marca⁴ y un nombre de dominio son prácticamente mundiales. Esto es, la práctica en casi todos los países se refiere a determinar la identidad o semejanza fonética, gráfica y conceptual, así como el mercado al que están dirigidos, tanto la marca como el nombre de dominio.

El segundo supuesto se encamina a determinar quien goza de derechos –o del mejor derecho en su caso– respecto del nombre de dominio. Aquí la práctica se ha focalizado en determinar si quien detenta el nombre de dominio ha sido conocido por dicho nombre de dominio o si ha efectuado esfuerzos para que sea conocido así.

El tercer supuesto establece que únicamente debe acreditarse que el nombre de dominio en cuestión fue registrado y/o⁵ utilizado de mala fe. En virtud de lo anterior, es necesario pruebas que acrediten que el titular del nombre de dominio ha registrado y/o utiliza el nombre de dominio de mala fe, afectando al titular del registro marcario.

Finalmente, en caso de acreditar todos y cada uno de los tres supuestos antes descritos procederá la reivindicación del nombre de dominio a favor del actor (Promovente) y en caso de que no se colmen los referidos supuestos, el demandado (Titular del nombre de dominio) conservará la propiedad del

⁴ Es de señalarse que a diferencia del LDRP, en la Política UDRP solamente se establecen como derechos protegidos los de las marcas, por tanto se excluyen los avisos comerciales, denominaciones de origen y otros.

⁵ Es de señalarse que la Política UDRP establece claramente que para acreditar el tercer supuesto debe evidenciar el registro y el uso de mala fe respecto del nombre de dominio. Como es obvio, dicho requisito hace más difícil el ejercicio de una acción UDRP.

nombre de dominio. Es de reiterarse que en la Resolución correspondiente el Panelista o Grupo de Tres Panelistas solamente hacen referencia a quien debe ser el propietario del nombre de dominio, con base en las pruebas aportadas y toda vez que carece de “imperium” no hacen condena respecto a daños y perjuicios o al pago de costas judiciales ni a la determinación de infracciones en términos de la legislación marcaría.

IV. Resolución y efectos

Como se ha señalado anteriormente, los efectos de la resolución se dan únicamente dentro del ámbito de competencia de ICANN y no es necesario ningún mecanismo para su ejecución, salvo que haya sido impugnada la Resolución como se describió líneas arriba.

Los efectos de las Resoluciones sobre UDRP y LDRP pueden:

- a) Hacer que el titular del nombre de dominio conserve el nombre de dominio por haber acreditado un mejor derecho.
- b) Cancelar el nombre de dominio si el actor acreditó un mejor derecho.
- c) Acordar la transferencia del nombre de dominio al actor, en caso de haber acreditado un mejor derecho.

V. Estadísticas

UDRP al 2011	<ul style="list-style-type: none"> • 36,443 casos UDRP. • Casos resueltos por WIPO (53%), NAF (44%), etc. • 87% de los casos han determinado actos de competencia desleal. <p><i>http://www.wipo.int/export/sites/www/amc/en/docs/wipointaudrp.pdf</i></p>
LDRP al 2015	<ul style="list-style-type: none"> • 226 casos LDRP para .mx • Casos resueltos por WIPO (100%). • 88% de los casos han determinado actos de competencia desleal. <p><i>http://www.wipo.int/amc/en/domains/decisionsx/index-ccild.html</i></p>

La ley aplicable a las sucesiones *mortis causae* en los conflictos internacionales e interfederativos

Jorge Orozco González

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Naturaleza del estatuto sucesorio*. III. *Conclusiones*. IV. *Bibliografía*.

I. Introducción

La determinación de la ley aplicable al fondo de la sucesión es un tema problemático, ya que a pesar de las diversas posturas al respecto, no existe dispositivo legal con referencia clara¹. Por si esto no fuera suficiente, la controversia se agrava al coexistir dos sub-estatutos hereditarios, ya sea que se trate de aspectos estrictamente sucesorios (en adelante “estatuto sucesorio”) o de los relativos al fondo de disposiciones testamentarias (estatuto testamentario)². Naturalmente quedan excluidos aquellos supuestos con calificación propia, independientemente de que tengan implicaciones sucesorias³.

¹ Cuestión que ya se había hecho notar en Rojina Villegas, Rafael, *Proyecto de Reformas al Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales*, México, 1967.

² La gran mayoría de los ordenamientos en derecho comparado prescinden de esta división, véanse como ejemplo los artículos 1 y 21 del Reglamento de la Unión Europea Número 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, ya en vigor (en adelante Reglamento 650/2012).

³ Como podría serlo la capacidad para otorgar testamento, o las normas procedimentales para realizar el inventario del caudal hereditario.

Mientras los países de corte germánico optan por fraccionar la sucesión, sometiendo su regulación a cuantos bienes existan en cada entidad, los sistemas de corte romanista prefieren la unidad de la sucesión, partiendo de la ficción de que el heredero es el continuador de la personalidad del difunto. Para los países “escisionistas” el punto de conexión es siempre la ubicación de los bienes, mientras que para los países que regulan a la sucesión como un estatuto único consideran diferentes posibilidades, como lo pueden ser la *lex fori*, el último domicilio del causante, su nacionalidad o su residencia habitual⁴.

Durante el presente artículo haré referencia a lo dispuesto en las normas conflictuales previstas en el Código Civil Federal (CCF en adelante), por considerarlo el autor aplicable para la resolución de conflictos sucesorios con vocación extraterritorial, sin entrar al detalle de la cuestión que evidentemente amerita el tema.

II. Naturaleza del estatuto sucesorio

El estatuto sucesorio⁵ es aquel cuerpo de normas jurídicas aplicables a los aspectos estrictamente hereditarios en una sucesión⁶. En un principio es sencillo enumerar algunas de las instituciones que lo integran, como por ejemplo, las cuotas atribuidas a los herederos, el llamado derecho de “representación”, o el momento de apertura de la sucesión, mientras que otras más – quizás la mayoría – requieren de un examen más detallado, por ejemplo, la libertad para testar, el momento de adquisición de los bienes relictos, o la capacidad para heredar. El estatuto sucesorio rige no sólo las cuestiones patrimoniales de una sucesión, sino que comprende todas las normas vinculadas con el fondo de la misma, tales como las causales de indignidad hereditaria.

⁴ Vale la pena recordar que existen países que distinguen entre domicilio y residencia habitual, haciendo depender la obtención de aquél de la tramitación de constancias administrativas o semejantes, independientemente de la presencia del *corpus* o *animus*, elementos indispensables bajo nuestra concepción de domicilio. La legislación inglesa es un buen ejemplo de lo anterior.

⁵ El término “estatuto sucesorio” ya se ha usado en México, véase Frisch Philipp, Walter, González Quintanilla, José Arturo y González Elizondo, José Arturo, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, 3ª. Ed., México, Porrúa, 2005, p. 164.

⁶ En adelante me referiré indistintamente a estatuto sucesorio o a *lex successiois*.

Como ejemplo de reconocimiento al estatuto sucesorio, el Código Civil para el Estado de Quintana Roo dispone lo siguiente⁷:

Artículo 14.- Las sucesiones por causa de muerte de mexicano, sean o no quintanarroenses, que al ocurrir su defunción estén domiciliados en Quintana Roo, se regirán por este Código en lo que se refiere a la institución y substitución de herederos y legatarios, al derecho y orden de suceder, a la cuantía de las porciones hereditarias, a la validez intrínseca, ineficacia e inoficiosidad de los testamentos y en general a toda cuestión de fondo concerniente a tales sucesiones, sean testamentarias o legítimas”⁸.

En el CCF no existe regulación expresa para el estatuto sucesorio, lo que conlleva a una falta de claridad en cuanto a la ley aplicable. Mi intención en las siguientes líneas es esbozar un panorama general sobre las distintas posibilidades que existen para regular la *lex successionis*, tratando de mantener al mínimo las referencias de derecho comparado.

1. Fraccionamiento de la sucesión

El fraccionamiento legislativo de la sucesión ocurre en aquellos casos en donde el mismo juez conoce de todos los aspectos de la sucesión aplicando diversas leyes en atención a la ubicación de los bienes. La teoría del fraccionamiento de la sucesión es adoptada por los países de corte germánico y postula que cualquier asunto relacionado con inmuebles influye en la soberanía de un país, por lo que no puede aplicarse una norma que no sea la propia de su territorio, independientemente de que se trate de bienes muebles o inmuebles (*lex rei sitae*)⁹.

En México, los partidarios de dicha teoría se apoyan en la regulación del estatuto real consagrada en el artículo 13-III del CCF. Dar el tratamiento

⁷ En su contenido idéntico al artículo 14 del Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza.

⁸ Ejemplo de una norma bilateral imperfecta, que bilateralizada por completo indica que la sucesión se rige por la ley del último domicilio del causante.

⁹ Por ejemplo, Baldo señala que se trata de varias sucesiones, en atención a la ubicación de los bienes. Champcommunale, M.J., *La sucesión ab-intestato en derecho internacional privado*, trad. de Alejo García Góngora, Madrid, La España Moderna, 1867, p. 148.

del citado artículo a las sucesiones es incorrecto, pues la regla *lex rei sitae* corresponde a las cuestiones estrictamente reales de los bienes¹⁰. Si la *lex rei sitae* no rige todos los aspectos jurídicos de las personas mientras viven, ¿por qué habrá de pasar cosa distinta cuando fallezcan?

Aún así, existen algunas ventajas derivadas de regular de forma “escisionista” una sucesión, entre las que se alegan las siguientes:

1- Todos los derechos que recaigan sobre bienes se regirán según el lugar de ubicación de éstos, por lo que se reduce a un mínimo la imposibilidad de reconocer o ejecutar una sentencia que verse sobre ellos¹¹;

2- Protege la supuesta soberanía de los Estados, al impedir que los inmuebles se rijan por un derecho extraño; y

3- El problema del Estado como último heredero se resolverá según la ley de ubicación de cada bien, por lo que ningún Estado se adjudicará bienes pertenecientes a los de otro. Esto resulta irrelevante cuando se considera que la adquisición se hace como último ocupante, por lo que cada Estado se adueña de los bienes que en su circunscripción se encuentren.

Es claramente visible que la teoría del fraccionamiento de la sucesión otorga un carácter predominante patrimonial a una herencia, aunque presenta serias dificultades para regular eficientemente situaciones vinculadas con la persona del *de cuius*, en lugar de con sus bienes, tales como la regulación las cláusulas extra-patrimoniales o las disposiciones correspondientes a la administración, liquidación y partición hereditaria. Es un total absurdo pretender que existen tantas sucesiones como bienes existan, y que según el régimen de cada una de estas sucesiones, se regule la forma de pagar los acreedores, la posibilidad de reconocer hijos por testamento, o inclusive el régimen de la administración de una herencia. ¿Qué ley regulará la delación hereditaria si todavía no existe la certeza sobre la ubicación de los bienes? ¿Cómo sabremos si hay o no herederos forzosos?

Se ha puesto en duda también que regular la transmisión de un bien por una ley distinta a la de su ubicación implique una vulneración a la soberanía de un país, pues como indica el profesor Werner Goldschmidt, éste poder

¹⁰ Como podrían serlo las relativas a acciones reales sobre los mismos, condiciones para su prescripción positiva, derechos de preferencia adquisitiva, oponibilidad ante terceros, entre otros más.

¹¹ Pero subsiste la posibilidad de que ocurra esto en caso de que el Estado receptor tenga competencia exclusiva en esa materia y exista en el país emisor el principio de unidad jurisdiccional, que no legislativa.

o señorío sobre bienes inmuebles se traduce en un imperio sobre ellos de naturaleza pública, como podría ser el caso de la imposición de medidas fiscales o mediante su expropiación, y no restringiendo los medios para formalizar una transmisión de propiedad, que de por sí ya sucedió en virtud de la muerte del causante (artículo 1288 del Código Civil para el Distrito Federal, CCDF en lo sucesivo)¹².

La tendencia actual ha sido modernizar la regulación del estatuto sucesorio y preferir la unidad del mismo, no sólo por la seguridad jurídica que brinda, sino por ser un medio para vincular de forma congruente la totalidad de los intereses en una sucesión, y no sólo la adjudicación de los bienes del caudal¹³.

2. *Unidad de la sucesión*

El artículo 1281 del CCDF establece el principio de unidad legislativa¹⁴. En este apartado me referiré exclusivamente a la segunda acepción.

Existen varias ventajas de regular una sucesión de ésta forma, entre otras:

- 1- Facilita el procedimiento de liquidación del patrimonio¹⁵;
- 2- Ofrece un indudable grado de certeza a los acreedores, herederos, legatarios y administradores hereditarios;
- 3- Al existir una administración única, permite conocer con seguridad la validez o invalidez de sus actos, la remuneración que le corresponde, o su obligación de garantizar, entre otras;
- 4- Soluciona congruentemente los supuestos de “acrecimiento” de la herencia;

¹² Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Buenos Aires, De Palma, 2003, p. 370.

¹³ *Ibidem*, p. 375.

¹⁴ La unidad de la sucesión es una cuestión propia de nuestro derecho, y está reconocida en la misma definición de herencia, como “(...) la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.” (1281 CCDF). En opinión de Goldschmidt, al tratarse de una cuestión sustantiva, el fraccionamiento o la unidad de la sucesión dependerá de lo que al respecto establezca el derecho civil y no el derecho conflictual. *Ibidem*. p. 360.

¹⁵ Sobre este punto encuéntrase especial énfasis en Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Las Sucesiones, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, t. IV, 2002. p. 36.

- 5- Hace más expedito el procedimiento;
- 6- Vincula de forma armónica la sucesión con la liquidación de la sociedad conyugal y con la institución de la presunción de muerte; y
- 7- Mantiene unido aquello que es indivisible, es decir, la voluntad del difunto¹⁶.

Es extremadamente importante tener en cuenta el primer punto, ya que son los acreedores de la herencia quienes merecen un tratamiento privilegiado, pues no sólo son sus derechos anteriores a la muerte del *de cuius*, sino que son preferentes en su pago. Someter de forma fraccionaria el estatuto crediticio de los acreedores vulnera severamente sus derechos y los constriñe a continuar un procedimiento mucho más tortuoso e inseguro del que originalmente habrían de seguir.

¿Cómo deberán responder los herederos a los acreedores si los bienes se encuentran ubicados en diversos lugares donde no son coincidentes los límites de responsabilidad de los causahabientes? Si los “herederos” de determinados bienes en un país repudian, ¿ésta repudiación acrece a los herederos sustitutos de los bienes en otro país? ¿Qué ley será la que rija este acrecimiento? ¿Esa repudiación es válida en los demás países, o se seguirá siendo “heredero” de aquellos bienes? ¿Cuántas administraciones hereditarias habrá? ¿Será necesaria una cuenta por cada una de ellas, aprobada por cada juez?

El absurdo más grande lo es sin duda el referente a las cuotas de participación de cada heredero, ya que se les atribuirán proporciones distintas en atención al grado de delación y vocación que cada heredero tenga en cada país. Tratándose de una sentencia de declaración de herederos en donde se haya resuelto sobre la totalidad de la herencia (unidad procedimental), se corre el riesgo de que multiplicar la titularidad de los bienes en caso de que se siga otro procedimiento, fraccionado, en el país de su ubicación, como es frecuente en la práctica¹⁷. Piénsese tan solo en los casos en que un heredero sea declarado incapaz para heredar, pero sea heredero en el otro país. ¿Cómo

¹⁶ Es un absurdo que la voluntad del difunto admita diversas interpretaciones, en atención a la naturaleza y contenido de su patrimonio relicto. En el mismo sentido Ignacio L Vallarta, en Silva, Jorge Alberto, *Estudios de Derecho Conflictual Sucesorio Interestatal durante el Siglo XIX*. Ignacio L. Vallarta y José Algara, México, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2006. pp. 36-40.

¹⁷ En innumerables casos una sucesión se tramita ante funcionarios mexicanos, se declaran herederos universales, pero se siguen además procedimientos locales para adjudicar bienes en el extranjero, sin incorporarlos al inventario o al convenio de partición doméstico.

habría de formularse la partición con sus coherederos? ¿Deberá el albacea adjudicar dos veces el mismo bien? Éstos son sólo algunos de los problemas que pueden generarse ante el fraccionamiento de la sucesión¹⁸.

Evidentemente la unidad sucesoria no es un principio absoluto, ya que como se ha anticipado, no aplica a todas aquellas relaciones que no correspondan en esencia a la herencia¹⁹. La deliberación sobre qué aspectos son comprendidos por la *lex successionis*, y cuáles no, es bastante frecuente en este tipo de planteamiento, y de ella dependerá la norma conflictual a emplear, y por tanto, el derecho designado como aplicable.

Una vez tratado el tema de la unidad sucesoria, toca explorar las diversas posibilidades en cuanto a su regulación, dependiendo de si se equipara al estatuto personal, o si se emplea la *lex fori*.

A. Estatuto personal

Esta postura también se ha denominado como la doctrina de la “personalidad de la sucesión”, y nada tiene que ver con la atribución de personalidad jurídica a las herencias, sino con el hecho de regirla según la ley personal del *de cuius*²⁰.

Incluir el estatuto sucesorio como parte del estatuto personal de las personas físicas se justifica por el reconocimiento que el CCDF hace a la muerte como un acto del estado civil²¹, aunado al principio de accesoriedad²².

¹⁸ Si bien la unidad de la sucesión es la forma más natural y lógica de regir una herencia, no está exenta de complicaciones, pues existe la posibilidad de que los países receptores de las sentencias y escrituras no las reconozcan, por considerar que viola su orden público fundamental.

¹⁹ Por ejemplo, las deudas hereditarias se seguirán rigiendo por el estatuto de ejecución, aunque el régimen de limitación de responsabilidad de los herederos sí se rige por la *lex successionis*.

²⁰ Tendencia que parece ser preferida por la Unión Internacional del Notariado, véase para tal efecto Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, *Doctrina Notarial Internacional*, 2ª edición, México, Porrúa, 2006, p. 152.

²¹ Ya que los artículos 35 del CCDF y 24 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal (CPCDF en lo sucesivo) le dan ese carácter. En sentido contrario la tesis aislada rubro “DEFUNCIÓN. NO SE ACREDITA ÚNICAMENTE CON LAS ACTAS DEL REGISTRO CIVIL”, misma que concluye que no es parte del estado civil por permitir diversos medios para su demostración, ignorando que el artículo 774 del CPCDF es sólo una regla especial para su acreditación.

²² En México, a favor de dicho criterio véanse Frisch Philipp, Walter, González Quintanilla, José Arturo y González Elizondo, José Arturo, *op. cit.*, 5. p. 138; y Rodríguez Martínez, Elí, “Las sucesiones en el Derecho Internacional Privado”, en Nuria González Martín (coord.), *Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano. Parte Especial. Derecho Civil*

En mi opinión el principio de accesividad se justifica no sólo por la fuerza que como principio general del derecho tiene en nuestro ordenamiento, sino porque no existe otro punto de conexión más cercano a la sucesión de una persona²³.

Al tratarse de una cuestión vinculada necesariamente con la muerte como acontecimiento del estado civil de las personas físicas, es el artículo 13-II del CCF el que indica que la *lex successionis* es la vigente en el lugar del último domicilio del autor de la sucesión. No es coincidencia que los artículos 24 fracción IV del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC en lo sucesivo) y 156 fracción V del CPCDF utilicen como primer punto de competencia el último domicilio del difunto.

Sin perjuicio de que la *lex successionis* remita al derecho del último domicilio del *de cuius*, para las demás relaciones jurídicas – incluyendo el fondo del testamento²⁴ – habrá que indagar sobre el derecho correspondiente a su propia naturaleza.

Al existir una muy probable coincidencia entre *lex* y *forum*, el conflicto sobre la ley aplicable a las sucesiones internacionales e interfederativas se presenta con mayor dificultad ante los órganos judiciales²⁵, pero en sentido inverso, la competencia notarial constituye un terreno fértil para este tipo de problemas.

En derecho comparado es bastante común que a la sucesión se le considere como parte del estatuto personal, pero persiste la discusión en cuanto al punto de conexión. Si bien en México seguimos el criterio

Internacional, México, Porrúa, 2008, pp. 385 y 386, Sin embargo, éste último autor, en entrevistas personales con el que escribe, ha mostrado su reciente adhesión por la teoría realista de la sucesión.

²³ Pues ya se descartó el estatuto real, al regular nuestro derecho la sucesión según un criterio de unicidad, tanto legislativa como procedimental, cuestión que es imposible al amparo del estatuto real.

²⁴ Que en términos del artículo 1593 del CCF se rige en su totalidad por el lugar de otorgamiento, y no por el último domicilio del testador, o por la ubicación de los bienes que en él se disponen. Ejemplos de lo anterior son la necesidad o no de testigos en su otorgamiento o la validez de las condiciones en él estipuladas, no así las cuotas legítimas.

²⁵ Aunque colabora para disociar estos aspectos la tesis aislada con rubro “SUCESIÓN. COMPETENCIA POR EL LUGAR DE UBICACIÓN DE LOS BIENES, CUANDO NO SE ACREDITE EL DOMICILIO DEL DE CUJUS, EN TERRITORIO NACIONAL.”, que ignora completamente los términos de lo dispuesto por el artículo 156 del CPCDF, dándole peso al principio de efectividad de las sentencias y resoluciones judiciales.

domiciliar²⁶, muchos países – especialmente europeos y del Sur de América – utilizan el criterio de la nacionalidad. Cabe resaltar que el Reglamento 650/2012, al que ya me he referido anteriormente, opta por seguir el criterio de residencia habitual, aunque en ninguna parte de su articulado define éste último concepto. Además de lo anterior, el reglamento permite la elección del derecho aplicable, sea expresa o tácita, y que además reconoce el punto de conexión en atención a los vínculos más estrechos del autor de la sucesión, independientemente de su residencia habitual (artículos 21 y 22).

También opta por el criterio de residencia habitual el Convenio sobre la Ley Aplicable a las Sucesiones por Causa de Muerte celebrado en La Haya el 1 de agosto de 1989 (artículos 3.1 a 3.3)²⁷. Las ventajas y desventajas de cada uno de los puntos de conexión anteriores se han tratado previamente por el autor²⁸.

B. *Lex fori*

La *lex fori* es la otra alternativa existente para preservar el principio de unidad de la sucesión, y consiste en aplicar la ley doméstica independientemente del derecho con vínculos más estrechos a la relación, de la ubicación de los bienes o de cualquier otro factor que en otras circunstancias pudiere ser decisivo. Quienes la sostienen se fundamentan tanto en el artículo 12 del CCF como en el principio de territorialidad de las leyes, en el entendido de que mientras no exista indicación en contrario, el juez aplicará sus propias leyes²⁹.

La *lex fori* es conveniente al permitir al juez aplicar su ley, reduciendo costos durante el juicio y evitando complicaciones para probar un derecho que ajeno a nuestro ordenamiento, y a menudo es confundida con una

²⁶ Ya Demolombe había identificado el especial lazo que unía a una persona con el lugar de su domicilio. Véase Champcommunal, M.J., *op. cit.*, 9, p. 278.

²⁷ Suscrito tan solo por Argentina, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza. No ha entrado en vigor. A pesar de lo anterior, la legislación interna de los Países Bajos transcribió en su derecho interno los preceptos de dicha convención.

²⁸ Ver Orozco González, Jorge, *Sucesiones internacionales e interfederativas. El juez, el notario y el cónsul*, México, Tesis profesional para obtener el grado de abogado ante la Escuela Libre de Derecho, 2014.

²⁹ Para quienes consideran que las normas conflictuales se encuentran válidamente recogidas en el CCDF, da lo mismo optar por el estatuto personal o por la *lex fori*, pues la ley designada como aplicable al estatuto personal es la local indefectiblemente.

medida ejemplar que aligera los problemas derivados de las sucesiones transfronterizas, pues al igual que cualquier otra postura de carácter unitario, supone aplicar un único derecho a una relación jurídica transnacional.

Es importante dejar en claro que si el juez asume competencia en atención a la ubicación de los bienes raíces no está fraccionando el estatuto sucesorio, ya que se aplicará un derecho exclusivamente. En este caso los elementos reales de la sucesión, como los bienes raíces, sólo figuran como criterio para la competencia territorial, y no como punto de conexión para una norma conflictual (*forum rei sitae*).

Considero que la doctrina de la *lex fori* es inaplicable en nuestro sistema, pues aunque no existe un fundamento explícito para regular las sucesiones en los artículos 12 a 15 del CCF, la interpretación de su artículo 13 fracción II admite regularla de conformidad con el estatuto personal, además, el uso permanente de la ley doméstica puede llegar a aplicar la ley mexicana a casos que no tienen una vinculación estrecha con nuestro país³⁰, por ejemplo, cuando un juez o notario asumen competencia en virtud de la ubicación de uno o más bienes raíces. ¿La voluntad de una persona se deberá de interpretar según un criterio exclusivamente patrimonial, o deberá de atender a aquél sitio en donde alguien ha desarrollado su proyecto de vida? ¿Y si resulta que en ese lugar no se encontraba la mayor cantidad de sus bienes? ¿Será congruente con la realidad todo aquello, principalmente teniendo en consideración que hoy en día la mayor parte de las fortunas se concentran en bienes muebles, como podrían serlo inversiones o cuentas bancarias?³¹

Situaciones como las anteriores no son sólo contrarias a la voluntad del *de cuius*, sino que son una invitación al “*forum shopping*”³². Piénsese por ejemplo en las sucesiones de trámite notarial en las que en razón del principio de libertad de elección de notario pueden los interesados cambiar de notario

³⁰ Generando notorias injusticias e incongruencias ya acusadas en Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, p. 155.

³¹ Este tipo de posturas catalogadas como “primitivas y simples” niegan la existencia de relaciones internacionales, hoy más frecuentes que nunca. Véase Azcárraga Monzonís, Carmen, *Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008, p. 376.

³² Concepto que presupone el distanciamiento de la sede efectiva de los intereses del difunto y su sucesión.

sin ningún tipo de excusa, ¿es razonable este cambio de competencia, y por tal, de ley aplicable?

3. *Criterio mixto*

El criterio mixto parte de la distinción entre bienes muebles y bienes inmuebles, asignándole a cada uno de ellos un régimen distinto. La ley aplicable a los inmuebles será la del lugar de su ubicación, en tanto que la aplicable a los muebles dependerá de la nacionalidad del difunto, o de su domicilio. Este criterio fue seguido por la jurisprudencia francesa durante muchos años.

El criterio mixto es absurdo, pues parte de criterios artificiales y contradictorios para definir el destino y contenido de la herencia, además, ¿cuál de esos derechos clasificará si a un bien se le califica como mueble o inmueble? Sobra decir que en el CCF no existe fundamento para sostener este criterio.

4. *Professio iuris*

En varios países es permitido que una persona designe la ley aplicable para regir su sucesión a su muerte mediante un acto que no es necesariamente un testamento, lo que supone una especie de *electio iuris* aplicable a la materia sucesoria. Si bien esta cláusula puede parecer una invitación al fraude a la ley, arriesgando los intereses de los acreedores a merced de un derecho que pueda desfavorecerlos, la mayor parte de los países que regulan esta forma de proceder acompañan la *professio iuris* de un elemento objetivo, en el entendido de que podrá el testador designar el derecho aplicable a su sucesión dentro de un catálogo de posibilidades, como los serían por ejemplo, el lugar de su último domicilio, o la ley de su nacionalidad. A manera de ejemplo, el Reglamento 650/2012 sujeta la validez de semejantes pactos a que el disponente tenga la nacionalidad del país cuyo derecho se elige, y establece, como novedad, que dichas disposiciones pueden resultar de la intención del testador, aunque no se señale expresamente (artículo 22).

Analizando el planteamiento ante la óptica del derecho mexicano, si en virtud de lo dispuesto por el artículo 13 fracción V del CCF la posibilidad de la elección del derecho aplicable constituye una regla general, ¿podrá

el testador obrar de ésta forma? El artículo 3286³³ del Código Civil de 1884 parecía contener dicha posibilidad, aunque su redacción era un tanto limitada, y especialmente contradictoria con otras disposiciones del mismo ordenamiento, tal como su artículo 17³⁴.

En mi opinión el artículo 1593 del CCF constituye una regla especial al artículo 13 fracción V del mismo ordenamiento, al establecer que el contenido del testamento – sin distinguir entre forma y fondo – se regirá por su lugar de otorgamiento³⁵. Este artículo no permite una disposición en contrario por parte del testador, así como tampoco permite el uso del reenvío por parte del operador jurídico mexicano³⁶.

A pesar de no estar permitido en nuestro sistema jurídico, el sistema de la *professio iuris* atenuada, es decir, aquel que hace depender la elección de un elemento de carácter objetivo, me parece el más razonable de todos, y aquél que mayores posibilidades ofrece para resolver el problema de la tramitación de una sucesión transfronteriza.

5. Reenvío

Por último, es importante recalcar que, a pesar de la escasa aplicación que ha tenido el reenvío en nuestro país, existe la posibilidad de que se utilicen las normas conflictuales del país destinatario de la remisión, bien que designen como derecho aplicable el mexicano o el de un tercer estado.

Lo anterior cobra especial relevancia si se considera que, al amparo del reglamento 650/2012, ya vigente, y del cual forman parte casi todos los

³³ Artículo 3286.- Los extranjeros que testen en el Distrito y en la California, pueden escoger la ley de su patria ó la mexicana respecto de la solemnidad interna del acto: en cuanto á las solemnidades externas, deberán sujetarse á los preceptos de éste Código.

³⁴ Artículo 17.- Si los contratos ó testamentos de que habla el artículo anterior fueren otorgados por un extranjero y hubieren de ejecutarse en el Distrito Federal ó en la California, será libre el otorgante para elegir la ley á que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto en cuanto a los intereses que consista en bienes muebles. Por lo que respecta a los raíces, se observará lo dispuesto en el Art. 13.

³⁵ Conclusión que no podría obtenerse sin bilateralizar dicha norma.

³⁶ En sentido contrario Silva, Jorge Alberto, *Derecho privado en México. Las relaciones de tráfico jurídico interestatal*, México, Librería del investigador, 2013, p. 150; y Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *Nuevo Derecho Internacional Privado*, 2a ed, México, Themis, 2000, p.155.

países de la Unión Europea³⁷, es posible utilizar como punto de conexión el derecho del país en donde el difunto tuviere sus vínculos más estrechos, artículo que sería aplicable en territorio nacional si existiere una norma conflictual que realice una remisión completa a las disposiciones de un país suscriptor del reglamento, y además se cumplen las circunstancias que para la aplicación del reenvío estipula el artículo 14 fracción II del CCF, con total independencia de que México no sea parte del reglamento.

III. Conclusiones

a) La *lex successionis* es por su naturaleza única, y cualquier institución que no tenga un contenido estrictamente sucesorio ameritará un tratamiento conflictual independiente, independientemente de su proximidad o injerencia sobre conceptos hereditarios;

b) El punto de conexión para el estatuto sucesorio, por tratarse de una cuestión que surge con motivo de la muerte, como acontecimiento del estado civil de las personas físicas, deberá ser el último domicilio del causante;

c) A fin de evitar problemas en la práctica, es recomendable que los interesados celebren un convenio en el que todos reconozcan que conocen la ley aplicable a la sucesión, y que ésta es, por supuesto, la del último domicilio del difunto (artículo 1776 del CCDF). Para facilitar la circulación extraterritorialidad, se recomienda otorgar en instrumento público el convenio, detallando las circunstancias de su elaboración, entre ellas, las disposiciones específicas renunciadas por las partes (artículo 7 del CCDF y 102 fracción XV de la Ley del Notariado del Distrito Federal; y

d) No debe perderse de vista la posibilidad de hacer uso del reenvío, si es que con ello se obtiene una solución más justa al caso concreto en atención a un punto que presente mayor cercanía con la voluntad, real o presunta, del difunto.

³⁷ No forman parte del reglamento el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda ni Dinamarca.

IV. Bibliografía

Azcárraga Monzonís, Carmen, *Sucesiones internacionales. determinación de la norma aplicable*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2008.

Boggiano, Antonio, *Curso de Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993.

Champcommunale, M.J, *La sucesión ab-intestato en derecho internacional privado*, trad de Alejo García Góngora, Madrid, La España Moderna, 1867.

Frisch Philipp, Walter, González Quintanilla, José Arturo y González Elizondo José Arturo, *Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional*, 3ª. ed., México, Porrúa, 2005.

Goldschmidt, Werner, *Derecho Internacional Privado*, 9ª ed., Buenos Aires, De Palma, 2003.

Orozco González, Jorge, *Las sucesiones internacionales e interfederativas. El juez, el notario y el cónsul*, México, Tesis profesional para obtener el grado de abogado ante la Escuela Libre de Derecho, 2014.

Pérez Fernández Del Castillo, Bernardo, *Doctrina Notarial Internacional*, 2ª edición, México, Porrúa, 2006.

Planiol, Marcelo y Ripert, Jorge, *Las Sucesiones, Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, México, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, t. IV, 2002.

Rodríguez Martínez, Eli, “Las Sucesiones en el Derecho Internacional Privado”, en Nuria González Martín (coord.) *Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano. Parte Especial. Derecho Civil Internacional*, México, Porrúa, 2008.

Rojina Villegas, Rafael, *Proyecto de Reformas al Código Civil del Distrito Federal y Territorios Federales*, México, 1967.

Silva, Jorge Alberto, *Estudios de Derecho Conflictual Sucesorio Interestatal durante el Siglo XIX. Ignacio L. Vallarta y José Algara*, México, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2006.

—, *Derecho Privado en México, Las relaciones de tráfico jurídico interestatal*, México, Librería del investigador, 2013.

Vázquez Pando, Fernando Alejandro, *Nuevo Derecho Internacional Privado*, 2a ed, México, Themis, 2000.

La influencia de la Unión Europea en los instrumentos de cooperación y capacitación judicial internacional iberoamericanos

Carlos Enrique Odriozola Mariscal*

SUMARIO: Primera Parte. I. *Introducción*. II. *Mecanismos comunitarios europeos de cooperación judicial internacional: hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa*. III. *Red Judicial Europea en materia civil y mercantil*. IV. *Red Europea de Formación Judicial (REFJ)*. V. *Instituciones europeas de formación de profesionales de justicia*. VI. *Herramientas oficiales europeas para la información del Derecho extranjero*. VII. *Mecanismos iberoamericanos de cooperación y capacitación judicial internacional. Hacia un espacio judicial iberoamericano*. Segunda Parte. I. *Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB)*. II. *Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI)*. III. *Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP)*. IV. *Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed)*. V. *Instituciones iberoamericanas de formación de profesionales de justicia*. VI. *Herramientas oficiales iberoamericanas para la información del Derecho extranjero*. *Conclusiones*.

* Maestro en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Presidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP). Su correo electrónico: odriozola1970@icloud.com

Primera Parte

I. Introducción

Existe una irreversible interdependencia entre las naciones y entre sus sistemas jurídicos. El tráfico jurídico internacional es cada día más complejo. En virtud de la globalización existe la proliferación de organizaciones internacionales y una expansión del Derecho internacional. El Derecho nacional aplica, cada vez con mayor intensidad, normas extranjeras y normas internacionales¹.

La globalización produce una evolución cuantitativa y cualitativa del tráfico jurídico transfronterizo. El Derecho es un producto estatal cada vez más condicionado a las normas creadas en otras naciones o a nivel internacional. A la luz del Derecho internacional privado, es necesaria una mayor coordinación internacional para ordenar los fenómenos transfronterizos². El Estado no puede seguir regulando a la sociedad mediante sus instrumentos jurídicos tradicionales, autoritarios y rígidos, resultando un Derecho flexible, basado en la aparición de un bloque normativo “caracterizado por un índice muy bajo de coercibilidad, en términos generales, al establecimiento de directrices, al estímulo de las negociaciones y a la facilitación de acuerdos”³.

El trasiego transfronterizo, no sólo existe en los aspectos comerciales o económicos sino en los aspectos personales, que ha propiciado reformas de trascendencia que implican la redimensión en la aplicación del Derecho cuando nos situamos ante una sociedades multiculturales y diversas⁴. La globalización conlleva el máximo respeto a los derechos humanos. Es por ello que las implicaciones prácticas, existentes en cualquier foro, para la averiguación del derecho extranjero, continúan siendo motivo de

¹ A. Von Bogdandy, *Hacia un nuevo Derecho Público. Estudios de Derecho Público comparado, supranacional e internacional*, UNAM, México, 2011, p. 257.

² P.A. De Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. I, 2001, pp. 86-87.

³ J.C. Fernández Rozas, “El Derecho económico internacional de la globalización”, *Guerra y Paz (1945-2009). Obra homenaje al Dr. Torres Bernárdez*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. País Vasco, 2010, p. 211.

⁴ Basta analizar, por ejemplo, la complejidad actual de las relaciones familiares dentro del Derecho internacional privado. Cfr. N. González Martín, *El derecho de familia en un mundo globalizado: especial referencia a la adopción internacional*, Washington, OEA, 2009, p. 78.

preocupación en el ámbito del derecho procesal civil internacional, como rama del derecho internacional privado⁵.

La tutela judicial efectiva es uno de los principios por los que se rigen el derecho procesal civil internacional y la cooperación jurisdiccional internacional. El derecho procesal civil internacional debe asegurar el respeto al principio de tutela judicial internacional efectiva, lo que significa que debe garantizar la observancia de los derechos subjetivos a nivel transfronterizo, en un mundo caracterizado por el fraccionamiento jurisdiccional⁶.

Motivo del fenómeno de la globalización y la interdependencia de los diversos órdenes jurídicos, es frecuente, para los operadores del sistema de justicia de un foro en particular, la necesidad de averiguar el derecho aplicable en otras jurisdicciones nacionales. Cuando resulta aplicable el derecho de algún Estado miembro de un sistema avanzado de integración, como la Unión Europea, además resulta necesario allegarse el contenido del derecho supranacional aplicable, como es el caso del derecho comunitario europeo, el cual es obligatorio para sus Estados miembros⁷.

Allegarse el derecho extranjero significa el respeto al principio de seguridad jurídica. No hacerlo puede constituir una traba al derecho fundamental de acceso a la justicia. La seguridad jurídica es uno de los fines del Derecho. Desde el punto de vista sociológico, la seguridad jurídica es una de las condiciones de racionalidad del Derecho que conlleva a la previsibilidad de las conductas en sociedad, constituyendo uno de los fundamentos de la actividad económica y social. Cuando la norma nacional impone al juzgador la aplicación del Derecho extranjero, éste debe aplicarse. Negar la aplicación del Derecho extranjero a los justiciables, cuando resulta

⁵ Para un análisis sobre la historia y evolución del Derecho procesal civil internacional como rama del Derecho internacional privado, cfr. M. Feuillede, "Consideraciones en torno a la historia del Derecho procesal civil internacional", *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, No. 30, 2007, pp. 53-64.

⁶ Cfr. M. Virgós Soriano y F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, Civitas, 2000, p. 29.

⁷ Cuando nos referimos a la necesidad de allegarse el contenido del Derecho extranjero, nos referimos al texto, vigencia, sentido y alcance de ese Derecho. No solo es necesario allegarse el texto de las leyes, sino también la forma en que ésta se aplica, para lo cual es necesario acudir a su interpretación jurídica. Cuando se aplica la ley extranjera debe hacerse como si lo hiciera un juez de ese país.

precedente hacerlo, es un atentado al principio de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

Reconociendo que la falta de aplicación del Derecho extranjero es una traba al acceso a la justicia, es más evidente la necesidad de aplicarlo en forma oficiosa. Es frecuente encontrar en los países desarrollados un mayor reconocimiento de la aplicación oficiosa del principio *iura novit curia*, mejorando la forma de acceder a la información del Derecho extranjero. No obstante su antigüedad, el principio *iura novit curia*⁸, aunque de aparente sencillez teórica, es uno de los más complejos por cuanto hace a su aplicación por los actores del sistema de justicia. La necesidad de aplicar este principio en forma oficiosa, cobra relevancia por la necesidad de respetar los derechos humanos a la luz de la diversidad cultural que se deriva de la integración mundial, especialmente respetando los principios de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia.

El objetivo de la primera parte de este trabajo es analizar la manera en que Europa ha evolucionado en sus mecanismos de cooperación y capacitación judicial internacional, lo que necesariamente mejorará, entre otras cosas, los medios para averiguar el Derecho extranjero a partir de la integración europea, en beneficio de los justiciables. En la segunda parte señalamos la forma en que en Iberoamérica se han adoptado las instituciones europeas en la materia, *mutatis mutandis*, y se han tomado sus modelos institucionales para tratar de facilitar la cooperación procesal entre las judicaturas.

Es claro que estos medios de cooperación y capacitación judicial europeos e iberoamericanos deben permitir una comunicación más estrecha entre los operadores del sistema de justicia, permitiendo mecanismos más ágiles y completos de información sobre sus respectivos sistemas jurídicos, propiciando una mejor averiguación y aplicación del derecho extranjero más allá de sus fronteras, incluido el Derecho de la Unión Europea.

⁸ Conforme a la expresión más pura de este principio, que descansa en el aforismo latino *iura novit curia; da mihi factum, dabo tibi ius*, (lo que puede traducirse como “el tribunal conoce el derecho, dame los hechos, yo te daré el derecho”), solamente basta expresar los hechos en que se funda un proceso, para que el juez determine, invoque y aplique el derecho que resolverá la cuestión controvertida. Bajo la aplicación más pura de esta doctrina, el derecho no requiere de prueba alguna.

II. Mecanismos comunitarios europeos de cooperación judicial internacional: hacia un espacio de libertad, seguridad y justicia en Europa

Desde el siglo XIX surgieron doctrinas que otorgaban un trato igual al Derecho nacional y al extranjero, reconociendo la importancia que reviste para los Estados asegurar la prueba del Derecho extraño en los procesos judiciales. Esta corriente doctrinaria fue encabezada por el *Instituto de Derecho Internacional* con sede en Ginebra. En sus sesiones de Heidelberg de 1887 y Hamburgo de 1891, el Instituto sostuvo que la prueba de las leyes extranjeras no puede ser una cuestión de hecho abandonada a la iniciativa de las partes, asumiendo que la aplicación oficiosa del Derecho extranjero es una cuestión de gran importancia para impartir justicia⁹.

El principio establecido en la época moderna por el *Instituto de Derecho Internacional*, fue acogido por diversas legislaciones, en mayor o menor medida¹⁰. Fue hasta el 7 de junio de 1968, bajo los auspicios del Consejo de Europa, que se suscribió la *Convención Europea sobre información relativa al Derecho extranjero*, con miras de estrechar las relaciones entre los Estados miembros de la Unión. Su ámbito de aplicación territorial abarca a la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea¹¹. La Convención entró en vigor el 17 de diciembre de 1969, para los Estados parte que la habían ratificado a esa fecha.

⁹ Nótese que el *Instituto de Derecho Internacional* es una de las más prestigiosas instituciones académicas reconocidas a nivel mundial, caracterizada por sus recomendaciones tendientes a la protección de los derechos humanos y la justicia. De ahí que en 1904 el Instituto hubiese sido galardonado con el Premio Nobel de la Paz. Cfr. M. Feuillade, "Consideraciones en torno a la historia del Derecho Procesal Civil Internacional", *Revista del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social*, No. 30, p. 54; E. Tellechea Bergman, *Dimensión judicial del caso privado internacional. Análisis en especial de la cooperación judicial internacional de mero trámite, probatoria y cautelar en el ámbito interamericano y del Mercosur*, Curso XXXIV, Washington, OEA, s.f., p. 215

¹⁰ Son paradigmáticos los casos de los sistemas legales alemán y austriaco que imponían expresamente la obligación a sus jueces de informarse sobre el alcance de las leyes extranjeras, sin perjuicio de que las partes coadyuvaran en dicha investigación.

¹¹ El 13 de junio de 2003, México publicó en el Diario Oficial de la Federación la Convención, siendo uno de los pocos Estados no miembros de la UE en hacerlo, junto con Bielorrusia, Costa Rica y Marruecos. Actualmente tiene 46 estados miembros. Cfr. <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=062&CM=1&DF=&CL=ENG>, al 29 de marzo de 2015.

A pesar del número de ratificaciones de la Convención, en la práctica no ha sido tan exitosa como podría suponerse, debido a la falta de obligatoriedad de la información obtenida mediante este tratado internacional. Incluso en la literatura legal de los Estados miembros, el tratado ha sido escasamente estudiado. Los informes que pueden obtenerse con la Convención son muy abstractos. En Inglaterra y Escocia solo se utiliza para proporcionar información, pero no para solicitarla¹². El objeto de la Convención fue establecer un sistema de asistencia mutua internacional con miras a facilitar la obtención, por las autoridades judiciales, de información sobre el Derecho extranjero. Los Estados parte se obligan a proporcionarse, conforme a las disposiciones de la propia Convención, datos concernientes a su legislación y procedimiento en el ámbito civil y mercantil, así como de la organización judicial. La información sobre el Derecho de cada estado incluye la información sobre la vigencia del Derecho objeto de la solicitud de la información¹³.

El 15 de marzo de 1978 se adoptó en Estrasburgo el protocolo adicional a la Convención, para eliminar los obstáculos de carácter económico que dificultan el acceso a los procedimientos legales y permitir a las personas económicamente desprotegidas ejercitar mejor sus derechos en los Estados Miembros.

La Convención y su protocolo no han tenido el resultado esperado debido a que su aplicación es voluntaria. Además, los jueces de los Estados miembros están acostumbrados a utilizar los medios de prueba tradicionalmente utilizados en sus jurisdicciones. Las partes consideran que utilizar a expertos en vez de la Convención, les garantiza en mayor medida el éxito de sus litigios¹⁴. Si la aplicación de la Convención fuera obligatoria para los jueces de los Estados miembros, su destino sería otro. Serían tantas las solicitudes de información que el mecanismo de información, objeto del tratado, colapsaría. En caso de que en el futuro se armonizaran las reglas internacionales de obtención de información del Derecho extranjero, se harían necesarios más recursos y una organización distinta¹⁵.

¹² M. Jänterä-Jareborg, "Foreign Law in National Courts. A comparative Perspective", *Recueil des Cours, Hague Academy of International Law*, núm. 304, 2003, p. 317.

¹³ European Committee on Legal Co-operation, *European Convention on Information on Foreign Law. Explanatory report*, documento electrónico visible en <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/HTML/062.htm>, al 29 de marzo de 2015.

¹⁴ M. Jänterä-Jareborg, *loc. cit.*, pp. 316-318.

¹⁵ *Ibidem*, p. 318.

Al margen de la Convención, la Unión Europea ha creado diversos mecanismos, de mayor relevancia práctica, que facilitan el acceso de los actores del sistema de justicia a la información sobre la aplicación del derecho de cada uno de los Estados miembros de la Unión.

En el Tratado de Ámsterdam se reconocieron las dificultades a las que se enfrentan los ciudadanos en los litigios transfronterizos, sea en asuntos civiles, mercantiles o penales. Esto significa que la Unión debe garantizar la comunicación ágil de documentos e información respecto del Derecho de cada uno de los Estados miembros, el uso de formularios multilingües, así como la creación de mecanismos o redes que presten asistencia y presten asesoría en asuntos transnacionales¹⁶.

A fines del siglo XX, el Consejo de Europa apuntó la necesidad de contar con un verdadero *Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión*¹⁷, estableciendo las bases prácticas para una cooperación judicial mejorada¹⁸. En un auténtico *Espacio Europeo de Justicia*, no debe suceder que la incompatibilidad o la complejidad de los sistemas jurídicos y administrativos de los Estados miembros impida a los justiciables ejercer sus derechos o las disuada de hacerlo. El Consejo propuso la puesta en marcha de una campaña de información relativa a los diversos sistemas jurídicos de los Estados miembros, además de que solicitó establecer un sistema de información de fácil acceso, de cuyo mantenimiento y actualización se encargaría una red de autoridades nacionales competentes, que mejorara, simplificara y acelerara la cooperación judicial efectiva entre los Estados interesados.

En la génesis del Derecho comunitario y sus instituciones, se ha trabajado en un sistema complejo que permita la existencia de herramientas suficientes para averiguar el derecho extranjero, con la mayor facilidad y el

¹⁶ Cfr. el “Plan de acción del Consejo y de la Comisión sobre la mejor manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia”, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 19, del 23 de enero de 1999.

¹⁷ Consejo Europeo extraordinario de Tampere, Finlandia, del 15 y 16 de octubre de 1999.

¹⁸ Ningún interesado en el Derecho internacional privado europeo se puede permitir hoy día ignorar el desarrollo normativo europeo en materia de cooperación judicial civil y mercantil. Una recopilación de los principales instrumentos en la materia puede encontrarse en: Comisión Europea, Dirección General de Justicia, Libertad y Seguridad, *Recopilación de la legislación comunitaria en materia de cooperación judicial civil y mercantil*, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2009.

menor costo posible¹⁹. Sin embargo, la propia Unión Europea ha reconocido que la falta de confianza derivada de las diferencias entre los sistemas jurídicos de cada Estado, tanto en derecho penal como civil, así como la falta de un conocimiento pleno y recíproco de sus respectivos sistemas, sigue frenando una visión transfronteriza en estas políticas y una consolidación de la cooperación judicial a nivel europeo²⁰.

La creciente cooperación entre operadores jurídicos comunitarios es clave para lograr un espacio judicial en el que las personas puedan recurrir a los tribunales de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio²¹. Es innegable el esfuerzo que han efectuado los Estados miembros de la Unión Europea y las instituciones comunitarias para consolidar las políticas de cooperación judicial con vistas a lograr el *Espacio de Seguridad Libertad y Justicia* que incluya un anhelado *Espacio Judicial Europeo*. A partir del Tratado de Maastricht, coexisten en Europa diversos mecanismos que coadyuvan a la averiguación y aplicación del derecho extranjero²². En los siguientes apartados trataremos de dar cuenta de los principales.

III. Red Judicial Europea en materia civil y mercantil²³

Fue creada por el Consejo de Europa para coadyuvar a lograr los objetivos del Tratado de Ámsterdam relativas a la creación de un espacio de libertad,

¹⁹ Véase por ejemplo el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea C 83 del 30 de marzo de 2010; así como el “Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea” del 4 y 5 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C 53 del 3 de marzo de 2005.

²⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años - Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia” del 15 de diciembre de 2005.

²¹ Cfr. P.A. De Miguel Asensio, “El Derecho internacional privado ante la globalización”, en *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, Madrid, España, tomo I, 2001, pp. 37-87.

²² No sin antes advertir sobre la existencia de un “entramado de organismos de difícil, por no decir imposible, esquematización, siendo complicado discernir sus ámbitos competenciales y aún más sus relaciones, Vid. V. Moreno Catena, *La cooperación Judicial Internacional en la Unión Europea y en América Latina*, Estudio realizado para el Proyecto Eurosocial Justicia, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, Madrid, 2006, p. 5.

²³ <http://ec.europa.eu/civiljustice/>

seguridad y justicia²⁴. La Red está compuesta por diversos actores, a saber: a) los llamados *puntos de contacto* designados por los Estados miembros; b) los organismos y autoridades centrales establecidos en actos comunitarios, en instrumentos de Derecho internacional en los que los Estados miembros sean parte o en normas de Derecho interno en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil; c) los intitulados *magistrados de enlace*²⁵ que tengan responsabilidades en el ámbito de la cooperación civil y mercantil; d) cualquier otra autoridad judicial o administrativa con responsabilidad en la cooperación judicial en el ámbito civil y mercantil cuya pertenencia a la Red sea considerada conveniente por el Estado miembro respectivo.

La misión de la Red es facilitar la cooperación judicial en materia civil y mercantil entre los Estados miembros, mediante sistemas de información para los miembros de la Red y para el público en general. El sistema de información destinado al público, debe incluir²⁶: a) los actos comunitarios en vigor o en preparación sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil; b) las medidas nacionales destinadas a aplicar, a nivel interno, los actos comunitarios en vigor; c) los instrumentos internacionales en vigor sobre cooperación judicial en materia civil y mercantil en los que sean parte los Estados miembros, así como las declaraciones y reservas formuladas en el marco de estos instrumentos; d) los elementos pertinentes de la jurisprudencia de la Comunidad en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y mercantil; y, e) las fichas informativas, de carácter práctico y conciso e incluyen jurisprudencia, que abordan cuestiones relativas al acceso a la justicia de los Estados miembros.

La Red ha constituido un “avance significativo” en la cooperación judicial comunitaria y se ha dicho que es un sistema “rápido y fiable” para

²⁴ El 28 de mayo de 2001, el Consejo de la Unión Europea adoptó la Decisión 2001/470/CE, por la que se creó la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil, Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 174, del 27 de junio de 2001. Dinamarca, de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, no participa en la adopción de la señalada Decisión, que por tanto no la vincula ni le es aplicable.

²⁵ Creados según la Acción común 96/277/JAI, de 22 de abril de 1996, adoptada por el Consejo de la Unión Europea, para la creación de un marco de intercambio de magistrados de enlace que permita mejorar la cooperación judicial entre los Estados miembros de la Unión Europea.

²⁶ Artículo 14, Decisión 2001/470/CE, por la que se creó la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil.

resolver cuestiones de litigio transfronterizo intracomunitario²⁷. Si bien el portal de la Red se ha venido actualizando y su contenido se ha ampliado a través de los años, la información que contiene es todavía insuficiente, pues aún no es posible prescindir de otros medios de prueba²⁸.

Es insuficiente contar con el texto de las leyes para conocer el Derecho extranjero. Aun suponiendo cierto el logro de contar con todos los textos legales comunitarios, es conveniente hacerlo en un idioma asequible para la mayoría, por ejemplo en lengua inglesa. Es necesario, también, el acceso a la jurisprudencia y otras fuentes relevantes de Derecho, indispensables para la interpretación correcta del Derecho extraño. Igual importancia reviste el acceso a las interpretaciones doctrinales, las cuales, cuando existen, rara vez será en idioma inglés. El sistema de la Red, por sí solo, no ha logrado mejorar los resultados obtenidos con la *Convención Europea sobre Derecho Extranjero*, siendo que la información proporcionada por los puntos de contacto es genérica, mientras que la información obtenida a través de la Convención suele ser más adecuada para la averiguación del Derecho extranjero²⁹.

IV. Red Europea de Formación Judicial (REFJ)³⁰

La REFJ surgió en enero de 2001 a iniciativa de la República Francesa³¹. Posteriormente, en el Consejo Europeo de Laeken, Bélgica, se pidió establecer una red europea para formar magistrados, que contribuyera a aumentar la confianza entre quienes intervienen en la cooperación judicial³².

²⁷ P.A. De Miguel Asensio, *loc. cit.*, pp. 37-87.

²⁸ Para un análisis del contenido que el portal guardaba a junio de 2003, cfr. M. Jänträ-Jareborg, *op. cit.*, pp. 318 a 321.

²⁹ *Ibidem*, p. 320-321.

³⁰ <http://www.ejtn.eu>

³¹ “Iniciativa de la República Francesa con vistas a la adopción de una Decisión del Consejo por la que se crea una Red Europea de Formación Judicial (2001/C 18/03)”, Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 18, del 19 de enero de 2001.

³² Cfr. Apartado 43 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Laeken, del 14 y 15 de diciembre de 2001. Sin embargo, los objetivos de la REFJ fueron delineados, principalmente, en el Programa de La Haya (“Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea”, del 4 y 5 de noviembre de 2004, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea C 53, del 3 de marzo de 2005.); la Comunicación de la Comisión Europea en materia de formación judicial (“Comunicación de

La organización de la formación judicial es responsabilidad de los Estados miembros de la Unión, quienes deben integrar plenamente la dimensión europea en sus actividades nacionales, con los siguientes objetivos: a) mejorar el conocimiento de los instrumentos jurídicos adoptados por la Unión y la Comunidad en sectores en los que se han conferido facultades específicas a los jueces nacionales; b) mejorar las competencias lingüísticas para que las autoridades judiciales puedan comunicarse directamente entre sí, tal como prevé la mayoría de los instrumentos; c) desarrollar el conocimiento de los sistemas jurídicos y judiciales de los Estados miembros que permita evaluar sus necesidades respectivas en el marco de la cooperación judicial³³.

La REFJ agrupa a las instituciones responsables de la formación de jueces, pues los fiscales sólo se incluyen en la medida en que pertenezcan al cuerpo judicial. La Comisión estableció que la REFJ debe tener el monopolio en los intercambios entre jueces y fiscales en el conjunto de Europa. Deberá examinarse la cuestión de la participación de los jueces especializados, al igual que tendrá que tenerse en cuenta la formación de los abogados³⁴. La formación judicial debe integrarse en un marco internacional más amplio y dar lugar a una cooperación más allá de las fronteras de la Unión, a fin de favorecer la cooperación judicial con los terceros países y la consolidación del Estado de Derecho en el mundo³⁵.

Como hemos venido señalando, los sistemas de información europeos no están debidamente actualizados³⁶, por lo que los recursos para la información del Derecho extranjero se hacen consistir, principalmente,

la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial); y la Resolución del Parlamento Europeo de 9 de julio de 2008 sobre el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo y la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 24 de octubre de 2008 sobre formación de profesionales de Justicia.

³³ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.

³⁴ *Ibidem* “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.

³⁵ *Idem* “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 29 de junio de 2006, sobre la formación judicial en la Unión Europea” COM (2006) 356 final, no publicada en el Diario Oficial.

³⁶ Lo cual se viene acusando desde hace tiempo, Cfr. V. Moreno Catena, *loc. cit.*, p. 5.

en acciones financiadas para la formación y especialización de recursos humanos, proyectos conjuntos de investigación, participación de los Estados miembros en las redes de cooperación, asesoramiento técnico y consultoría³⁷.

V. Instituciones europeas de formación de profesionales de justicia

Existen numerosas instituciones de alcance europeo que organizan regularmente actividades de formación para los profesionales de la justicia, incluyendo cursos sobre Derecho extranjero. La Unión Europea ha destacado la importancia que este tipo de instituciones tienen para alcanzar coadyuvar a la formación judicial europea³⁸, de tal suerte que incluso han sido financiadas con cargo al presupuesto comunitario³⁹. Algunas de las principales son las siguientes:

a) *European Institute of Public Administration (EIPA) o Instituto Europeo de Administración Pública*⁴⁰

Creado en 1981, se considera el centro líder de enseñanza y desarrollo del sector público en Europa. Cuenta con financiamiento de la Comisión Europea con cargo al presupuesto comunitario. Imparte diversos programas académicos y de capacitación sobre administración pública, efectúa investigación en sus áreas de interés y cuenta con una oficina de publicaciones. Desde su fundación, el EIPA se ubica en Maastricht, cuenta con sedes alternas en Barcelona y Luxemburgo, así como una oficina de representación en Bruselas.

Para capacitar a los actores del aparato jurídico europeo, en 1992 el EIPA, conjuntamente con el gobierno de Luxemburgo, creó el *European*

³⁷ Cfr. V. Moreno Catena, *loc. cit.*, p. 5.

³⁸ *Vid.* Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la formación judicial en la Unión Europea, Bruselas, 29 de junio de 2006, COM(2006) 356 final, p. 8

³⁹ *Vid.* Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, relativa a la formación de jueces y fiscales y del personal al servicio de la administración de justicia en la Unión Europea, (2008/C 299/01), Diario Oficial de la Unión Europea, C 299 del 22 de noviembre de 2008.

⁴⁰ <http://www.eipa.eu/>

*Centre for Judges and Lawyers (ECJL)*⁴¹. Con sede en ese ducado, el ECJL ofrece programas de entrenamiento, consultoría e investigación para la interpretación e implementación del derecho europeo.

b) *Europäische Rechtsakademie (ERA) o Academia de Derecho Europeo de Tréveris*⁴²

En 1990, el Parlamento Europeo recomendó a la Comisión Europea invertir en un centro de educación legal continua para mejorar la aplicación del derecho europeo. Se propuso que la sede fuera en Tréveris, Alemania, por su cercanía con Luxemburgo, la capital judicial de la Unión Europea. Así las cosas, la *Europäische Rechtsakademie (ERA) o Academie of European Law*, fue fundada en 1992, bajo los auspicios del Gran Ducado de Luxemburgo, el Land alemán de Renania-Palatinado y la ciudad de Tréveris.

La ERA tiene como objetivo principal capacitar a los diversos actores del ámbito jurídico de los estados miembros de la Unión Europea, así como de otros Estados europeos interesados, para obtener un mejor conocimiento del Derecho europeo. Entrena y forma juzgadores. Mantiene relaciones estrechas con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, así como con las organizaciones de formación judicial de los estados miembros y de los estados candidatos a pertenecer a la Unión Europea. La ERA fue miembro fundador de la Red Europea de Formación Judicial (REFJ).

c) *Red de los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de la Unión Europea*⁴³

Los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de la Unión Europea decidieron formar una asociación cuya asamblea constitutiva tuvo lugar el 10 de marzo de 2004 en la Corte de Casación Francesa, con el apoyo financiero de la Comisión Europea.

La Red de los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia de la Unión Europea, cuenta con la participación de los Presidentes de la Corte de Justicia de la Unión Europea y la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁴¹ <http://www.eipa.nl/en/antenna/Luxembourg/>

⁴² <https://www.era.int>

⁴³ <http://www.network-presidents.eu/>

Se trata de un foro en donde las instituciones europeas pueden solicitar opiniones de las Supremas Cortes de los Estados miembros y se presta capacitación a las autoridades como parte de la Red de Formación Judicial.

Desde abril de 2007, la Red mantiene un portal electrónico que ofrece al público bases de datos con la jurisprudencia de todos los Estados miembros de la Unión Europea.

VI. Herramientas oficiales europeas para la información del Derecho extranjero

Existen diversas bases de datos o recursos administrados por las instituciones europeas para facilitar a los interesados la averiguación del Derecho extranjero. A continuación damos cuenta de los principales.

a) *E-Justicia*⁴⁴

La Comisión Europea administra el portal de información *e-Justicia*, en donde se busca brindar información a los usuarios acerca del contenido del Derecho de la Unión Europea, el Derecho nacional de cada estado miembro de la Unión y el Derecho internacional. Es una respuesta creada por la Comisión a la necesidad de mejorar el acceso a la justicia y la cooperación entre autoridades.

Según la propia Comisión Europea, el programa *e-Justicia*, es un elemento clave para la modernización de los sistemas judiciales. Se define como “el recurso a las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso de los ciudadanos a la justicia y para la eficacia de la acción judicial entendida como toda actividad consistente en resolver un litigio o en sancionar penalmente una conducta”.⁴⁵

En relación directa con el Derecho extranjero, el portal *e-Justicia* contiene información o ligas a sitios que contienen la legislación y jurisprudencia de cada uno de los estados miembros de la Unión Europea.

⁴⁴ <https://e-justice.europa.eu>

⁴⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo, “Hacia una estrategia en materia de e-Justicia (Justicia en línea), SEC(2008)1947, SEC(2008)1944, p. 3. La “e-Justicia” es parte del marco de la administración pública en línea “e-Government”. Este último es la aplicación de las tecnologías de la información al conjunto de los procedimientos administrativos.

Especial mención merece el sitio de jurisprudencia, pues para que los operadores del sistema de justicia europeo o extranjero estén en posibilidad de aplicar el Derecho europeo, es importante facilitarles el acceso a las resoluciones judiciales de los Estados miembros de la Unión Europea. Por ello, el Consejo de la Unión Europea solicitó a los Estados miembros y a las instituciones de la Unión Europea introducir un identificador de jurisprudencia.

De esta forma, se creó el *Identificador Europeo de Jurisprudencia* o ECLI⁴⁶. un identificador uniforme que busca eliminar las diferencias entre los sistemas nacionales de identificación de jurisprudencia, que tiene el mismo formato reconocible para todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y de la Unión Europea.

b) *EUR-Lex*⁴⁷

La Oficina de Publicaciones de la Unión Europea⁴⁸, además de editar y publicar el Diario Oficial de ese organismo internacional, ofrece, a través del portal *EUR-Lex*, información que coadyuva con el público en general en la tarea de allegarse el Derecho extranjero⁴⁹. Este sitio electrónico brinda acceso gratuito a todo el Derecho europeo.

Según el propio sitio *EUR-Lex*, ofrece gratuitamente y en las veinticuatro lenguas oficiales de la Unión Europea⁵⁰: el Diario Oficial de la Unión Europea; la legislación de la Unión Europea (tratados,

⁴⁶ “*European Case Law Identifier*”, por sus siglas en inglés.

⁴⁷ <http://eur-lex.europa.eu/>

⁴⁸ Creada mediante la “Decisión del Parlamento Europeo, del Consejo, de la Comisión, del Tribunal de Justicia, del Tribunal de Cuentas, del Comité Económico y Social Europeo y del Comité de las Regiones” de 26 de junio de 2009 relativa a la organización y al funcionamiento de la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea (2009/496/CE, Euratom), publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea L 168/41 del 30 de junio de 2009. Vid. <http://publications.europa.eu/>

⁴⁹ <http://eur-lex.europa.eu/>

⁵⁰ Desde el 1 de enero de 2007, el irlandés es una de las 24 lenguas oficiales de la Unión Europea. Pero por razones de orden práctico y con carácter transitorio, solo existe en dicha lengua la legislación fundamental adoptada conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo. En general, no hay una edición completa de ningún número del Diario Oficial en irlandés. No obstante, algunos Tratados sí están en irlandés y pueden consultarse en la recopilación de “Tratados”.

directivas, reglamentos, decisiones, legislación consolidada); los textos preparatorios (propuestas legislativas, informes, libros verdes y blancos); la jurisprudencia de la Unión Europea (sentencias, autos); acuerdos internacionales; documentos de la Asociación Europea de Libre Comercio; medidas nacionales de aplicación de directivas de cada uno de los Estados miembros; jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea; jurisprudencia nacional de todos los Estados miembros de la Unión Europea, de algunos Estados no miembros, del Tribunal de la Asociación Europea de Libre Comercio y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La cobertura lingüística que ofrece el sitio es principalmente en las cuatro lenguas oficiales de los Estados miembros fundadores⁵¹. Existen 24 idiomas oficiales de la Unión Europea, pero la información ofrecida no se encuentra en todas ellas⁵². Es una herramienta para consultar el Diario Oficial de la Unión Europea, los Tratados, la legislación en vigor, documentos relativos al derecho comunitario, la jurisprudencia de los diversos Tribunales comunitarios, así como una recopilación de la legislación europea.

c) *N-Lex*⁵³

Dentro del portal *EUR-Lex*, destaca la existencia de la base de datos *N-Lex*, que permite la consulta de la legislación de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea. Es un proyecto común gestionado por la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, con la participación de los gobiernos nacionales. Abierto al público desde el 28 de abril de 2006, aún se encuentra en fase experimental y es perfectible. Actualmente permite acceder a la legislación de 27 Estados miembros de la Unión Europea⁵⁴. Con la existencia de este sitio se busca promover el acceso del público a las

⁵¹ Alemán, francés, italiano y neerlandés.

⁵² Según el propio sitio, para las lenguas distintas al alemán, francés, italiano y neerlandés, se encontrará la traducción de la legislación vigente en la fecha de la adhesión de los correspondientes Estados y los textos adoptados después de esa fecha. Por ello, algunos de los textos, en concreto los más antiguos, no están en las lenguas que se han ido incorporando con las sucesivas adhesiones (danés e inglés; griego; español y portugués; finés y sueco; checo, eslovaco, esloveno, estonio, húngaro, letón, lituano, maltés y polaco; búlgaro y rumano y, más recientemente, croata.)

⁵³ http://eur-lex.europa.eu/n-lex/index_es.htm

⁵⁴ <http://eur-lex.europa.eu/n-lex/>

bases de datos legislativos oficiales de los Estados miembros de la Unión Europea. A través de este portal, se permite a los interesados acceder a las páginas nacionales de los Estados miembros y buscar en su propia lengua en dichas bases de datos.

Según el propio sitio *EUR-Lex*, se ofrecen los siguientes servicios, en forma gratuita: una interfaz con las bases de datos sobre legislación nacional; un formulario de búsqueda común que le permitirá hacer búsquedas en su propio idioma; resultados de búsquedas que proceden directamente de las bases de datos nacionales; descripciones del contenido de las bases de datos y las opciones de búsqueda de cada país (campos de búsqueda y distintos tipos de disposiciones nacionales); EUROVOC, el tesoro multilingüe de la Unión Europea, que le ayuda a encontrar el término correspondiente en idiomas que no conoce al buscar por palabras en el título o el texto; ayuda contextual, que ofrece al usuario más información o ejemplos de los distintos campos de búsqueda; la herramienta de traducción automática traduce los resultados de las búsquedas (títulos, referencias y resúmenes) a todas las lenguas oficiales de la Unión Europea.

Este tipo de sitios contienen una gran cantidad de información cuya actualización depende en gran medida de los Estados miembros, de manera tal que “no es necesariamente exhaustiva, completa, exacta o actualizada”⁵⁵.

VII. Mecanismos iberoamericanos de cooperación y capacitación judicial internacional. Hacia un espacio judicial iberoamericano

El *Espacio Judicial Iberoamericano* es un proyecto ideado en el seno de la Cumbre Judicial Iberoamericana. La primera ocasión que se comienza a hablar formalmente del *Espacio Judicial Iberoamericano* fue en la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia⁵⁶, definiéndolo como un “escenario específico donde la actividad de cooperación judicial sea objeto de mecanismos reforzados, dinámicas e instrumentos de simplificación y agilización que, sin menoscabo del ámbito de competencia de los Poderes Legislativos y Ejecutivos de los Estados

⁵⁵ Según el aviso de exclusión de responsabilidad (disclaimer), visible en http://eur-lex.europa.eu/n-lex/disclaimer/disclaimer_es.htm

⁵⁶ Tuvo lugar en Santa Cruz de Tenerife, los días 23 a 25 de mayo de 2001.

representados, permitan una actividad de ese tipo adecuada y conforme a las exigencias del proceso que la motiva, como condición indispensable para la obtención de una tutela judicial efectiva⁵⁷.

Con el nacimiento del *Espacio Judicial Iberoamericano*, se busca potenciar la formación en materia de cooperación judicial internacional, tanto en los programas de formación inicial como en los planes de capacitación, aprovechando los recursos que ofrecen las redes de documentación y capacitación iberoamericanas. Además, se previó crear instrumentos fácilmente accesibles que procuren la información normativa y práctica precisa para el adecuado desarrollo de la actividad de cooperación judicial internacional. El más ambicioso objetivo del proyecto del Espacio Judicial Iberoamericano fue crear una *Red Iberoamericana de Asistencia Judicial*⁵⁸, a fin de intercambiar información, que facilitara y agilizara el trámite del auxilio judicial.

La vigencia del proyecto de *Espacio Judicial Iberoamericano*, incluido en la Declaración de Canarias de 2001, fue reconocido por la XI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno⁵⁹. En consecuencia, un grupo de expertos iberoamericanos y europeos, entre los que incluyó a procuradores generales, jueces, magistrados, representantes de ministerios de Justicia y autoridades centrales, reunidos en Cartagena de Indias en 2003 elaboraron un borrador de Reglamento para la creación de una Red Iberoamericana de Asistencia Judicial, denominada desde entonces *IberRed*.

Posteriormente, la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, atendiendo al proceso de creación de redes de cooperación judicial en el ámbito latinoamericano y visto el desarrollo de las redes europeas, señaló: “Destacamos los esfuerzos a favor de la consecución de un espacio judicial iberoamericano, entendido como escenario específico donde la actividad de cooperación judicial sea objeto de mecanismos reforzados, complementarios de los existentes y en coordinación con éstos, que permitan una actividad de ese tipo adecuada y conforme a las exigencias del proceso que la motiva”⁶⁰.

⁵⁷ “Declaración final de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia”, conocida como “Declaración de Canarias”.

⁵⁸ Misma que a la sazón fue creada con el nombre de *Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed)*.

⁵⁹ Reunida los días 23 y 24 de noviembre de 2001, en Lima, Perú.

⁶⁰ Comunicado especial del 15 de diciembre de 2003.

La Cumbre Judicial Iberoamericana trabaja con una metodología orientada a resultados que deben contribuir al fortalecimiento del Estado democrático de derecho a través de la mejora de las administraciones de justicia. Los resultados de Cumbre Judicial Iberoamericana se resumen en los documentos axiológicos aprobados por las Asambleas Plenarias⁶¹, así como a los *Hijos de Cumbre* que se han creado a lo largo de la historia de la organización.

La denominación *Hijos de Cumbre* es fruto de una práctica reiterada para la designación de todas aquellas redes o estructuras estables creadas por la Cumbre Judicial Iberoamericana. La Cumbre Judicial ha creado diversas redes o estructuras que constituyen organismos autónomos, con identidad y objetivos propios. Para aludir al papel que la Cumbre ha tenido en la generación de estas estructuras, así como para enfatizar el compromiso permanente con las mismas, se ha utilizado el término *Hijos de Cumbre*⁶².

A continuación daremos cuenta de los principales *Hijos de Cumbre* que constituyen redes o instrumentos de cooperación o capacitación judicial a nivel iberoamericano. Con la comparación que se haga de la historia y estructura de los instrumentos y redes comunitarios europeos resulta evidente su influencia en Iberoamérica.

Segunda Parte

I. Conferencia de Ministros de Justicia de los países iberoamericanos (COMJIB)⁶³

Con ocasión del Centenario de la Ley Orgánica del Poder Judicial español, se llevó a cabo en Madrid, una *Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-luso-americanos y Filipinas*⁶⁴, en la cual se propuso la constitución de la propia Conferencia con carácter permanente para reunirse cada dos años, con el fin de conseguir una efectiva cooperación en el orden

⁶¹ Por ejemplo: Estatuto del Juez Iberoamericano; Carta de Derechos de las Personas ante la Justicia; Código Iberoamericano de Ética Judicial; Decálogo Iberoamericano de la Justicia de Calidad; Carta Iberoamericana de Derechos de las Víctimas

⁶² http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/wiki/-/wiki/Wiki%20General_Cumbre%20Judicial%20Iberoamericana/Hijos+de+Cumbre.

⁶³ <http://www.comjib.org>

⁶⁴ Del 16 al 19 de septiembre de 1970.

jurídico entre los Estados miembros. La Conferencia tendría su sede en Madrid y estaría integrada por los Ministros de Justicia o, en su caso, los Presidentes de las Cortes Supremas de Justicia cuando les estén atribuidas las funciones de organización y administración del Servicio de Justicia en los respectivos países. De esta forma, se suscribió la *Declaración de Madrid*⁶⁵, dando nacimiento a la Conferencia.

Para lo que interesa a la información y averiguación del derecho extranjero, es de destacarse la importancia que dio la Conferencia a la necesidad de contar con acuerdos para facilitar la información sobre el derecho vigente de cada Estado y su aplicación, al señalar dicha cuestión como uno de los fines destacados de la misma⁶⁶.

Desde su creación, la Conferencia existió como una estructura informal de colaboración entre los Ministros de Justicia de Iberoamérica. Fue en su reunión de Acapulco de 1988, en donde se recomendó la celebración de una Conferencia extraordinaria de Plenipotenciarios, con ocasión del Quinto Centenario, para constituir la formalmente mediante un tratado internacional. El 7 de octubre de 1992, mediante la suscripción ad referendum del *Tratado de Madrid*⁶⁷, se constituyó formalmente la *Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos*, como una organización de carácter intergubernamental procedente de la transformación de la *Conferencia de Ministros de Justicia hispano-luso-americanos y Filipinas*, instituida por la *Declaración de Madrid*.

La Conferencia persigue como objetivo general la mejora de la justicia en la región iberoamericana, promoviendo para ello la creación de políticas

⁶⁵ “Declaración de Madrid” de la *Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-luso-americanos y Filipinas* del 19 de septiembre de 1970, visible en: http://www2.urjc.es/ceib/espacios/observatorio/coop_judicial/documentos/procesos_integracion/comjib/CJ-PI-C-02.pdf, al 16 de septiembre de 2015.

⁶⁶ Véase la “Declaración de Madrid” de la *Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Hispano-luso-americanos y Filipinas* del 19 de septiembre de 1970, visible en: http://www2.urjc.es/ceib/espacios/observatorio/coop_judicial/documentos/procesos_integracion/comjib/CJ-PI-C-02.pdf, al 16 de septiembre de 2015. En las conclusiones de la Conferencia se señaló que “la información sobre el derecho vigente en cada país, especialmente a los efectos de su aplicación en otro, exige, por su complejidad, el establecimiento de un acuerdo en el que se regulen sus particularidades, cuyo estudio debe señalarse con carácter prioritario en la agenda de trabajo de la próxima Conferencia. Conviene asimismo que dicha información, en la medida de lo posible, se extienda a la jurisprudencia y a la doctrina científica.”

⁶⁷ Visible en: <http://www.comjib.org/contenido/tratado-constitutivo>, al 16 de septiembre de 2015.

públicas aplicables por los Estados miembros y la conformación de alianzas regionales y subregionales como herramienta para la construcción de un espacio jurídico más cohesionado. A la fecha, doce de los veintiún países de la región han ratificado el Tratado Constitutivo, que entró finalmente en vigor el día 1 de septiembre de 1998. Por lo que toca a México, entró en vigor el 2 de abril de 2008⁶⁸.

Guiados por la misma finalidad, se firmó en junio de 2007 el Convenio Marco de Cooperación entre la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) y la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB), elaborándose un reglamento de funcionamiento interno, que fue aprobado en la “XVI Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos” en la ciudad de San José, Costa Rica, celebrada los días 18 y 19 de septiembre de 2008.

II. Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI)⁶⁹

La CJI es una estructura de cooperación conformada por las máximas instancias de los Poderes Judiciales de la región Iberoamericana, reuniendo en un solo foro a los órganos jurisdiccionales y de gobierno de los sistemas judiciales iberoamericanos. Reúne a los Presidentes de las Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y de los Consejos de la Judicatura o de la Magistratura iberoamericanos. Es el resultado de la fusión, a partir de junio de 2004, de dos estructuras anteriores: la *Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia y el Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura*⁷⁰. Está integrada por instituciones de 23 países, entre ellos México.

⁶⁸ Por lo que toca a México, si bien fue firmado desde el 7 de octubre de 1992, el Tratado mencionado fue aprobado por la Cámara de Senadores el 2 de octubre de 2007, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de octubre del 2007; el instrumento de ratificación, firmado por el Ejecutivo Federal el 26 de octubre de 2007, fue depositado ante la Secretaría General de la Conferencia el 4 de enero de 2008. El tratado entró en vigor para México el 2 de abril de 2008, según el propio decreto promulgatorio del Tratado Constitutivo, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 26 de marzo del mismo año.

⁶⁹ <http://www.cumbrejudicial.org>

⁷⁰ Véanse las “Normas de funcionamiento de la Cumbre judicial iberoamericana (versión XV Cumbre Judicial – Uruguay, abril de 2010)”, visibles en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=90a026cd-f3fd-4bf5-8027-8f6d0b33e18f&groupId=10124, al 16 de septiembre de 2015.

Sus principales objetivos son: a) fomentar el intercambio de información y la cooperación judicial internacional en el ámbito iberoamericano, en aras a la conformación de un verdadero Espacio Judicial Iberoamericano; b) potenciar la creación de redes para la gestión del conocimiento y el intercambio de experiencias y buenas prácticas en las distintas áreas de actuación de los sistemas judiciales; c) impulsar programas de capacitación inicial y continua de jueces y magistrados; y, d) apoyar la incorporación de tecnologías avanzadas que puedan contribuir a la consecución de otros fines, en especial aquellas que permitan la interconexión de los sistemas informáticos de los órganos judiciales de los distintos países.

La *Cumbre Judicial Iberoamericana* cuenta con sus normas de funcionamiento interno, así como con una Secretaría Permanente, actualmente desempeñada por el Consejo General del Poder Judicial del Reino de España. Su función es coordinar y prestar asistencia a la Secretaría Pro-tempore, que recae en los países anfitriones de las sucesivas ediciones, encargados de la organización de los eventos. Asimismo existe un Coordinador Nacional por país que asegura el contacto permanente entre la Institución y las dos Secretarías: la Secretaría Permanente y la Secretaría Pro-tempore.

En materia de acceso al derecho extranjero, es de destacarse que la CJI aprobó el *Protocolo Iberoamericano de Cooperación Judicial Internacional*⁷¹, el cual busca avanzar hacia nuevos mecanismos de cooperación, utilizando los avances tecnológicos, el intercambio de experiencias, y las redes constituidas en el seno de la Cumbre. En el citado protocolo se busca privilegiar el uso de las comunicaciones judiciales directas entre dos jueces de distinta jurisdicción, utilizando como modelo los que se han venido desarrollando en el marco de la Red Internacional de Jueces de La Haya y en materia de insolvencia transfronteriza.

Conforme al citado Protocolo, se sugiere a los Poderes Judiciales que integran la Cumbre Judicial Iberoamericana utilizar el documento de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Red Internacional de Jueces de La Haya, relativo a los “Lineamientos emergentes y Principios generales sobre Comunicaciones Judiciales”.

⁷¹ Fruto de la Asamblea Plenaria de la XVII edición de la CJI, visible en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=db452e9-4509-43cb-bf2e-629fa183db53&groupId=10124, al 18 de septiembre de 2015.

Igualmente, debieran conocer y adoptar las “Directrices aplicables a las comunicaciones entre Tribunales en Procesos Internacionales” elaboradas por el *American Law Institute* en asociación con el *International Insolvency Institute*, relativas a las comunicaciones judiciales directas en cuestiones de insolvencia transfronteriza.

III. Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos (AIAMP)⁷²

La AIAMP es una entidad que integra a los Ministerios Públicos de Iberoamérica. Fue fundada 1954 en Brasil como *Asociación Interamericana de Ministerios Públicos*⁷³. Posteriormente, con la incorporación de España y Portugal, pasó a denominarse *Asociación Ibero Americana de Ministerios Públicos*.

En la actualidad conforman a nuestra entidad 21 Ministerios Públicos o Fiscalías de Iberoamérica, que se rigen por los estatutos de la Asociación, aprobados en la XV Asamblea General llevada a cabo en Madrid, España, en octubre de 2007.

Dentro de sus principales objetivos, relativos a la cooperación internacional, se encuentra propiciar el intercambio cultural y científico a través de informes, publicaciones, conferencias, visitas mutuas y todos los medios adecuados para alcanzar estos fines. Establece y fortalece los lazos internacionales de cooperación con la finalidad de agilizar las diligencias y trámites vinculados con la producción de pruebas e informes en el proceso penal. Procura la colaboración de los Ministerios Públicos para el suministro de información y pruebas, cuando fuera legalmente pertinente, a los órganos encargados de la acusación ante los tribunales penales internacionales. Facilita la cooperación técnica, el traspaso de conocimientos y buenas prácticas, la transferencia tecnológica y, en general, el acceso a recursos que permitan mejorar la eficiencia y eficacia de los Ministerios Públicos.

Tras su fundación la Asociación cayó en cierta inactividad pero ha sido objeto de un importante relanzamiento durante los últimos años de la

⁷² <http://www.aiamp.info>

⁷³ Según el artículo 1 de sus estatutos, la asociación fue fundada en la ciudad de Sao Paulo, Brasil, el día 26 de noviembre de 1954, por decisión del I Congreso Interamericano del Ministerio Público, celebrado en dicha ciudad en aquella fecha, como entidad sin fines de lucro.

mano de las más recientes presidencias ejercidas por Colombia, Paraguay y Chile.⁷⁴

IV. Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed)⁷⁵

La *IberRed* es una herramienta de cooperación, en materia civil y penal, creada por iniciativa de las tres autoridades iberoamericanas con competencia en materia de cooperación judicial: la *Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos* (COMJIB), la *Cumbre Judicial Iberoamericana* (CJI) y la *Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos* (AIAMP).⁷⁶

La integran⁷⁷ los Ministerios de Justicia, los Ministerios Públicos, las Fiscalías Generales y los organismos judiciales⁷⁸ de los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones.⁷⁹ Beneficia a más de 500 millones de ciudadanos y tiene dos lenguas oficiales: el español y el portugués.

Se trata de una estructura sin personalidad jurídica propia, cuyo objetivo es optimizar la cooperación judicial en materia penal y civil entre los países participantes en la Comunidad Iberoamericana de Naciones, estableciendo progresivamente un sistema de información sobre sus diferentes sistemas legales.⁸⁰

La *IberRed* está integrada por los llamados *puntos de contacto*, personas designadas por los países miembros y las autoridades centrales establecidas en instrumentos de Derecho internacional en los que los países

⁷⁴ <http://segib.org/es/node/5199>

⁷⁵ <https://www.iberred.org>

⁷⁶ IberRed fue creada en el marco de su reunión constitutiva, que tuvo lugar los días 27 a 29 de octubre de 2004 en Cartagena de Indias, Colombia, en donde se adoptó el Reglamento que la rige.

⁷⁷ Disposición 1 del “Reglamento de la red iberoamericana de cooperación jurídica internacional, IberRed”.

⁷⁸ Los “organismos judiciales de los países de la Comunidad Iberoamericana de naciones” son los organismos representados en la Cumbre judicial iberoamericana. Véase Disposición 2 del “Reglamento de la red iberoamericana de cooperación jurídica internacional, IberRed”.

⁷⁹ Se entiende por “Comunidad Iberoamericana de Naciones” a los Estados participantes en los procesos de cumbres iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno. Se trata de un concepto humanístico, sin personalidad jurídica propia. Véase Disposición 2 del “Reglamento de la red iberoamericana de cooperación jurídica internacional, IberRed”.

⁸⁰ Disposición 3 del “Reglamento de la red iberoamericana de cooperación jurídica internacional, IberRed”.

de la Comunidad Iberoamericana de Naciones sean parte o en normas de Derecho interno relativas a la cooperación judicial en materia penal y civil. Los *puntos de contacto* designados, generalmente son jueces, fiscales y funcionarios de los Ministerios de Justicia, quienes hacen efectivas las acciones operativas de la Red.

Los *puntos de contacto* tienen el objetivo de verificar el buen desarrollo de los procedimientos que tengan una incidencia transfronteriza y la agilización de las solicitudes de cooperación judicial cursadas en el seno de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Coadyuvan al desarrollo óptimo de la cooperación judicial entre los países miembros, proporcionando información y sirviendo de enlace entre los interesados, buscando soluciones a las dificultades que puedan presentarse con motivo de una solicitud de cooperación judicial.

La IberRed cuenta con una Secretaría General encargada de organizar las reuniones periódicas de los puntos de contacto y de sus demás miembros. Se encarga de preparar y mantener actualizada la información sobre los sistemas judiciales de los países de la Comunidad Iberoamericana de Naciones, especialmente en lo relacionado a la cooperación judicial en materia penal y civil. La Secretaría General de la COMJIB es, al mismo tiempo, la Secretaría General de la IberRed.

A fin de intercambiar información y mantener apoyo mutuo en sus respectivas actividades, la IberRed mantiene relaciones con otras redes de cooperación judicial y organismos internacionales promotores de la cooperación jurídica internacional. Generalmente lo hace a través de memorándums de entendimiento como los que ha celebrado con Eurojust, la Red de Capacitación de los Ministerios Públicos y Fiscales Iberoamericanos (RECAMPI), Red Judicial Europea en Materia Penal (EJN) y la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.

Para coordinar y fortalecer las relaciones de los poderes judiciales de Europa e Iberoamérica, fue creada la *Comisión Conjunta de Trabajo entre Poderes Judiciales Europeos y Latinoamericanos* en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana a través de la “Declaración de Brasilia”⁸¹. Los trabajos de la Comisión cuentan con el apoyo del

⁸¹ Asamblea plenaria de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, celebrada del 4 al 6 de marzo de 2008, en Brasilia, Brasil.

programa *EUROsocial Justicia*⁸², pues la Unión Europea promueve programas de ayuda financiera y técnica a las redes de cooperación judicial iberoamericanas en los que participan España y Portugal, principalmente a través del dicho programa⁸³.

El objetivo fundamental de la Comisión Conjunta es el fortalecimiento de las relaciones entre los sistemas de justicia de ambas regiones, así como el intercambio de información y de experiencias entre los mismos, contribuyendo a la mejora de los servicios de impartición de justicia. Para tal fin, la Comisión Conjunta establece relaciones entre la Cumbre Judicial Iberoamericana y a la Red Europea de Consejos de la Judicatura. Está formada por un total de siete miembros procedentes de países europeos y latinoamericanos, y se renueva cada tres años.

V. Instituciones iberoamericanas de formación de profesionales de justicia

a) *Aula Iberoamericana*⁸⁴

El *Aula Iberoamericana* es un proyecto fruto de la III Conferencia de Presidentes de Tribunales Supremos y Cortes Supremas de Justicia de Iberoamérica, Portugal y España⁸⁵. El Consejo General del Poder Judicial de España asumió el liderazgo del proyecto, estableciendo como sede inicial de las actividades del Aula la Escuela Judicial de Barcelona.

Es un foro de formación e intercambio judicial especializado, dirigido a jueces y magistrados de Iberoamérica. Imparte cursos en diversas materias

⁸² EUROsocial es un programa de la Comisión Europea para la cooperación entre Europa y América Latina, con el objeto de contribuir a cambios en políticas públicas que mejoren la cohesión social a través del aprendizaje entre pares y el intercambio de experiencias entre instituciones homólogas de ambas regiones. Véase <http://www.eurosoci-al.eu>, al 18 de septiembre de 2015.

⁸³ Cfr. Díaz Silveira Santos, Cintia, “El apoyo europeo a las Redes Iberoamericanas de Cooperación Judicial a la espera de los acuerdos de asociación subregionales entre la Unión Europea y American Latina y el Caribe”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 2, Núm. 2, 2008, pp. 79-92.

⁸⁴ Véase el sitio web del Consejo General del Poder Judicial de España, en http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Formacion_Judicial/Actividades_Internacionales/Aula_Iberoamericana, al 20 de septiembre de 2015.

⁸⁵ Celebrada en Madrid del 27 al 31 de octubre de 1997.

relacionadas con la cooperación judicial internacional. Sus programas académicos son especialmente dirigidos a jueces y magistrados.

Desde 1998 más de 2,300 magistrados y otros miembros de la administración de justicia de todos los países integrantes de la comunidad iberoamericana, han sido becarios del programa, para asistir a las diferentes actividades realizadas⁸⁶.

b) *Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales (RIAEJ)*⁸⁷

La RIAEJ, fue creada en el marco del “II Encuentro Iberoamericano de Consejos de la Judicatura”⁸⁸, aprobada durante la “VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia”⁸⁹. Su objetivo es lograr la capacitación judicial, para mejorar la eficacia de los sistemas y judiciales, mediante la formación de una red de escuelas judiciales, logrando la cooperación en la impartición y mejora de programas, metodologías y sistemas de capacitación judicial. Con ello, se busca propiciar el correcto funcionamiento del espacio judicial iberoamericano, mediante actividades formativas de acercamiento a los distintos sistemas judiciales de los países miembros, avanzando en la consolidación de una cultura judicial común.

Son integrantes de RIAEJ, las escuelas judiciales y los centros públicos y unidades de capacitación judicial de los países iberoamericanos, así como las instituciones iberoamericanas de capacitación judicial de ámbito regional⁹⁰. La Red de Escuelas Judiciales se estructura en una Asamblea General, compuesta por todas las escuelas judiciales y centros públicos de capacitación judicial integrantes.

⁸⁶ “Convocatoria del programa de capacitación para jueces y magistrados y otros operadores jurídicos”, XVIII edición 2015, visible en http://www.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?uuid=a8d17929-8870-4efc-a0c1-700991914761&groupId=10124, al 20 de septiembre de 2015.

⁸⁷ <http://www.riajej.com>

⁸⁸ Celebrado en la Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial en España, Barcelona, 26, 27 y 28 de marzo de 2001.

⁸⁹ Celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

⁹⁰ En el caso de México, son miembros de la Red el Centro de Capacitación Judicial Electoral, el Instituto de la Judicatura Federal y la Red de Escuelas Judiciales de los Estados de la República Mexicana (REJEM).

Es dirigida por una Junta Directiva, integrada por cinco miembros de la Red.

c) *Instituto Iberoamericano de Altos Estudios Judiciales (IIAEJ)*⁹¹

Conforme a la Declaración de Brasilia, producto de la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana⁹², se insistió en la creación de una *Universidad Judicial Iberoamericana*⁹³, al reconocer la importancia que la capacitación reviste para el desempeño en condiciones de excelencia de la labor jurisdiccional. De esta forma, se dio continuidad al grupo de trabajo con la idea de lograr las mejores opciones para concretar una oferta de estudios de alto nivel universitario para los jueces iberoamericanos.

Fue en la XV la Cumbre Judicial Iberoamericana de Montevideo⁹⁴, cuando se acordó impulsar programas de capacitación de jueces y magistrados, haciéndose referencia expresa al proyecto de creación de la Universidad Judicial Iberoamericana propuesto por el Tribunal Supremo de la República Bolivariana de Venezuela. En la XVI Cumbre en Argentina⁹⁵, se retomó el proyecto destinado a la creación de la Universidad Judicial Iberoamericana, para reconocer los cursos de las Escuelas Judiciales de los distintos países, realizando cursos a distancia. Para tal fin, se aprobó trabajar en la creación del *Instituto Iberoamericano de Altos Estudios Judiciales* (IIAEJ), para la que se formó una comisión constituida por delegados de distintos países, coordinados por Venezuela.

En consecuencia, el Instituto Iberoamericano de Altos Estudios Judiciales (IIAEJ) fue creado en la XVII Cumbre Judicial Iberoamericana⁹⁶. El IIAEJ se define como la institución de investigación, desarrollo de estudios de formación, profesionalización y actualización permanente, de los jueces, mediante los procesos de docencia, investigación y extensión de los Estados miembros. Su sede está en Venezuela. Depende jerárquicamente de la Asamblea Plenaria de la Cumbre, se estructura en torno a un Consejo

⁹¹ <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/iiiej>

⁹² Llevada a cabo en Brasilia, del 4 al 6 de marzo de 2008.

⁹³ A la sazón creada bajo la denominación de Instituto Iberoamericano de Altos Estudios Judiciales.

⁹⁴ Llevada a cabo en Montevideo del 28 al 30 de abril de 2010.

⁹⁵ Llevada a cabo en Buenos Aires, del 25 al 27 de abril de 2012.

⁹⁶ Santiago de Chile, 2 al 4 de abril de 2014.

Directivo compuesto por 7 miembros, que son nombrados por períodos de 4 años, y con un Presidente elegido por este Consejo.

d) *Centro Iberoamericano de Capacitación Judicial Virtual (CIACJV)*⁹⁷

El CIACJV se crea por acuerdo de la asamblea plenaria de la “VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes Supremas y Tribunales Supremos de Justicia”⁹⁸. Es un instrumento para el fortalecimiento de la carrera judicial, apto para proporcionar una capacitación efectiva, uniforme y accesible a jueces y fiscales iberoamericanos, mediante el uso de metodologías docentes no presenciales.

A través del CIACJV, se busca que el desarrollo de la capacitación virtual ha de producirse al nivel regional con programas transnacionales de interés común pero también dentro de cada uno de los países iberoamericanos con programas nacionales, aprovechando uno y otros los servicios comunes, como las bibliotecas y la documentación proporcionadas por la Red Iberius.

El programa se crea bajo la responsabilidad de la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales y de la Secretaría Permanente de la Cumbre Judicial Iberoamericana, a través de una plataforma tecnológica propia, que funciona como campus virtual. Está concebido como portal donde se ofrecen a los jueces y magistrados iberoamericanos cursos de formación virtual. La plataforma tecnológica que soporta el campus virtual del CIACJV es gestionada por el Instituto de la Judicatura Federal de México⁹⁹.

VI. Herramientas oficiales iberoamericanas para la información del Derecho extranjero

a) *E-Justicia*¹⁰⁰

En la XIII Cumbre Judicial Iberoamericana¹⁰¹, fue creado el programa

⁹⁷ <http://www.cumbrejudicial.org/web/guest/fichacapacitacion>

⁹⁸ Celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

⁹⁹ <http://www.ijf.cjf.gob.mx>

¹⁰⁰ <http://www.ejusticia.org>

¹⁰¹ Reunidos en la ciudad de Santo Domingo, República Dominicana, los días 21 y 22 de junio de 2006, con ocasión de la Asamblea Plenaria de la XIII edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana.

e-Justicia, al darse a conocer el proyecto denominado “E-justicia: la Justicia en la Sociedad del Conocimiento”, con el fin de desarrollar diversos instrumentos tecnológicos que permitan mejorar el sistema de impartición de justicia.

El objetivo del programa es aumentar la eficacia de la actividad judicial, para lo cual, la administración de justicia en los países iberoamericanos tiene el imperativo de acelerar sus pasos hacia la sociedad de la información, utilizando las potencialidades que ofrecen las *Tecnologías de Información y Comunicación* (TIC).

Con el programa de *e-justicia*, se ha iniciado un programa de investigación, a través de un equipo técnico especializado para desarrollar un estudio comparado sobre la introducción de las TIC y la sociedad de la información en los ámbitos judiciales iberoamericanos. Se elaboran indicadores y planteamientos de investigación, estableciendo una red entre los países alrededor de este estudio.

El programa *E-justicia*, aún en ciernes, busca promover políticas públicas que ayuden a los países iberoamericanos a efectuar con éxito su plena transición hacia la sociedad del conocimiento, tomando en cuenta las realidades nacionales para adaptarse a las necesidades de los diferentes operadores jurídicos. Dicho de otra forma, el programa busca desarrollar una estrategia común iberoamericana, un plan de acción y los medios para avanzar hacia la sociedad del conocimiento en materia de administración judicial¹⁰².

En la XVIII edición de la Cumbre¹⁰³, *e-Justicia* continuará con el desarrollo de proyectos que le son propios, tales como el expediente electrónico, o la red de videoconferencia. El sitio del programa sigue inactivo a la fecha, lo que demuestra el poco avance del programa¹⁰⁴.

b) *Red Iberoamericana de Documentación Judicial (IBERIUS)*¹⁰⁵

¹⁰² Cerrillo, Agustí, “E-justicia: las tecnologías de la información y el conocimiento al servicio de la justicia iberoamericana en el siglo XXI”, en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, número 4, 2007, pp. 11-12.

¹⁰³ A llevarse a cabo en el año 2016 en Paraguay.

¹⁰⁴ <http://www.ejusticia.org>, al 22 de septiembre de 2015.

¹⁰⁵ <http://www.iberius.org>

El programa IBERIUS fue creado por acuerdo de la Asamblea Plenaria de la VI Cumbre Iberoamericana de Presidentes de Cortes y Tribunales Supremos de Justicia¹⁰⁶. Su objetivo es la mejora de la calidad de las resoluciones judiciales y la mejor formación de los titulares del Poder Judicial, al disponer de un acceso eficiente a la información jurídica, como instrumento de apoyo documental a la decisión judicial. Se trata de una comunidad de cooperación, concertación y apoyo recíproco entre los Centros y Unidades de Información y Documentación Judicial de los países iberoamericanos. Plantea la creación de centros de documentación, en aquellos países donde no existan, o el fortalecimiento de los mismos donde estuviesen creados.

Su propósito es contribuir al fortalecimiento del Estado de Derecho de los países que la componen, poniendo a disposición de los integrantes de sus respectivas judicaturas la información y documentación judicial relevante que les permitan mejorar la calidad de sus decisiones, haciendo accesible al público en general la información necesaria para conocer los sistemas de justicia y los medios para ejercer sus derechos.

Conclusiones

La globalización conlleva a que exista una mayor interrelación entre los diversos sistemas jurídicos nacionales y supranacionales existentes en el mundo. Entre los problemas que presenta el Derecho internacional privado es la forma en que los operadores de los sistemas de justicia pueden averiguar el Derecho extranjero para aplicarlo en los procedimientos en que intervienen.

El número de Estados miembros de la *Convención europea sobre información relativa al Derecho extranjero* demuestra la preocupación de contar con instrumentos asequibles a los operadores de la justicia para averiguar el Derecho extranjero. La posibilidad de que los Estados no miembros del Consejo de Europa puedan suscribir el tratado demuestra la necesidad de un instrumento con mayores alcances. Un instrumento global en la materia facilitaría acceder al derecho extranjero aplicable, de donde sorprende el poco interés de Estados ajenos al Consejo de Europa para suscribir la Convención.

¹⁰⁶ Celebrada en Santa Cruz de Tenerife, Canarias, España, los días 23, 24 y 25 de mayo de 2001.

Es innegable la necesidad de contar con medios accesibles y confiables para la averiguación del Derecho extranjero, para todo aquel justiciable que lo necesite. El desarrollo europeo demuestra el surgimiento de un sistema complejo de instrumentos que permiten a los justiciables acceder a la información deseada con relativa facilidad, posiblemente menos tiempo y menor costo.

Las convenciones internacionales relativas a la averiguación del Derecho extranjero, como medio exclusivo para averiguarlo son insuficientes. Así lo demuestra el incesante desarrollo de las redes judiciales europeas, aunado al surgimiento de diversos centros de estudios y bases de datos que facilitan la averiguación del Derecho extranjero y la capacitación de los operadores del sistema de justicia. Con la creación de las redes judiciales europeas, se reconoce que la cooperación judicial internacional no se limita a las formas tradicionales.

En la aparición y desarrollo de las redes judiciales iberoamericanas de cooperación y capacitación judicial, aún en desarrollo, se denota una fuerte influencia del devenir europeo en la materia. Comienzan a surgir trabajos conjuntos entre las diversas redes comunitarias europeas e iberoamericanas para fortalecer la cooperación y capacitación judicial en ambas regiones.

La capacitación de los operadores de justicia, la mejor cooperación judicial entre las diversas judicaturas y la existencia de bases de información más robustas, ágiles y eficientes, tendrán como resultado una mejor aplicación del derecho extranjero en donde resulte aplicable. En consecuencia, la existencia y desarrollo de las redes judiciales, tanto europeas como iberoamericanas, garantizarán, en su momento, la correcta aplicación extraterritorial del derecho de la Unión Europea cuando resulta aplicable conforme a las reglas del Derecho internacional privado.

Las Limitaciones a los derechos de autor

Pedro Carrillo Toral*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Elementos del derecho de autor*. III. *Limitaciones a los derechos patrimoniales*. IV. *Análisis de casos*. V. *Conclusiones*. VI. *Propuestas*.

I. Introducción

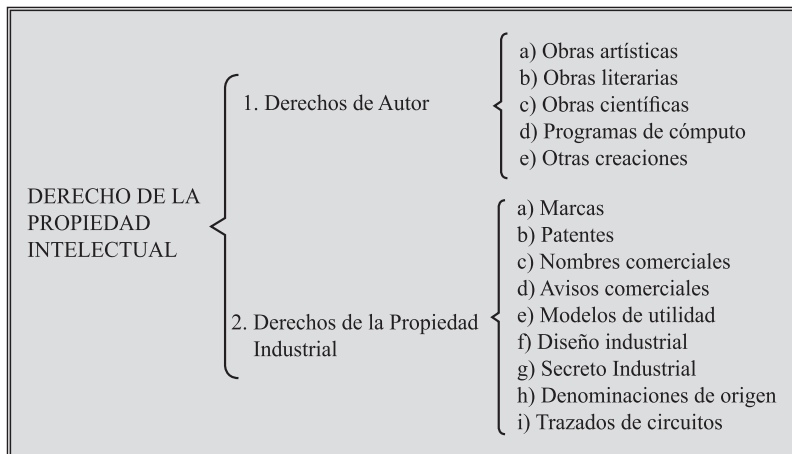
La creación de una obra musical, literaria o científica, así como un invento, una marca, un nombre comercial, un diseño industrial, etcétera, son producto del intelecto humano, por lo tanto, son susceptibles de protección jurídica, son componentes de los *derechos de la propiedad intelectual*.

A partir de esto, podemos definir a los derechos de la propiedad intelectual como el *conjunto de normas jurídicas que protegen todas aquellas creaciones producto del intelecto humano*.

Cuando la creación de una obra es con fines estéticos, como parte de la cultura o simplemente para satisfacer nuestros sentimientos nos encontramos en el campo de los derechos de autor; y cuando se realiza una obra con la intención de crear un instrumento susceptible de aplicación industrial, ya sea para dar solución a un problema específico en la industria o bien para rodearse de comodidades, entonces estaremos en la esfera de los derechos de la propiedad industrial.

* Contacto: pedrocarrillotoral@gmail.com

Esquemmatizando tenemos:



Así pues, en nuestro país al referirnos a estas creaciones, producto del intelecto humano, necesariamente tenemos que recurrir a dos ramas del derecho que protegen las obras en cuestión, por un lado *los Derechos de Autor* y por el otro *los Derechos de la Propiedad Industrial*.

Desde hace varias décadas ha sido preocupación de los gobiernos de los Estados proteger jurídicamente las creaciones realizadas por sus connacionales, esta protección jurídica es la que ha dado nacimiento a los Derechos de la Propiedad Intelectual.

A partir de 1917 el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla la protección a los privilegios que se conceden a los *autores y artistas para la reproducción de sus obras, y a los que, para el uso exclusivo de sus inventos, se otorgan a los inventores y perfeccionadores de alguna mejora*. Esta disposición es la que sirve de sustento a las legislaciones sobre derechos de autor y propiedad industrial, por tal motivo se les otorga el carácter de reglamentarias del artículo 28 constitucional.

Debido a la globalización que actualmente incluye a nuestro país, hemos evolucionado constantemente con la firma de tratados internacionales, partiendo en el año 1967 cuando nos integramos al Convenio de Estocolmo que da nacimiento a la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), como un organismo especializado del Sistema de naciones Unidas dedicado a fomentar el uso y la protección de las obras del intelecto humano.

Posteriormente, formamos parte de la Convención sobre la Protección de la Propiedad Artística y Literaria (conocida como *Convenio de Berna*) del 9 de septiembre de 1886¹, así como con la firma del Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial del 20 de marzo de 1883².

Asimismo, el 1º de enero de 1995 pasamos a formar parte de la Organización Mundial de Comercio (OMC), misma que tiene entre sus objetivos fomentar una protección eficaz y adecuada de los derechos de propiedad intelectual.

El primer día de enero del año 1994 entró en vigor el Tratado de libre Comercio de América del Norte, documento que en su estructura aborda, en el capítulo 17, el tema relativo a la propiedad intelectual.

Todos estos documentos mundiales son Convenios suscritos por México, celebrados por el presidente de la República y con aprobación del Senado, por lo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 133 constitucional alcanzan el rango de ley suprema y por lo tanto son de aplicación obligada dentro del territorio mexicano.

Esto presiona a las instituciones de educación superior en nuestro Estado a interesarse por la enseñanza especializada de la materia y, de esta manera, mantenerse al día en los temas de Derecho Internacional.

Actualmente, en nuestro país, el ordenamiento jurídico que rige los derechos de autor es la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA), cuya aplicación administrativa está a cargo de la Secretaría de Educación Pública (SEP) a través del Instituto Nacional del Derecho de Autor (INDA); mientras que los derechos de la propiedad industrial corresponde a la Secretaría de Economía a través del Instituto Mexicano de la Propiedad Industrial (IMPI), regidos por la Ley de la Propiedad Industrial (LPI).

Sustento jurídico

El artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece: “*Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora*”.

¹ Diario Oficial de la Federación de fecha 20 de diciembre de 1968.

² *Ibidem*, 27 de julio de 1976.

Esto presiona a las instituciones de educación superior en nuestro Estado a interesarse por la enseñanza especializada de la materia y, de esta manera, mantenerse al día en los temas de derecho internacional.

Al respecto, el artículo 9.1 del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, prevé el *derecho exclusivo del autor* para autorizar la reproducción de su obra a un tercero al señalar: *“Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”*.

El mismo Convenio de Berna en su artículo 2.1 establece una amplia gama de obras a las que se les debe considerar como obras literarias y artísticas y por consiguiente gozan de la protección jurídica: *“ Los términos «obras literarias y artísticas» comprenden todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión, tales como los libros, folletos y otros escritos; las conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático-musicales; las obras coreográficas y las pantomimas; las composiciones musicales con o sin letra; las obras cinematográficas, a las cuales se asimilan las obras expresadas por procedimiento análogo a la cinematografía; las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía; las obras fotográficas a las cuales se asimilan las expresadas por procedimiento análogo a la fotografía; las obras de artes aplicadas; las ilustraciones, mapas, planos, croquis y obras plásticas relativos a la geografía, a la topografía, a la arquitectura o a las ciencias”*.

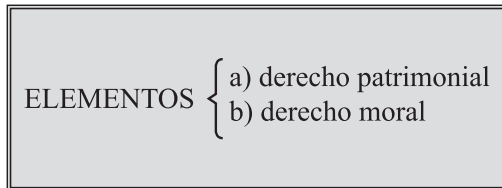
En el mismo sentido, el artículo 11 de la LFDA reconoce dicha protección y define a los mismos en los siguientes términos: *“El derecho de autor es el reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador de obras literarias y artísticas previstas en el artículo 13 de esta Ley, en virtud del cual otorga protección para que el autor goce de prerrogativas y privilegios exclusivos de carácter personal y patrimonial. Los primeros integran el llamado derecho moral y los segundos, el patrimonial”*.

II. Elementos del derecho de autor

De la definición se desprenden los siguientes elementos:

- Reconocimiento que hace el Estado a un creador de una obra literaria y artística (elemento moral);
- Que dichas obras se encuentren previstas en la ley; y
- Protección para que el autor goce de exclusividad de carácter personal y patrimonial (elemento patrimonial).

Las legislaciones relativas a la materia consagran al autor dos tipos de prerrogativas, las concernientes a los derechos patrimoniales y las que se refieren a los derechos morales.



El derecho patrimonial

El derecho patrimonial consiste en que a todo autor de una obra le corresponde una retribución pecuniaria por la explotación, ejecución o uso de su obra con fines lucrativos. Gracias al derecho patrimonial todo autor de una obra tiene derecho a una compensación económica cuando un tercero ejerce la explotación de la misma.

En virtud del derecho patrimonial, corresponde al autor el derecho de explotar de manera exclusiva sus obras, o de autorizar a otros su explotación, en cualquier forma, sin menoscabo de la titularidad de los derechos. Así que son titulares del derecho patrimonial el propio autor, uno o varios herederos o el que adquiere la obra por cualquier título.

Previsto en el artículo 27 de la LFDA los titulares de los derechos patrimoniales pueden autorizar o prohibir:

1. La reproducción, publicación, edición o fijación material de una obra en copias o ejemplares, efectuada por cualquier medio; ya sea impreso, fonográfico, gráfico, plástico, audiovisual, electrónico u otro similar;
2. La comunicación pública de su obra a través de cualquiera de las siguientes maneras:
 - a) La representación, recitación y ejecución pública en el caso de las

- obras literarias y artísticas;
- b) La exhibición pública por cualquier medio o procedimiento, en el caso de obras literarias y artísticas, y
- c) El acceso público por medio de la telecomunicación.

Transmisión de los derechos patrimoniales

De acuerdo a lo establecido en el artículo 30 de la LFDA, el titular de los derechos patrimoniales puede, libremente transferir sus derechos patrimoniales u otorgar licencias de uso exclusivas o no exclusivas.

Toda transmisión de derechos patrimoniales de autor debe ser onerosa y temporal. En caso de que hubiese ausencia de acuerdo sobre el monto de la remuneración o del procedimiento para fijarla, así como sobre los términos para su pago, lo determinarán los tribunales competentes.

Asimismo, todos los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales y las licencias de uso deben celebrarse, invariablemente, por escrito, de lo contrario serán nulos de pleno derecho.

De igual manera, los actos, convenios y contratos por los cuales se transmitan derechos patrimoniales deben inscribirse en el Registro Público del Derecho de Autor para que surtan efectos contra terceros. En caso de falta de estipulación expresa, toda transmisión de derechos patrimoniales se considera por el término de 5 años y sólo podrá pactarse excepcionalmente por más de 15 años cuando la naturaleza de la obra o la magnitud de la inversión requerida así lo justifique.

Los actos, convenios y contratos sobre derechos patrimoniales que se formalicen ante notario, corredor público o cualquier fedatario público y que se encuentren inscritos en el Registro Público del Derecho de Autor, traerán aparejada ejecución.

Debemos tener en cuenta que los derechos patrimoniales no son embargables ni pignoraables aunque pueden ser objeto de embargo o prenda los frutos y productos que se deriven de su ejercicio.

III. Limitaciones a los derechos patrimoniales

No obstante que el artículo 9.1 del Convenio de Berna prevé el *derecho exclusivo del autor* para autorizar la reproducción de su obra a un tercero

al señalar: *“Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma”*; en el artículo 9.2 del mismo ordenamiento mundial se establecen algunas limitantes a los autores al permitir la reproducción de dichas obras protegidas siguiendo tres reglas básicas: *“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados caso especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*.

Del precepto se desprenden tres supuestos o reglas básicas para permitir la reproducción de obras protegidas:

- a) Que esté expresamente permitido por la ley;
- b) Que no atente a la explotación normal de la obra, y
- c) Que no cause un perjuicio injustificado a los intereses del legítimo autor.

En el mismo sentido el artículo 40 de la LFDA señala: *“Los titulares de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos podrán exigir una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización y sin estar amparada por alguna de las limitaciones previstas en los artículos 148 y 151 de la presente Ley”*. De lo cual se deduce que el derecho de exclusividad que los autores tienen sobre sus obras se somete a ciertas limitaciones.

En el artículo 148 de la LFDA se establecen otras limitaciones al autor, estas se refieren a que las obras literarias y artísticas ya divulgadas pueden utilizarse por cualquier persona aún sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración a condición de que no se afecte la explotación normal de la obra, siempre que se cite la fuente y sin alterar la obra, en los siguientes casos:

- a) Cita de textos, siempre que la cantidad tomada no pueda considerarse como una reproducción simulada y sustancial del contenido de la obra;
- b) Reproducción de artículos, fotografías, ilustraciones y comentarios referentes a acontecimientos de actualidad, publicados por la prensa o difundidos por la radio o la televisión, o cualquier otro medio de difusión, si esto no hubiere sido expresamente prohibido por el titular del derecho;

- c) Reproducción de partes de la obra, para la crítica e investigación científica, literaria o artística;
- d) Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro. Las personas morales no podrán valerse de lo dispuesto en esta fracción salvo que se trate de una institución educativa, de investigación, o que no esté dedicada a actividades mercantiles;
- e) Reproducción de una sola copia, por parte de un archivo o biblioteca, por razones de seguridad y preservación, y que se encuentre agotada, descatalogada y en peligro de desaparecer;
- f) Reproducción para constancia en un procedimiento judicial o administrativo;
- g) Reproducción, comunicación y distribución por medio de dibujo, pinturas, fotografías y procedimientos audiovisuales de las obras que sean visibles desde lugares públicos; y
- h) Publicación de obra artística y literaria sin fines de lucro para personas con discapacidad.

Otras limitaciones dispuestas en el artículo 151 de la LFDA se refieren a la *no violación* de los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, de videogramas u organismos de radiodifusión la utilización de sus actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones, cuando:

- a) No se persiga un beneficio económico directo;
- b) Se trate de breves fragmentos utilizados en informaciones sobre sucesos de actualidad;
- c) Sea con fines de enseñanza o investigación científica, o
- d) Se trate de las limitaciones previstas en los incisos señalados en el párrafo anterior.

Al amparo de estos artículos, una gran cantidad de personas fotocopian, total o parcialmente, obras, tanto literarias como artísticas, lo que, sin duda alguna, es motivo de preocupación y molestia por parte de los autores o de los editores de libros que con ello sienten un fuerte menoscabo en las utilidades producto de sus obras.

También es una limitación al derecho del autor cuando éste no da a conocer su nombre manteniendo la obra con anónimo o cuando no existe un titular identificado del derecho patrimonial.

Otra limitación es por causa de utilidad pública, cuando la publicación

o traducción de obras literarias o artísticas son necesarias para el adelanto de la ciencia, de la cultura y de la educación nacional y no es posible obtener el consentimiento del titular de los derechos patrimoniales correspondientes, entonces, mediante el pago de una remuneración compensatoria, el Ejecutivo Federal, por conducto de la Secretaría de Educación Pública, de oficio o a petición de parte, podrá autorizar la publicación o traducción. Esto es similar a una expropiación.

IV. Análisis de casos

Analicemos el siguiente caso “hipotético”: Cierta investigador de alguna universidad en nuestro país dedica un poco más de un año al desarrollo e investigación de determinado tema para la carrera de Ingeniería Electrónica, al final de su investigación celebra contrato de edición con una importante empresa editorial, misma que decide publicar la obra del investigador otorgándole el 20 % sobre el producto de sus ventas de un total de mil libros.

Al paso del tiempo, un estudiante, bajo el amparo de la fracción IV del artículo 148 de la LFDA, “*Reproducción por una sola vez, y en un sólo ejemplar, de una obra literaria o artística, para uso personal y privado de quien la hace y sin fines de lucro*”, decide fotocopiar la obra del investigador, acto que se repite por miles de estudiantes más en todo el país reflejando un claro detrimento en los intereses del investigador y autor de la obra.

¿En qué momento quedaron sin efecto las prerrogativas del investigador y propietario de la obra al violar su *derecho exclusivo* para autorizar la reproducción de su obra a un tercero?

Si bien es cierto que el elemento patrimonial concibe que a todo autor de una obra le corresponde una retribución pecuniaria por la explotación, ejecución o uso de su obra con *fines lucrativos* y en el caso planteado no hay tales fines lucrativos por parte de los estudiantes, también lo es, que el acto de fotocopia su obra refleja un claro detrimento a sus intereses económicos, a la vez que atenta contra la explotación normal de la obra.

En otro caso “hipotético”: Un terapeuta físico diseña y escribe un manual de entrenamiento y terapia para personas discapacitadas que utilizan sillas de ruedas. Una vez que la obra se encuentra a la venta al público en las librerías, cierta asociación de personas con discapacidad deciden reproducir y publicar la obra del terapeuta físico bajo el cobijo de la fracción VIII del artículo 148 de la LFDA, argumentando que han citado la fuente, sin fines

de lucro y sin alteración alguna de su legítimo titular: *“Las obras literarias y artísticas ya divulgadas podrán utilizarse, siempre que no se afecte la explotación normal de la obra, sin autorización del titular del derecho patrimonial y sin remuneración, citando invariablemente la fuente y sin alterar la obra, sólo en los siguientes casos: VIII. Publicación de obra artística y literaria sin fines de lucro para personas con discapacidad”*. ¿Un caso de altruismo forzoso? ¿Y los intereses económicos del autor?

Un caso “hipotético” más: Un entrenador de atletismo ha preparado un video, producto de su intelecto, mismo que se encuentra a la venta para los atletas interesados en el tema; sin embargo, cierto profesor de la Facultad de Deportes decide reproducir el videograma para ser copiado y utilizado por los estudiantes de la institución educativa, bajo el argumento de lo dispuesto en el artículo 151 de la LFDA: *“No constituyen violaciones a los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes, productores de fonogramas, de videogramas u organismos de radiodifusión la utilización de sus actuaciones, fonogramas, videogramas o emisiones, cuando: I. No se persiga un beneficio económico directo; II. Se trate de breves fragmentos utilizados en informaciones sobre sucesos de actualidad; III. Sea con fines de enseñanza o investigación científica...”*.

V. Conclusiones

En las tres hipótesis presentadas se muestran actos de reproducciones lícitas bajo el calificativo de usos honrados sin fines de lucro y previstos en la ley mexicana; empero, le son extraños y olvidan los incentivos de los productores de obras a quienes les asiste el derecho a la protección de sus intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de los que son autores.

Este tipo de limitantes a los derechos del autor son muy severas, desalientan a los autores y productores de obras, por lo que resulta menester buscar el equilibrio a través de preceptos jurídicos que satisfagan y protejan los derechos de los autores y titulares de las obras, así como las inquietudes y derechos del público consumidor.

Vivimos bajo el círculo vicioso: las editoriales incrementan el precio de las obras debido a su escasa venta – el público prefiere fotocopiar las obras antes que comprarlas debido a su alto costo.

VI. Propuestas

PRIMERO.- En virtud de que el Convenio de Berna reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de las obras en determinados casos especiales, es necesario modificar los artículos contenidos en la legislación mexicana de tal manera que proteja de manera eficaz los derechos de los autores.

SEGUNDO.- Debe hacerse efectivo la disposición del Convenio de Berna respecto a que los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma y, por ende, nadie podrá reproducir obra alguna sin el permiso expreso del titular de los derechos.

TERCERO.- Debe establecerse claramente en la legislación autoral la facultad que les corresponde a los titulares de los derechos patrimoniales de autor y de los derechos conexos para exigir una remuneración compensatoria por la realización de cualquier copia o reproducción hecha sin su autorización.

CUARTO.- La protección eficaz a los derechos de autor incentiva a los creadores de obras para continuar produciendo, a la vez que se reduce el índice de reproducción ilegal de las obras en cuestión.

QUINTO.- Al reducir la reproducción ilegal de las obras en cuestión se tendrá como consecuencia el incremento en la venta de las mismas, generando mayores ingresos tanto a los titulares de las obras como a las empresas editoriales y, por ende, la factibilidad de reducir el precio de venta al público.

SEXTO.- Una protección eficaz y adecuada a los derechos de autor en nuestro país, motiva el intercambio comercial sobre las obras en cuestión con la comunidad internacional.

Abaclat y los procedimientos colectivos en el arbitraje de inversión

Orlando F. Cabrera C.*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Hechos del caso Abaclat*. III. *Los otros tres casos*. IV. *¿Constituye Abaclat una acción colectiva?* V. *El silencio*. VI. *La resolución del Tribunal*. VII. *Comentario final*.

I. Introducción

El arbitraje de controversias colectivas¹ es un sistema para la solución de controversias masivas que permanece casi intocado fuera de los Estados Unidos de América y España.² Existen escasos reglamentos de arbitraje específicamente diseñados para la solución de disputas colectivas.³ Además, los ejemplos de reclamaciones colectivas en el derecho internacional, ya sea en los sistemas judiciales, cuasi-judiciales o arbitrales son muy poco conocidos.

* Abogado de la firma Ibáñez Parkman, se graduó de la Universidad de las Américas Puebla con la distinción *magna cum laude* y complementó sus estudios en la Université de Montréal. Comentarios a: ocabrera@iparkman.com.

¹ Los vocablos “acción colectiva”, “reclamación de masa” y “arbitraje colectivo” son usados en el presente artículo como términos neutros, sin apego a una jurisdicción específica y más apropiados para el desarrollo de estos procedimientos en derecho internacional. Cabe precisar que el término “acción de clase” está fuertemente arraigado en el idioma inglés; por tanto, “acción colectiva” y “acción de clase” pueden ser usados indistintamente cuando sea necesario. Ver Antonio Gidi, “Class Actions in Brazil. A Model for Civil Law Countries”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, 2003; p. 334-335. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=903188>

² Véase “Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo”, artículos 56-62.

³ Cf: AAA Supplementary Rules for Class Arbitrations, JAMS Class Arbitration Procedures, NAF Class Arbitration Procedures, y DIS-Supplementary Rules for Corporate Law Disputes.

Recientemente, el Tribunal Arbitral en el caso de *Abaclat y otros vs. República Argentina*⁴ (*Abaclat*) emitió por mayoría una Decisión sobre Competencia y Admisibilidad (*Decisión*) que constituye el primer caso CIADI que plantea la pregunta si es posible analizar reclamaciones colectivas en el arbitraje de inversión. Dicha Decisión fue cuestionada drásticamente por la Opinión Disidente (*Opinión*) del profesor Georges Abi-Saab,⁵ en la cual examinó varias cuestiones relativas a la competencia del tribunal arbitral. Existe duda si el arbitraje bajo el Convenio CIADI, las Reglas de Arbitraje del CIADI (*Marco CIADI*) y las disposiciones del TBI Argentina-Italia (*TBI*) pueden resolver controversias colectivas, ya que el Marco CIADI no contiene referencia alguna a los procedimientos colectivos como una forma posible de arbitraje.

La disyuntiva sobre la posibilidad de tratar controversias colectivas a la luz del Marco CIADI y las diferentes disposiciones del TBI es importante, ya que otros tres casos hasta el día de hoy han aparecido de forma similar, donde se pretende litigar procedimientos colectivos frente al CIADI.

Este artículo responde, entre otras preguntas las siguientes: ¿cómo los inversionistas pueden presentar demandas colectivas bajo el Marco CIADI y las disposiciones del TBI? ¿Hasta dónde puede interpretarse el consentimiento? ¿Cuáles son los límites para la interpretación del consentimiento y los tratados? ¿Cómo se debe interpretar el silencio del Convenio CIADI? ¿Es necesario un “consentimiento secundario” dentro del Marco CIADI existente? ¿Cuándo estamos frente a un caso inadecuado para ser tratado como un proceso colectivo? Estas cuestiones serán tratadas en este artículo.

Como se verá, a partir de los hechos y la experiencia adquirida en el caso *Abaclat*, el Marco CIADI vigente y las disposiciones del TBI no contienen disposición expresa para conducir un arbitraje colectivo. Sin embargo, esto no es obstáculo para que los árbitros, dentro del consentimiento que otorgaron las partes al Convenio CIADI, puedan impartir justicia a través de procedimientos colectivos.

Este artículo se concentrará en la “acción colectiva” desarrollada bajo el

⁴ *Abaclat y otros vs. República Argentina*, (Caso CIADI No. ARB/07/5) Decisión sobre Competencia y Admisibilidad, 4 de agosto de 2011.

⁵ *Abaclat y otros vs. República Argentina*, (CIADI Caso No. ARB/07/5) Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad, Opinión Disidente, 28 de octubre de 2011.

Marco CIADI y las disposiciones derivadas del TBI en el caso Abaclat; por lo que se presentan algunas observaciones sobre la manera en que el Marco CIADI y las disposiciones del TBI fueron aprovechadas para desarrollar una reclamación colectiva. Asimismo, se hace una crítica positiva y comentarios a la forma en que se condujo el procedimiento. Las conclusiones se construirán sustentándose en estos principios. Este artículo no tratará otros temas del arbitraje de inversión, a no ser que estén relacionados con el objeto de estudio.

Hoy en día, nadie duda que el estudio sistemático del derecho comparado desempeña funciones vitales, tomando en cuenta que la ciencia del derecho incluye no sólo las técnicas de interpretación, sino también el desarrollo de modelos con el fin de prevenir o resolver conflictos sociales.⁶ Los doctrinarios consideran que el arbitraje colectivo se debe apoyar en los procedimientos judiciales, ya que el arbitraje es considerado como un sustituto de la justicia del Estado, pero que persigue el mismo fin.⁷ Ante los escasos reglamentos sobre reclamaciones colectivas en el derecho internacional, parece factible cierto sustento en el derecho interno.

II. Hechos del caso Abaclat

De 1991 al 2001, Argentina colocó 179 bonos en los mercados internacionales de capital, 173 bonos fueron emitidos en moneda extranjera. Los demandantes alegan haber comprado 83 de los 173 bonos emitidos en moneda extranjera. Estos 83 bonos se rigen por las leyes de distintas jurisdicciones, están emitidos en distintas monedas y registrados en varias bolsas internacionales, como Buenos Aires, Frankfurt, Hong Kong, Luxemburgo, Milán, Munich y Viena. El vencimiento varía de 3 a 5 años.

A finales de la década de 1990, Argentina sufrió una grave recesión económica y la consecuente reducción de los ingresos fiscales; por lo cual, incurrió en deuda adicional. Estos acontecimientos económicos adversos

⁶ Konrad Zweigert y Hein Kötz, *Introducción al derecho comparado*, Oxford, México, 2002, p. 16.

⁷ Stacie I. Strong, "From Class to Collective: The De-Americanization of Class Arbitration", *Arbitration International*, Vol.26, 2010. Disponible en <http://ssrn.com/abstract=1656511> En este sentido, el arbitraje de inversión puede ser considerado como un sustituto para el uso de la fuerza militar y la protección diplomática.

se reflejaron en la “fuga de capitales” así como en la disminución de las entradas de capital. A principios de 2001, Argentina tomó varias medidas en un intento por reestructurar su economía y aligerar su deuda. No obstante, estos esfuerzos fueron insuficientes para resolver la situación. Posteriormente, en diciembre de 2001, Argentina incumplió al anunciar públicamente el diferimiento de más de US\$100 mil millones de deuda externa en bonos.⁸

En el año 2002, el Congreso declaró estado de emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria con la aprobación de la Ley de Emergencia Pública y Reforma del año 2002 (“Ley de Emergencia”). Asimismo, la devaluación del peso acentuó aún más la gravedad de la deuda en moneda extranjera. En consecuencia, Argentina previó la reestructuración de su deuda externa.⁹

De tal forma, el Comité Ejecutivo de la Asociación Bancaria Italiana estableció el *Task Force Argentina* (“TFA”)¹⁰ cuyo objetivo es “representar los intereses de los bonistas italianos en la consecución de una transacción negociada con Argentina.” La creación del TFA y el descubrimiento del arbitraje CIADI como una manera de desviar la responsabilidad de los bancos, se explica también en el hecho que los tribunales italianos resolvieron exitosamente y en numerosas ocasiones otorgaron indemnización a algunos tenedores de bonos respecto de los bancos que les vendieron los títulos.¹¹

A los tenedores de bonos que deseaban ser representados por TFA se les requirió que firmaran un mandato para la protección de los intereses relacionados con los bonos relativos a la crisis argentina. Más de 450,000 italianos afirmaron haber tenido bonos argentinos y otorgaron mandatos para TFA.

En enero de 2005, Argentina puso en marcha la Oferta de Canje 2005, conforme a la cual los tenedores de bonos podrían intercambiar 152 diferentes series de bonos, de los cuales se había suspendido el pago en 2001. En febrero de 2005 se promulgó la Ley 26,017, la cual prohibió al

⁸ Decisión, paras. 50-58.

⁹ Decisión, paras. 60-62.

¹⁰ *L'Associazione per la Tutela degli Investitori in Titoli Argentini* establecida en Roma y constituida conforme a las leyes italianas como una *associazione non riconosciuta*, fundada con las contribuciones de sus miembros.

¹¹ Decisión, paras. 254.

Poder Ejecutivo reabrir el proceso de canje y celebrar transacción alguna en relación a los bonos que no fueron intercambiados en la Oferta de Canje 2005. El plazo de presentación de ofertas expiró y 76.15% de todos los tenedores participaron en la Oferta de Canje 2005, después de que Argentina emitió varios bonos.¹²

La Oferta de Canje 2005 se concretó en junio de 2005. Los demandantes no participaron en dicho intercambio. Insatisfechos con la situación y a fin de representar a los tenedores de bonos italianos en un arbitraje CIADI, TFA diseñó un nuevo mandato (“Paquete de Mandato TFA”) que consta de una carta de instrucciones a los tenedores de los bonos (“Carta de Instrucciones TFA”), una Declaración de Consentimiento, Delegación de Poderes y Facultades (“Mandato”) a favor de White & Case y “Mandato TFA”, entre otros documentos.¹³

Los bancos miembros de TFA organizaron la distribución y recolección del Paquete de Mandato entre sus clientes durante marzo y abril de 2006, que fue aceptada por más de 180,000 tenedores de bonos italianos. El 14 de septiembre de 2006, White & Case presentó ante el CIADI, la Solicitud de Arbitraje acompañada de los anexos A al E, en nombre de los tenedores de bonos italianos (“Demandantes”). El 26 de septiembre de 2006, el CIADI transmitió a la Demandada la Solicitud de Arbitraje.

En diciembre de 2006, los Demandantes presentaron anexos complementarios relacionados con los anexos A al E y presentaron los anexos K y L. Dentro de los anexos, algunos reflejaban: (i) la incorporación de nuevos Demandantes, (ii) el desistimiento de algunos demandantes, (iii) correcciones y sustituciones respecto de la información de los Demandantes, (iv) la revisión de los montos agregados y (v) la incorporación de una nueva serie de bonos.¹⁴

El 3 de mayo de 2010, Argentina puso en marcha la Oferta de Canje 2010, cuyo objetivo fue reestructurar las obligaciones en cesación de pago, para liberar a Argentina de reclamaciones relacionadas y poner fin a los procedimientos judiciales. Argentina invitó “a los titulares de cada Serie de Bonos enumerados en los anexos A-1 y A-2 (conjuntamente “Títulos Elegibles”) a presentar ofertas para canjear los Títulos Elegibles por

¹² Decisión, paras. 65-66, 68 y 77-78.

¹³ Decisión, paras. 80-85.

¹⁴ Decisión, paras. 90-91, 98-99, 103.

Títulos Nuevos y, en algunos casos, dinero en efectivo... ”. Los Demandantes poseen derechos sobre valores en los bonos que figuran en dichos anexos, lo que les habilitaba para participar en la Oferta de Canje 2010. Numerosos Demandantes participaron en la Oferta de Canje 2010 y consecuentemente se desistieron del arbitraje.¹⁵ De los 180,000 Demandantes, cerca de 120,000 se desistieron del arbitraje CIADI.

III. Los otros tres casos

Tres casos se han incrustado en el desarrollo de arbitraje de masa. Dos casos también se han derivado del impago de deuda soberana. Los hechos de estos dos casos son sustancialmente similares a los de Abaclat por lo cual no abundaremos en relación a los mismos, remitiendo al lector al resumen anterior pues es igualmente útil para ilustrar el marco fáctico de estos dos casos. No obstante, existen diferencias notorias entre los casos. En *Ambiente Ufficio* hubo 90 demandantes y en *Alemanni* sólo 74.

La vida de *Ambiente Ufficio* es efímera. Este caso termina muy pronto por cuestiones financieras, pues, el procedimiento fue suspendido por impago de USD\$500,000 para el pago de los gastos relacionados con este procedimiento. Transcurridos más de seis meses desde la suspensión, se decidió poner fin al procedimiento.¹⁶

El 17 de noviembre de 2014, el tribunal arbitral en el caso de *Alemanni v. la República Argentina* emitió su Decisión sobre Jurisdicción y Admisibilidad. En este asunto el Tribunal arbitral encontró énfasis en “una controversia” que se encuentra comprendida dentro del Artículo 25 (1) del Convenio CIADI, así como en el artículo 2 de las Reglas del CIADI y la Regla 1 del Reglamento de Arbitraje CIADI.

El Tribunal consideró que es perfectamente posible, que “una controversia” tenga más de una parte como demandante; empero el interés representado en cada extremo de la controversia tiene que ser en todos los aspectos esenciales, idéntico para todos los involucrados en tal extremo de la controversia. Aunque interesante la decisión de este caso, tiene visos desafortunados. El tribunal consideró que la *substancia de la jurisdicción*

¹⁵ Decisión paras. 92-97.

¹⁶ *Ambiente Ufficio S.P.A. and others vs The Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/08/9) Order of Discontinuance of the Proceeding, 28 de mayo de 2015.

está tan profundamente relacionada con la controversia sustantiva entre las Partes, tanto de manera fáctica como legal; por tanto, (de forma exageradamente precavida o temerosa) se debe dejar para el estudio de fondo¹⁷.

En este sentido es verdaderamente cuestionable el exceso de precaución de los árbitros. Si se bifurca el procedimiento para atender cuestiones de jurisdicción y competencia, las partes tienen la expectativa que la respuesta sea un sí o no. De otra forma dejarían todos los temas objetos de controversia para una etapa posterior cuando se emita el laudo final, lo que evidentemente implicaría un ahorro importante en tiempo y dinero. Empero, debemos tener presente que el tribunal arbitral tiene la obligación de salvaguardar por la integridad del procedimiento. Recordemos que el tribunal como un guardián de la legitimidad del proceso arbitral debe hacer cualquier esfuerzo para asegurarse que el Laudo esté completamente fundado y no esté afectado de imperfección procesal¹⁸. Por tanto, la decisión del tribunal en el caso *Alemanni* puede tener un punto a su favor si es que la intención fue salvaguardar la integridad del proceso.

El más reciente de los casos, según información disponible se compone de 676 inversionistas, tanto individuos como entes que afirman 434 reclamaciones separadas en contra de Chipre bajo el TBI celebrado entre Chipre y Grecia. La notificación de arbitraje fue presentada ante el Gobierno de Chipre en julio de 2014.

A la fecha de redacción de este artículo el asunto no se ha publicado en la página del CIADI. No obstante, será muy interesante ver como los demandantes redactaron su controversia en lo que concierne a aspectos procesales. Si bien este caso no se compara con *Abaclat* que tiene más de 60,000 demandantes, tampoco es tan modesto como *Ambiente Ufficio* (90 demandantes) o *Alemanni* (74 demandantes). Como resultado, se deberá observar si las reclamaciones se alinean como un acercamiento de “arbitraje masivo” o con el aspecto de multiplicidad de partes que se ha visto en *Ambiente Ufficio* y *Alemanni*.

¹⁷ *Giovanni Alemanni and Others v. The Argentine Republic*, (ICSID Case No ARB/07/8) Decision on Jurisdiction and Admissibility, 17 de noviembre de 2014, para. 292.

¹⁸ *Hrvatska Elektroprivreda, d.d. v The Republic of Slovenia* ICSID Case No ARB/05/24, Tribunal’s Ruling regarding the participation of David Milton QC in further stages of the proceedings (6 May 2008) para. 15.

Una vez que se escoja a los árbitros, éstos tendrán que ejercitarse en el arte del funambulismo, arte circense practicado por los otros tres tribunales arbitrales. En *Alemanni*, los árbitros prefirieron tomar una estrategia de “esperar y ver”, en relación a la definición de la naturaleza de la controversia en cuestión que podría afectar la habilidad del demandante en el nuevo caso para cuestionar la jurisdicción y admisibilidad en la etapa preliminar. Veremos qué decisión toma el tribunal.

IV. ¿Constituye *Abaclat* una acción colectiva?

El profesor Gidi define una acción colectiva o de clase como “*la acción promovida por un representante (legitimación colectiva), para proteger un derecho que pertenece a un grupo de personas (objeto de la controversia), cuya sentencia obligará al grupo como un todo (cosa juzgada)*”. De esta forma, los elementos esenciales de una acción colectiva o de clase son: 1) la existencia de un representante, 2) la protección de un derecho de grupo objeto de la controversia (reclamación de indemnización colectiva), y 3) el efecto de cosa juzgada.¹⁹ *Abaclat* cumple con los tres elementos de la siguiente forma:

1. Legitimación colectiva

TFA encausó la reclamación ante el CIADI refiriendo en su Carta de Instrucciones TFA, que los abogados coordinarían directamente con TFA y actuarían como único mandatario; así también, que no sería posible dar instrucciones directamente a los abogados, pues ellos se encargarían de coordinar directamente con TFA. Estas instrucciones, incluso coinciden con las normas de procedimientos colectivos.²⁰ De igual forma, TFA actuaría en el interés colectivo de los tenedores de bonos y funcionaría de manera

¹⁹ Antonio Gidi, *op. cit.*, nota 2, p. 334-335.

²⁰ Ver artículo 1017 del Code de Procédure Civile du Québec: “Un membre ne peut intervenir volontairement en demande que pour assister le représentant, soutenir sa demande ou appuyer ses prétentions”; y artículo 48 de la Ley 472 de 1998 de Colombia: “En la acción de grupo el actor o quien actúe como demandante, representa a las demás personas que hayan sido afectadas individualmente por los hechos vulnerantes, sin necesidad que cada uno de los interesados ejerza por separado su propia acción”.

autónoma.²¹ El objeto del Mandato de TFA²² es el siguiente:... se confía por el presente al Mandatario la tarea de coordinar los procedimientos arbitrales y judiciales... en nombre y representación de los tenedores de Bonos... para la recuperación de su inversión en los Bonos.²³

En este sentido, el Tribunal consideró que TFA es el mandatario de los Demandantes de conformidad con la Regla 18 de las Reglas de Arbitraje del CIADI; sin embargo, destacó que a TFA se le han otorgado poderes más allá de los que normalmente se otorgan a un mandatario de conformidad con la Regla referida.²⁴ De esta forma, TFA obtuvo la legitimación colectiva para representar a los Demandantes e instaurar la acción ante el CIADI.

Cabe destacar que Argentina alegó un abuso de derechos por parte del TFA. Las cortes italianas han condenado penalmente por falsificar las firmas de los mandatos otorgados al TFA, la Decisión no refirió nada de esto.²⁵ Además, Argentina consideró que el Tribunal no debería haber permitido la controversia porque el TFA estaba persiguiendo su propio interés, el cual está en conflicto con los intereses de los Demandantes y era ajeno a los intereses que el TBI y el Convenio CIADI protegen.²⁶

En ciertas jurisdicciones arbitrales y judiciales la representación adecuada es un requisito previo.²⁷ En igual forma, en México “*se considera representación adecuada: ... III. No encontrarse en situaciones de conflicto de interés con sus representados respecto de las actividades que realiza*”.²⁸

²¹ Decisión, para. 86.

²² Opinión, para. 231.

²³ Decisión, para. 88.

²⁴ Decisión, para. 532.

²⁵ El Tribunal refirió que la teoría de abuso de derechos es una expresión del principio de buena fe, principio fundamental del derecho internacional de inversión. Hersch Lauterpacht, *Development of International Law by the International Court*, Londres, 1958, p. 164. “No existe derecho alguno, por muy bien establecido que esté, que no pueda, en algunas circunstancias, denegarse su reconocimiento por considerar que se ha abusado”. y *Mobil Corporation and others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27), Decision on Jurisdiction, 10 June 2010, paras. 169 et seq.

²⁶ Decisión, paras. 646-659.

²⁷ Véase Regla 4.a.4 de AAA Supplementary Rules for Class Arbitrations, artículo 8 de la Ley Procedimiento de Grupo de Suecia; y la Regla 23 de las Reglas Federales de Procedimiento Civil de los Estados Unidos. En Quebec la corte atribuye el carácter de representante al miembro que adecuadamente representa a los miembros. Code de procédure civile du Québec, artículos 1002-1003.

²⁸ Código Federal de Procedimientos Civiles, artículo 586.

En las jurisdicciones nacionales un representante con un conflicto de intereses como en el caso *Abaclat* no tendría legitimación colectiva y la acción, ni siquiera se hubiera admitido.

Sin embargo, el Tribunal consideró que, aun cuando TFA había perseguido intereses que estaban en conflicto con los intereses de los Demandantes, esto no daba lugar a la inadmisibilidad de las reclamaciones, ya que el supuesto abuso de los derechos no concierne a los intereses de los Demandantes que derivan del TBI, sino a los intereses de TFA derivados del ejercicio del arbitraje CIADI por parte de los Demandantes.²⁹

Aunque el Mandato TFA puede que no sea debidamente cumplido y los intereses de los Demandantes no sean adecuadamente representados, los derechos pertenecen a los Demandantes y no al TFA; por tanto, el abuso puede ser cometido por TFA pero no por los Demandantes. Empero, el abuso de los derechos debería haber sido interpretado en un sentido más amplio, ya que los intereses que afectan al TFA pueden no ser defendidos correctamente. La doctrina de “abuso de los derechos” deberá desarrollarse con el fin de avanzar las reclamaciones colectivas en el ámbito del derecho internacional.

2. Objeto de la controversia

El artículo 8 (1) del TBI establece la solución de controversias “en relación a las inversiones” hechas “*en relación con las cuestiones reguladas por el presente Acuerdo*”. El Tribunal consideró que los hechos alegados se refieren al impago de Argentina en diciembre de 2001; en particular, a la forma en que consultó con sus acreedores y se llegó a una decisión sobre la manera de hacer frente a su deuda externa y la naturaleza, el alcance y los efectos del marco jurídico que promulgó para tal decisión.³⁰

En igual forma, el Tribunal consideró que, *prima facie*, si se demuestran los hechos, eran susceptibles de constituir una violación de las disposiciones del TBI, en particular:

- La promulgación así como la aplicación arbitraria de las normas y las

²⁹ Decisión, paras. 646-659. Además, Argentina no alegó que los Demandantes estuviesen abusando de su derecho para recurrir al arbitraje CIADI para proteger sus inversiones.

³⁰ Decisión, para. 313.

leyes pueden ser equivalentes a un trato injusto e inequitativo; igualmente, pueden constituir un acto de expropiación ya que el nuevo marco jurídico puede privar al inversionista del valor de su inversión.

- El supuesto trato diferente que dio a los inversionistas nacionales es susceptible de constituir un trato discriminatorio y una contravención del trato nacional.³¹

De tal forma, el Tribunal consideró que los reclamos no eran simplemente contractuales, sino reclamos derivados del tratado, toda vez que Argentina intervino en su calidad de soberano, a través de su poder estatal para modificar sus obligaciones de pago con sus acreedores.³² Este es el objeto de la controversia.

Aunque la Opinión destaca que las reclamaciones conservan su carácter individual, ya que los derechos sobre los títulos son diferentes en cuanto a precio, fecha y lugar de compra, moneda, derecho aplicable, el foro elegido, etc., que son características relevantes sólo para reclamos contractuales; para la Decisión, lo importante, son las reclamaciones en virtud de los tratados, que son “homogéneas”.³³ Si bien existen diferencias entre los bonos, hay que recordar que los Demandantes no poseen 60,000 títulos diferentes; los Demandantes supuestamente compraron 83 bonos en moneda extranjera.

En este sentido, difiere de la Opinión, ya que “las reclamaciones derivadas del TBI” se pueden considerar “homogéneas” como lo hizo la Decisión. Las reclamaciones están relacionadas con la crisis económica argentina que llevó al impago; así, la crisis constituye “el mismo patrón de hecho” del cual derivaron las reclamaciones. Las diferencias de los bonos se deberán tomar en cuenta a la hora de realizar el “*group examination of claims*”, en caso que sea aplicable,³⁴ y cuando se determine la indemnización, pero no para

³¹ Decisión para. 314.

³² Decisión paras. 324-326.

³³ Opinión paras. 139-143.

³⁴ No perdemos de vista que el Tribunal Arbitral, en la Orden Procesal No. 12 del 7 de julio de 2013 resolvió señalar uno o más expertos para verificar la base de datos de los Actores. Disponible en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1303_0.pdf Posteriormente, en la Orden Procesal No. 15 (para. 18) y sucesivamente en la Orden Procesal No. 17 del 8 de febrero de 2013, se resolvió confirmar el nombramiento del Dr. Wühler como Perito bajo los términos y condiciones de la Propuesta Alternativa (para.22) por la cual el Perito deberá analizar la totalidad de los documentos, descartando la posibilidad de utilizar el “sampling” (para.25), es decir, un método de muestreo o la toma de una o varias muestras. Disponibles en http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1308_0.pdf

determinar el objeto de la controversia.

3. Cosa juzgada

El Tribunal tuvo competencia *rationae personae* respecto de cada Demandante persona física, persona jurídica y las asociaciones no reconocidas³⁵ de nacionalidad italiana y otras características en los términos de la Decisión.³⁶ El laudo final obligará a los Demandantes con las características anteriores y podrán ser considerados como miembros del grupo o colectividad. En algunas jurisdicciones que regulan los procedimientos “*opt-in*” (opción por entrar), como el presente caso, existen diferentes oportunidades durante el procedimiento o después de la sentencia en las que se puede manifestar el consentimiento para quedar obligado por la sentencia.³⁷

En este sentido, el Tribunal señaló que los Demandantes fueron añadidos después de la presentación de la solicitud de arbitraje y que “*los procedimientos colectivos pueden requerir ciertos ajustes en el número e identidad de los reclamantes.*”³⁸ Las observaciones del Tribunal son consistentes con la lógica de la justicia colectiva. Sin embargo, el artículo 36 del Convenio del CIADI exige que la información pertinente sobre la identidad de las partes sea presentada con la solicitud de arbitraje. Empero, dicho artículo no prohíbe que las partes complementen su solicitud, incluso hasta antes del registro en caso que falte cualquier información relevante. De este modo, parece posible añadir demandantes hasta antes del registro de la solicitud de arbitraje.³⁹

Dadas las actuales limitantes del Marco CIADI, no hay otra oportunidad para añadir otro Demandante, en etapas posteriores del procedimiento, lo cual puede no estar en conformidad con la lógica de la justicia colectiva en

³⁵ A la luz del artículo 36 del Código Civil Italiano las asociaciones no reconocidas como entes jurídicas tienen capacidad procesal y legitimación activa para ser representadas por su presidente o director. Así, el Tribunal consideró que poseen ciertos atributos de personalidad jurídica y en particular el derecho para demandar y ser demandados. Decisión, para. 417.

³⁶ Decisión, para. 411-412 y 420-421.

³⁷ Código Federal de Procedimientos Civiles de México, artículo 594; Ley de Procedimiento de Grupo de Suecia, artículo 14.

³⁸ Decisión, para. 610.

³⁹ Decisión, paras. 610-611.

los procedimientos de inclusión (“*opt-in*”).

4. Naturaleza del caso

La naturaleza del caso como una “acción colectiva de reclamaciones masivas” fue confirmada por la Demandada y por el profesor Nagareda, una eminencia en la materia. El abogado de los Demandantes habló de un proceso de inclusión sin clases (*non-class aggregate proceeding*).⁴⁰

La Decisión se manifestó por considerar un “...‘*procedimiento masivo (mass proceedings)*’... *refiriéndose simplemente al alto número de Demandantes que aparecen como una sola masa, y sin prejuzgar sobre la clasificación del presente procedimiento como un tipo específico de ‘procedimiento colectivo’ reconocido dentro de cualquier orden jurídico específico.*”⁴¹ Con todo, después de analizar los dos tipos principales de “procedimientos colectivos” la Decisión determinó que el caso es “*un tipo híbrido de procedimientos colectivos, en el sentido de que comienza como procedimientos agregados, pero después continúa con características similares a los procedimientos representativos, debido al elevado número de Demandantes involucrados.*”⁴²

Las razones por las cuales los Demandantes se presentaron como una colectividad “*opt in*” o en un procedimiento de inclusión o agregación,⁴³ pueden encontrarse no sólo en la comodidad procesal, sino también en la ausencia actual de mecanismos de consolidación o acumulación de demandas dentro del Marco del CIADI. Este tema será posteriormente tratado en este artículo.

V. El silencio

El Convenio CIADI no contiene disposiciones expresas que permitan

⁴⁰ Opinión, para. 129.

⁴¹ Decisión, para. 480.

⁴² Decisión, para. 488.

⁴³ La Decisión contempló la posibilidad de crear subclases, en la medida que surgieran diferencias entre las partes, sugiriendo así el tipo de análisis individualizado que es reminiscente de los procedimientos de agregación. S.I. Strong, “Mass Procedures in *Abaclat v. Argentine Republic*: Are They Consistent With the International Investment Regime?”, *3 Yearbook on International Arbitration*, 2012, p. 8.

conducir un procedimiento colectivo. El silencio del Convenio CIADI no es fortuito, para la fecha de celebración del Convenio CIADI, los procedimientos colectivos eran casi inexistentes; y aun cuando se había hablado de arbitrajes con multiplicidad de partes, estas discusiones no fueron conclusivas en la intención de aceptar o rechazar estos arbitrajes con multiplicidad de partes y mucho menos para aceptar procedimientos colectivos.⁴⁴

El Convenio CIADI, como otros tantos tratados, no fue redactado con absoluto detalle en sus disposiciones en relación a los poderes procesales que se otorgan al Tribunal Arbitral.⁴⁵ Suponiendo sin conceder que los negociadores del Convenio CIADI tuvieron la intención de establecer un cuerpo exhaustivo de reglas procesales y trataron de lograr un acuerdo total sobre los poderes que se confieren a los tribunales,⁴⁶ los procedimientos colectivos ciertamente estaban más allá del horizonte de lo previsible.⁴⁷ Como se ha dicho el Convenio CIADI ni siquiera contiene disposiciones para el arbitraje con multiplicidad de partes. Las disposiciones más notables son el artículo 44 del Convenio CIADI y la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje CIADI.

Artículo 44. Todo procedimiento de arbitraje deberá tramitarse según las disposiciones de esta Sección y, salvo acuerdo en contrario de las partes, de conformidad con las Reglas de Arbitraje vigentes en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento al arbitraje. Cualquier cuestión de procedimiento no prevista en esta Sección, en las Reglas de Arbitraje o en las demás reglas acordadas por las partes, será resuelta por el Tribunal.

Regla 19. Resoluciones procesales El Tribunal dictará las resoluciones necesarias para la sustanciación del proceso.

Las anteriores disposiciones confieren a los tribunales suficientes poderes para resolver controversias y administrar justicia, aun cuando no

⁴⁴ Decisión, para. 519.

⁴⁵ Ver Convenio CIADI, art 44; Reglas de Arbitraje CIADI, r 19.

⁴⁶ E. Gordon, 'The World Court and the Interpretation of Constitutive Treaties' (1965) 59 AJIL 794, 803.

⁴⁷ Opinión, para. 165.

existe disposición expresa en el Marco CIADI que guíe al tribunal arbitral para conducir procedimientos colectivos. El Convenio CIADI y las Reglas de Arbitraje son aplicables hasta el punto que las partes no hayan acordado sobre el derecho procesal.⁴⁸ Estas disposiciones son la expresión pura del poder inherente de cualquier tribunal para resolver dudas en caso de laguna.⁴⁹ Paparinskis comenta que “el ejercicio de los poderes inherente por los Tribunales CIADI se coloca en fundamentos jurídicos seguros por el lenguaje explícito” contenido en los anteriores artículos y agrega:

Deciding on questions of procedure necessary for the resolution of the case is simply a roundabout way of describing inherent powers that are necessary for the fulfilment of judicial function. The Convention and the Rules provide explicit legal basis for the exercise of inherent powers that have not been already spelled out. Concerns about inappropriate use of implied powers can therefore be left aside. While the scope and content of inherent powers still has to be elaborated by the traditional techniques of functional or comparative analysis, the explicit authority to ‘decide’ ‘any question of procedure’ provides the preapproval of States expressed through the ordinary meaning of treaty terms.⁵⁰

Se requiere el consentimiento para el arbitraje CIADI a fin de imponer cualquier obligación a las Partes. En el presente caso, ambas Partes consintieron al arbitraje CIADI como un método para resolver controversias derivadas del TBI.⁵¹ Consecuentemente, las Partes expresamente consintieron a la fuente de poderes procesales que se confirió a los Tribunales, tal y como se establece en el Convenio CIADI y el Reglamento de Arbitraje. Además se confirió al Tribunal no sólo la autoridad de conducir procedimientos, sino “*the authority to ‘decide’ ‘any question of procedure’ through the ordinary meaning of treaty terms*”.

⁴⁸ C. Salonidis, ‘Inherent Powers in ICSID Arbitration’ I Laird, T Weiler (eds), *Investment Treaty Arbitration and International Law*, JurisNet LLC 2012, citando art 44.

⁴⁹ Decisión, paras 517-52, citando C Schreuer and others, *The ICSID Convention: A Commentary*, 2nd edn, Cambridge University Press, Cambridge 2009, art. 44.

⁵⁰ M Paparinskis, ‘Inherent Powers of ICSID Tribunals: Broad and Right So’ en I Laird, T Weiler (eds), *op. cit.* (nota 48) pp. 19-21.

⁵¹ Decisión, paras 453-5, 489.

Las Partes al consentir al arbitraje CIADI dieron una aprobación por anticipado para el ejercicio de los poderes inherentes, incluyendo “*express permission to go beyond what the rules say.*”⁵² Así, la excepción consistente en que los tribunales sólo pueden ejercer aquellos poderes que expresamente se les han conferido está fuera de toda lógica del sistema. El mismo destino merece una excepción que pretenda eliminar reclamaciones colectivas debido a que el Marco CIADI no contiene una referencia a procedimientos colectivos como forma para resolver el arbitraje.

VI. La resolución del tribunal

La Decisión encontró que sería contrario al propósito del TBI y al espíritu del CIADI interpretar el silencio como “silencio calificado” impidiendo categóricamente procedimientos colectivos sólo porque no estaban mencionados en el Convenio CIADI. Los tribunales CIADI tienen poderes para llenar lagunas en relación a las reglas de procedimiento. Esto es una aseveración de sus poderes inherentes de cualquier tribunal para resolver cuestiones procesales incluso en caso de laguna.⁵³

El silencio de Convenio CIADI en relación a los procedimientos colectivos fue interpretado como una laguna. El artículo 44 del Convenio CIADI prescribe que frente a una laguna que no haya sido objeto del acuerdo de las partes, el Tribunal debe resolver la pregunta. El artículo 44 se complementó con la Regla 19 de las Reglas de Arbitraje según las cuales el Tribunal debe hacer las órdenes requeridas para el procedimiento.⁵⁴

De esta forma, el tribunal encontró lagunas consistentes en cuestiones procesales para conducir procedimientos colectivos. Al ejercer estos poderes inherentes contenidos en los artículos 44 del Convenio CIADI y Regla 19 de las Reglas de Arbitraje, se llenó el silencio de la Convención.

Los poderes inherentes son muy diversos. Sin embargo, se considera que la Decisión de la mayoría está alineada a la función de adjudicación por diversas consideraciones. Es probable que esta acción colectiva haya

⁵² Nigel Blackaby, ‘The Inherent Authority of an ICSID Tribunal: What Is the Limit’, Panel Discussion, en I Laird, T Weiler (eds), *op. cit.*

⁵³ C Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, 683; C Schreuer and others, (n 49) 688.

⁵⁴ Decisión, paras 517-51.

dado acceso a la justicia a reclamaciones de baja cuantía que de otra forma hubieran sido económicamente inviables para llevarlas al CIADI. El costo de cada reclamación individual hubiera sido mayor que la restitución buscada.

VII. Comentario final

El asunto de *Abaclat* si bien está en ciernes, todavía tiene mucho camino por recorrer, lo que implica necesariamente un gran estudio del tema. Será muy interesante ver cómo se desarrollan los otros asuntos en los próximos años y en particular cómo se ataca la nulidad de los laudos, en caso de resultar favorable el fallo para las colectividades. Empero, por ahora *Abaclat* nos permite ver un futuro promisorio para las acciones colectivas en el marco del arbitraje de inversión.

Lex loci executionis y limitación temporal de poderes en el Estado de Jalisco

Arnau Muriá Tuñón*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Problema conflictual y régimen temporal de poderes en Jalisco*. III. *Dos tesis*. IV. *Conclusiones*.

I. Introducción

Las normas de conflicto para derecho internacional privado adoptadas en la mayor parte de las legislaciones de derecho privado mexicanas, articuladas con disposiciones locales que limiten los alcances de los actos jurídicos, conllevan el riesgo de generar verdaderos despropósitos y auténticas iniquidades, además de generar amplios ámbitos de impunidad para operadores jurídicos y económicos que actúen de mala fe.

En este trabajo pretendemos analizar dicho fenómeno en torno a la limitación temporal de la eficacia de los poderes en el Estado de Jalisco a cinco años articulado con la designación de la propia ley del Estado de Jalisco en el sistema conflictual del mismo por lo que hace a las normas que rigen los alcances de los actos jurídicos celebrados en el exterior del Estado.

II. Problema conflictual y régimen temporal de poderes en Jalisco

En el Estado de Jalisco, mientras que los requisitos de forma (de formación) de los actos jurídicos es establecida por el principio *locus regit actum* es

* Profesor del Departamento de Políticas Públicas del Centro de Ciencias Económico Administrativas de la Benemérita Universidad de Guadalajara, y abogado con práctica profesional en los foros del Distrito Federal y del Estado de Jalisco. Trabajo presentado durante el XXXVIII Seminario de Derecho Internacional Privado en la Escuela Judicial del Instituto de la Judicatura Federal.

decir conforme lo establece a la letra la fracción IV el artículo 15:

IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por la legislación del lugar en que se celebren, pero las partes involucradas en ellos, residentes fuera del Estado, quedan en libertad para sujetarse a las formas prescritas por este código cuando el acto vaya a tener ejecución dentro del territorio del mismo.

Por otra parte, por lo que hace a los efectos de un acto jurídico, sus alcances, sea de cumplimiento o ejecución, cuando estos hayan de surtirse en el Estado de Jalisco deberá estarse al principio de la *lex loci executionis* lo que es decir, a la Ley del Estado de Jalisco. El artículo 15, fracción II del Código Civil del Estado de Jalisco, dice a la letra:

II. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del Estado y que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este código.

Por lo que hace a la vigencia temporal de los poderes, el Estado de Jalisco tiene una norma muy especial, puesto a diferencia de lo habitual dispone una temporalidad más allá de la cual los poderes pierden sus efectos.

La disposición en que rige los poderes en el Estado de Jalisco es el artículo 2214 que a la letra dice:

Art. 2214.- Ningún poder se otorgará por una duración mayor a cinco años...

Esta disposición se estableció, teóricamente para generar mayor seguridad jurídica. Puesto que se hablaba de que se eternizaban los apoderados y podían hacer uso indebido de sus poderes. Esta razón, nos parece pueril, más bien sospechamos que siendo en ese momento tanto el presidente del Congreso del Estado de Jalisco, como el que encabezaba la comisión redactora del que habría de ser el Nuevo Código Civil del Estado, eran connotados notarios, no resistieron la tentación de llevar algo de agua a su molino y generar trabajo para sus compañeros de gremio. Aunque esto no es más que una conjetura personal. Sin embargo hay que recordar que como decía el Canciller Otto Von Bismark: “La gente no dormiría tranquila

si supiera cómo se hacen las salchichas y las leyes”¹.

El régimen de poderes que les señala un límite temporal de cinco años ocasiona que, si en el Estado de Jalisco se aplica rigurosamente el principio de *lex loci executionis* para los poderes expedidos en alguna otra entidad de la república. Se puede dar un efecto sumamente pernicioso puesto que poderes validos en todo tiempo en toda la república mexicana, tendrían únicamente una vigencia de cinco años para el Estado de Jalisco, generándose una grave situación de inseguridad jurídica para los operadores jurídicos de otras entidades de la República Mexicana.

Al no otorgar el Derecho jalisciense más que 5 años de vigencia los poderes, y pretenderse ejecutar los mismos en el Estado de Jalisco, se podría llegar a quedar inválido un acto jurídico celebrado en el Estado, incluyendo demandas, contestaciones, trámites, todos los contratos, etc.

De por sí, el establecer una vigencia tan limitada a los poderes nos parece en el mejor de los casos un acto oligofrénico y en el peor de los mismos un acto mendaz. Ahora bien, sorprender a un litigante, u otro operador jurídico, foráneo nos parece aún peor, y por descontado una fuente inagotable de injusticias y un generador de inseguridad jurídica.

III. Dos tesis

Afortunadamente la judicatura federal del tercer circuito ha salido al quite en esta situación tan perniciosa y nos ha dado la pauta con dos tesis jurisprudenciales muy interesantes, siendo esta una ocasión en la que nos presentamos en una escuela judicial, tomaremos el riesgo de analizar ambas tesis y sus engroses, frente a gente más ducha que un servidor en la materia. Los rubros de las tesis que trataremos de abordar, rezan a la letra:

I. PODERES NOTARIALES OTORGADOS EN EL DISTRITO FEDERAL. ES INCONSTITUCIONAL LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO.²

¹ https://es.wikiquote.org/wiki/Otto_von_Bismarck

² Los criterios emitidos por los Tribunales Colegiados, en los juicios de amparo directo, sobre constitucionalidad de leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, serán publicados, pero con la indicación de que no son obligatorios ni aptos para integrar jurisprudencia.

II. PODER GENERAL JUDICIAL O SU EQUIVALENTE, EMITIDO FUERA DEL ESTADO DE JALISCO. PARA EJERCERLO EN UN PROCEDIMIENTO MERCANTIL EN ESTA ENTIDAD, ES INNECESARIO.

PRIMERA. La primera tesis que comentaremos dice a la letra:

PODERES NOTARIALES OTORGADOS EN EL DISTRITO FEDERAL. ES INCONSTITUCIONAL LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO CIVIL DEL ESTADO DE JALISCO.

El artículo 121, fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla como factor de equilibrio de las entidades que componen el federalismo mexicano, que en cada Estado se dé entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todos los otros, reservando al Congreso de la Unión la facultad de expedir las leyes generales que habrán de regir para establecer el ámbito de validez espacial de las leyes locales a efecto de determinar un sistema que propicie la seguridad jurídica debido a la diversidad de normas que en uso de sus facultades pueden emitir. Luego, dado que la fracción II del artículo 15 del Código Civil del Estado de Jalisco, prevé que: “La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas: ... II. Los efectos jurídicos de actos y contratos celebrados fuera del Estado y que deban ser ejecutados dentro de su territorio, se regirán por las disposiciones de este código”, *ello significa que los poderes (igual que los demás actos y contratos) que se celebren fuera del Estado de Jalisco, para que puedan surtir efectos dentro de éste, deben cumplir con la legislación estatal; por tanto, contraviene lo establecido en el invocado precepto de la Carta Magna, puesto que sus consecuencias legales no se constriñen a los límites territoriales del Estado, ya que condiciona los actos jurídicos que se pacten en otra entidad federativa.* En consecuencia, son inaplicables a un poder otorgado ante un fedatario público en el Distrito Federal los cinco años de vigencia que estableció el legislador jalisciense para los expedidos en su territorio, como lo dispone el artículo 2214 del referido Código Civil.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 28/2008. Central de Autobuses Guadalajara,

S.A. de C.V. y otro. 9 de mayo de 2008. Unanimidad de votos. Ponente: Alicia Guadalupe Cabral Parra. Secretaria: Jacqueline Ana Brockmann Cochrane.

Nota: El criterio contenido en esta tesis no es obligatorio ni apto para integrar jurisprudencia en términos del punto 11 del capítulo primero del título cuarto del Acuerdo número 5/2003 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.³

De la lectura del engrose pudimos colegir que se trató de un asunto en el que una empresa de transporte demandó a una terminal por un interdicto de retener la posesión de los espacios que la transportista tenía para atender a sus clientes. La terminal respondió la demanda trabándose el litigio. Al dictar sentencia el Juez Primero de lo Civil del Primer Partido Judicial del Estado de Jalisco, aparentemente de oficio, desconoció la personería del apoderado de la demandada. Decisión un tanto desafortunada puesto que en el cuerpo de la propia sentencia dicho juzgador le había concedido valor probatorio pleno a la confesional a cargo de dicho apoderado; por ello no parece la más congruente de las decisiones.

Dicha consideración fue sostenida por la Séptima Sala del Supremo Tribunal del Estado de Jalisco. Por lo que la terminal inició juicio de garantías, cuestionando, entre varias irregularidades procesales, la constitucionalidad del artículo 15 del Código Civil del Estado de Jalisco, concepto de violación que se consideró de estudio preferente y al considerarlo fundado fue suficiente para no entrar al estudio de las demás cuestiones planteadas.

El tribunal Colegiado partió de dos consideraciones:

- 1) Por un lado arguyó que el artículo 15, fracción II es violatoria de los principios federales del Estado Mexicano establecidos en el artículo 121 constitucional.
- 2) Por el otro lado determinó que dicha fracción en correlación con la limitación de los poderes invade las facultades de la Federación.

A dichos argumentos observamos lo siguiente:

A la primera consideración:

Al argumento de que el Código Civil es violatorio de los principios

³ Localización: [TA] ; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXVIII, Julio de 2008; Pág. 1829. III.5o.C.139 C.

establecidos en el artículo 121 de la Constitución porque como se establece en la sentencia:

“constituye uno de los postulados del federalismo mexicano; su inclusión en [...] la ley fundamental responde a la necesidad de contar con normas claras que unifiquen los criterios políticos y jurídicos de las entidades federativas”

Y que:

“Lo establecido en la fracción transcrita [II del artículo 15 del Código Civil de Jalisco] significa que los actos y contratos que se celebren fuera del estado de Jalisco, para que puedan surtir efectos dentro de este, deben de cumplir con la legislación estatal local”[...]

“Lo que contradice lo establecido por el artículo 121 fracción I de la Constitución habida cuenta que si bien la norma textualmente contiene un aspecto limitativo de su propio territorio, también se refiere a una conducta ajena, es decir, a los requisitos que deben de cumplir los actos realizados en otra entidad federativa para que tengan validez en Jalisco, por lo que sus consecuencias legales no se constriñen a los límites territoriales del estado, ya que condiciona los actos jurídicos que se pacten en otra entidad federativa.”

“Por tanto, de estimar correcta la prevención del precepto reclamado implicaría exigir que el poder que se otorga ante un notario público en algún Estado de la República Mexicana, cumpla con los requisitos que prevén para esos documentos los ordenamientos legales de las demás entidades federativas, siendo que lo que se pretendió con lo dispuesto por la fracción I del artículo 121 constitucional es precisamente lo contrario, que se dé entera fe y crédito a los actos celebrados en cualquier estado del país.”

Aunque coincidimos plenamente en la necesidad de eliminar los efectos perniciosos de la limitación temporal de los poderes en el estado de Jalisco, disposición que en términos de *lege ferenda* ya hemos manifestado que no nos merece ningún respeto, nos parece que la decisión sienta un precedente sumamente peligroso por los siguientes motivos:

- a) Pasa por alto lo establecido en el artículo 40 de la Constitución que establece que los Estados de la Unión “serán libres y soberanos en lo concerniente a su régimen interior” por lo que dicha interpretación del artículo 121 Constitucional genera una antinomia constitucional que habría de resolverse después jurisprudencialmente.
- b) Pasa por alto que al regular los alcances de un acto en su propio territorio, el Estado no está invadiendo el territorio ajeno sino preservando en el propio su ámbito normativo, ya que de lo contrario su régimen interior se podría ver constantemente invadido.
- c) De ser correctos los efectos de dicha invalidación constitucional, los estados estarían impedidos de establecer reglas bilaterales en sus regímenes conflictuales dando entrada a cualquier clase de, actos, que siendo permisibles en otro lado, violentarían totalmente su sistema jurídico propio Si leemos con cuidado el propio artículo 121.
- d) Observaremos, que en un principio se establece la obligación de dar entera fe y crédito a los actos públicos celebrados en otro estado, y en el caso que nos ocupa nunca se negó la autenticidad. Más adelante en las fracciones IV y V del propio numeral se establece, además, la obligatoriedad de dar efectos a los actos de otros Estados en materia de títulos profesionales y actos de estado civil, pero no obliga a conceder dicha obligatoriedad a los efectos de otro tipo de actos públicos, es más, en el caso de derechos reales y bienes inmuebles, la fracción III establece la obligatoriedad de que los actos se ajusten a los del Estado, del Código Civil.

A la segunda consideración:

Significativamente más agudo y preciso que el razonamiento anterior, resulta el argumento de que:

“Es preciso señalar que la exigencia controvertida, prevista por el legislador local, invade la facultad reservada al Congreso de la Unión, pues se legisló respecto a cómo probar los documentos públicos llevados a cabo en otra entidad federativa.”

Siendo que el artículo 121 Constitucional establece en la segunda oración de su primer párrafo:

“El Congreso de la Unión por medio de leyes generales, prescribirá la manera de probar dichos actos, registros y procedimientos, y el *efecto de ellos*, sujetándose a las bases siguientes:”

Cabe recalcar que además se apoyó en otro precedente ajeno al Estado.⁴ A dicho tenor debemos de argumentar dos cosas. Por una parte deberíamos de lanzar una pregunta al aire ¿El monopolio de una atribución legislativa por parte del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos prevalece aún en el caso de mora del mismo para emitir tales leyes? De contestar que sí estaríamos dejando a los estados sin capacidad de legislar que entra y que no en su ordenamiento jurídico siendo que para todo sistema jurídico es indispensable fijar sus límites haciendo nugatorio el artículo 40 Constitucional en cuanto establece la soberanía del régimen interior de los Estados.

⁴ Y además se apoyó en una tesis aislada de la primera sala que dice a la letra:

ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS FUERA DEL ESTADO DE MICHOACÁN. EL ARTÍCULO 20. DEL CÓDIGO CIVIL PARA ESE ESTADO QUE PREVÉ LA FORMA PARA QUE SURTAN EFECTOS EN ESA ENTIDAD, VIOLA EL ARTÍCULO 121 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

El Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al interpretar lo dispuesto en el artículo 121 de la Ley Fundamental, advirtió que se reserva al Congreso de la Unión la facultad de expedir las leyes generales que prescriben la manera de probar los actos públicos, registros y procedimientos y el efecto de ellos, para unificar el valor o fe y crédito que merecen, lo que se traduce en que los Estados miembros de la Federación carecen de la facultad de legislar sobre esta materia. En congruencia con lo anterior, debe decirse que el artículo 2o. del Código Civil para el Estado de Michoacán, al establecer que los actos y contratos verificados fuera de ese Estado, para producir efectos en el territorio de éste, se regirán por las disposiciones del propio código, viola el precepto constitucional mencionado. Ello es así, porque si bien la norma textualmente contiene un aspecto limitativo a su propio territorio, lo cierto es que el mismo precepto se refiere a una conducta ajena, es decir, a los requisitos que deben cumplir los actos realizados en otra entidad federativa para surtir efectos en Michoacán, por lo que sus consecuencias legales no se limitan a su territorio, esto es, aun cuando el citado artículo no niega la fe y crédito que se debe dar a los documentos públicos provenientes de otra entidad federativa, sí los condiciona a que cumplan con los requisitos establecidos en el propio código, por lo que con tal prevención, el órgano legislativo del mencionado Estado ejerció una facultad reservada al Congreso de la Unión, al legislar en relación con la forma de probar los actos y contratos celebrados de otra entidad federativa.

Amparo en revisión 6669/80. Inmobiliaria Sicartsa, S.A. 4 de octubre de 2000. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretaria: Guadalupe Robles Denetro.

Localización: [TA] ; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XIII, Mayo de 2001; Pág. 276. 1a. XXIV/2001.

Por la otra parte cabría observar, que en caso de que hubiera una invasión a la federación, la norma estatal debería de dejarse de aplicar para dar paso a la norma federal, y la norma establecida por el Congreso de la Unión en el artículo 13 fracción V del Código Civil Federal es para todos los efectos la misma norma, la *Lex loci executionis*:

V.- Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar en donde deban ejecutarse, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

Lo cual comportaría que tras la aplicación de análisis operativo de las normas de conflicto en juego se llegara a la conclusión que ambas en realidad imponen la *lex loci executionis* y por lo tanto, se tuviera sin efectos la invasión constitucional, puesto que si bien hay una posible invasión de facultades normativas, al final de cuentas la norma aplicada es operativamente la misma.

Consideramos que el pernicioso es el artículo 2207 del Código Civil para el Estado de Jalisco, no la norma conflictual. Del mismo modo consideramos que la sentencia del juez natural, sostenida por la Sala de apelación, tampoco es la más justa. Sin embargo, no podemos atacar la validez de una norma conflictual por el hecho de que nos guíe a una norma material incorrecta. Eso sería tanto como cuestionar la calidad de un auto de lujo último modelo por el hecho de que un conductor ebrio lo lleve al despeñadero.

SEGUNDA. La segunda tesis que comentaremos dice a la letra:

PODER GENERAL JUDICIAL O SU EQUIVALENTE, EMITIDO FUERA DEL ESTADO DE JALISCO. PARA EJERCERLO EN UN PROCEDIMIENTO MERCANTIL EN ESTA ENTIDAD, ES INNECESARIO ATENDER A LAS RESTRICCIONES PREVISTAS POR LOS ARTÍCULOS 2207 Y 2214 DEL CÓDIGO CIVIL ESTATAL.

Este órgano jurisdiccional federal, en la tesis III.2o.C.170 C, de rubro:

“APODERADO GENERAL JUDICIAL. AL COMPARECER A JUICIO, ADEMÁS DE ACREDITAR SU REPRESENTACIÓN, DEBE ADJUNTAR COPIA CERTIFICADA DE LA CÉDULA PROFESIONAL QUE

DEMUESTRE QUE TIENE TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 90 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y 2207 DEL CÓDIGO CIVIL, AMBOS DEL ESTADO DE JALISCO)”, que aparece publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de 2009, página 1480, sustentó criterio en el sentido de que de una interpretación del artículo 2207 del Código Civil para el Estado de Jalisco, se advierte que a fin de acreditar la personalidad de quien comparece como representante de una persona moral, en términos del artículo 90 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco, los poderes generales judiciales sólo podrán otorgarse a personas que tengan título de abogado o licenciado en derecho y en caso de que no se tenga tal carácter, el apoderado deberá asesorarse necesariamente por profesionales del derecho, quienes deberán suscribir y actuar conjuntamente con aquél, en todos los trámites judiciales. Ahora bien, conforme a los artículos 2207 y 2214 del Código Civil del Estado de Jalisco, el otorgamiento de los poderes generales judiciales, se limita a personas que tengan el título de abogado, licenciado en derecho o, en su defecto, el apoderado que no reúna el requisito, necesariamente deberá actuar con un profesional del derecho, suscribiendo en forma conjunta todos los trámites judiciales y ningún poder tendrá una duración mayor a cinco años. *Sin embargo, esas restricciones son inaplicables en un procedimiento de naturaleza mercantil, en que se pretenda ejercer dicha clase de poder o su equivalente, conferido en otra entidad federativa (distinta a Jalisco), cuya legislación no contemple esas limitantes; ello, porque el artículo 2o. del Código de Comercio contempla como norma supletoria en materia sustantiva al Código Civil Federal, cuyos artículos correlativos 2554 y 2587 no disponen que el otorgamiento de un poder general para pleitos y cobranzas, necesariamente deba recaer en un profesionista en derecho, o que quien no lo sea, actúe conjuntamente asesorado de uno; ni tampoco se prevé que los poderes no tengan eficacia mayor a cinco años. Máxime que al tenor del artículo 121 de la Constitución de la República, las entidades federativas darán entera fe y crédito a los actos públicos, registros y procedimientos judiciales de todas las otras; y la fracción I de dicho precepto constitucional,*

debe interpretarse en el sentido de que las normas de un Estado, no pueden ser obligatorias fuera de éste; aunado a que conforme al artículo 13, fracción I, del Código Civil Federal, los actos jurídicos originados conforme a las leyes de cualquier entidad federativa, no pueden ser cuestionados por las normas que rigen en otro Estado de la República Mexicana y cualquier controversia entre leyes de diversos Estados se regularán conforme al Código Civil Federal. Asimismo, las fracciones IV y V del citado artículo 13 revelan que opera el principio de derecho locus regit actum, según el cual, el derecho aplicable a la forma de los actos jurídicos es el del lugar donde éstos se realizan; empero, podrán sujetarse a las formas prescritas en dicho Código Civil Federal, cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal (como es el procedimiento mercantil) y, únicamente bajo la salvedad de lo anterior, sus efectos jurídicos se regirán por el derecho de donde se ejecuten, a menos de que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho. Sin que sea óbice a lo anterior que el artículo 15, fracción II, del Código Civil del Estado de Jalisco señale que los actos celebrados fuera del Estado, para surtir efectos dentro de éste, deben cumplir con la legislación local; habida cuenta que es una disposición que sólo rige a normas estatales no así para las federales, pues el numeral 2o. del código local indica: “Las disposiciones de este código serán ley supletoria de toda la legislación estatal. ...”

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL TERCER CIRCUITO. Amparo en revisión 48/2011. J. Jesús García Gentil y otra. 25 de marzo de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: José Guadalupe Hernández Torres. Secretario: Alberto Carrillo Ruvalcaba.⁵

Del estudio del engrose podemos colegir que el apoderado de la actora en un juicio ejecutivo mercantil ante el Juzgado Segundo de lo Mercantil del Primer Partido Judicial, vio impugnada su personalidad por parte de los demandados al no hacerse representar por un abogado, lo cual es una disposición para los poderes judiciales en el Estado de Jalisco, y además

⁵ Localización: [TA] ; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Agosto de 2011; Pág. 1396. III.2o.C.194 C.

el arriba estudiado consistente en el vencimiento del término de vigencia de cinco años para los poderes también establecido en el Código Civil del Estado de Jalisco.

El incidente de falta de personalidad fue desestimado por lo que la demanda interpuso recurso de apelación del que conoció la Quinta Sala del Supremo Tribunal del Estado de Jalisco, demanda de garantías de la que conoció el Juez Quinto de Distrito Civil y recurso de revisión que conoció el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, sucesivamente sin obtener éxito en ninguno de ellos. Cabe señalar que ya en amparo, la demandada después quejosa alegó como conceptos de violación: a) La falta de acreditación del apoderado de la actora de su carácter de abogado y b) La inaplicación de la Ley del Lugar de conformidad con el artículo 13, fracción V, del Código Civil Federal. Ya no argumentó más la vigencia temporal de los poderes en la legislación del Estado de Jalisco.

Es que el Código Federal, en aplicación supletoria del Derecho Mercantil, en el Estado de Jalisco, sí es la Ley del Lugar.

En este caso consideramos que la determinación del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Tercer Circuito, es sumamente atinada ya que circunscribe, utilizando un mecanismo constitucional de reserva de facultades la regulación de los actos mercantiles al orden federal dejando, con esta tesis de sabor estatutario, fuera del alcance de la muy perniciosa limitación de vigencia del Código Civil los poderes emitidos por sociedades mercantiles.

Sin embargo ya en el engrose, se esgrimen argumentos obiter dicta con los que no necesariamente estamos de acuerdo.

- i) Acogiéndose a la fracción IV del artículo 13 del Código Civil Federal. Se menciona que se vuelven imperativos los poderes de un Estado en el otro en función del principio *locus regit actum* cuando dicho principio sólo es aplicable a cuestiones de forma o formación y no de ejecución.
- ii) Se esgrime la tesis anteriormente estudiada emitida por parte del Quinto Tribunal Colegiado del Tercer circuito cuyas críticas en obvio de repeticiones dejaremos de transcribir.
- iii) Se habla de la autonomía de la voluntad traducida en el Derecho de las partes para elegir el Derecho aplicable y la transcripción de la legislación del Distrito Federal en el Poder. El argumento es

fascinante pero pasa por alto el hecho de que estaríamos hablando por un lado de disposiciones de orden público y por el otro de que la elección de derecho aplicable a un acto jurídico sólo puede afectar a las partes y nunca a terceros.

- iv) Entera fe y crédito no implican más que el que no se dude de la autenticidad. No se puede inferir que del reconocimiento de autenticidad los alcances jurídicos de un acto sean incuestionables por el ordenamiento jurídico del otro.
- v) Se obvia en cambio que mediante una correcta aplicación del principio *lex loci executivis* se solucionaría también la cuestión, habida cuenta de que en materia mercantil el derecho aplicable en el Estado de Jalisco es el Derecho Mercantil y supletoriamente el Derecho Civil Federal y no el Derecho Local del Estado de Jalisco, dicha interpretación ahorraría mucho el efecto disrruptor de las aseveraciones *obiter dicta* establecidas a lo largo de la sentencia.

IV. Conclusiones

1. La judicatura ha hecho bien en utilizar los elementos disponibles para evitar que la limitación temporal de poderes ejerza un efecto disrruptor en el tráfico jurídico interestatal. Pero lo ha hecho de una manera que genera más problemas que beneficios.
2. La norma inicua es la limitación temporal de poderes, no el sistema conflictual establecido en el ordenamiento jurídico mexicano.
3. Mientras que en los Estados Unidos Mexicanos tengamos cada Estado con su propio sistema jurídico, urge una Ley reglamentaria del artículo 121 Constitucional, para así dejar asentado un sistema conflictual claro para todos.

Cláusula de rescisión administrativa en los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos a la luz del derecho constitucional-internacional de inversión

Miguel Ángel Marmolejo Cervantes*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Análisis de las disposiciones constitucionales reformadas, así como de los artículos 20, 21 y 25 de la Ley de Hidrocarburos*. III. *Conclusión preliminar*. IV. *Bibliografía*.

I. Introducción

El objeto del presente artículo es ofrecer la síntesis de una investigación más profunda y detallada contenida en la obra intitulada *La (no) arbitrabilidad de la “rescisión administrativa” en los contratos de hidrocarburos a la luz de la óptica constitucional-internacional de inversión*. En ésta se elaboró un análisis sobre la constitucionalidad y la convencionalidad de la (no) arbitrabilidad de la rescisión administrativa en dichos contratos, contemplada en los artículos 20 y 21 de la Ley de Hidrocarburos. Ello a la luz de las visiones interpretativas del Poder Judicial de la Federación en México y de los árbitros internacionales, así como del derecho administrativo global, considerando las posibles áreas de oportunidad que se derivan de las reformas constitucionales, para determinar si el Estado mexicano es coherente y consistente en el cumplimiento de sus obligaciones internas así como las de carácter internacional.

En lo particular, se estima que la posible rescisión administrativa de los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos, en sus distintas modalidades, constituye una facultad excesiva a cargo del Estado mexicano.

* Corredor Público número 11 del Estado de Aguascalientes, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT), adscrito al cuerpo de investigadores del EGADE Business School del Tecnológico de Monterrey (ITESM).

Así, por un lado, se envía el mensaje de la gran apertura del sector energético a los inversionistas particulares, nacionales y extranjeros, y por el otro, se incorporan restricciones de control estatal excesivo, de origen temeroso.

Es importante tener presente que la rescisión administrativa en México es una facultad del Estado, un acto de autoridad con fundamento en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 54 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y 61 de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas, por ser una decisión unilateral, que extingue por sí o ante sí, una relación contractual en la que es parte un particular, afectando su esfera jurídica, la cual se decreta por un órgano integrante de la estructura orgánica de la entidad contratante, sin acudir a los tribunales judiciales o administrativos y sin el consenso de la voluntad del afectado.¹

Ahora bien, el estudio de dicha *restricción* para efectos de los hidrocarburos, no puede seguir los lineamientos establecidos en el caso PEMEX vs COMMISA, puesto que son incompatibles a la luz del nuevo paradigma energético constitucional.

Recientemente, en la Offshore Technology Conference 2015, se plantearon diversas preocupaciones sobre los eventuales alcances y efectos perniciosos de la figura legal de la rescisión administrativa. A mi juicio, su incorporación en la Ley de Hidrocarburos fue sorpresiva pues no cuenta con un fundamento constitucional sólido y suficiente, y es claramente contraria a las disposiciones de nivel mínimo de trato a la inversión extranjera, contenidas en los tratados internacionales en materia de inversión.

Dentro de los argumentos que sostienen estas afirmaciones sobre la rescisión administrativa, se encuentran los siguientes:

1. *No cuenta con fundamento constitucional*, por lo que puede considerarse como una facultad expropriatoria, con efectos de nacionalización en

¹ Época: Décima Época, Registro: 2003747, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3, Materia(s): Común, Tesis: VI.3o.A.4A (10a.), Página: 2103. Rubro: "RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD, SUSCEPTIBLE DE SER IMPUGNADO EN LAS VÍAS LEGALES CORRESPONDIENTES, ATENDIENDO AL TIPO DE AUTORIDAD QUE LA EMITE (FEDERAL, ESTATAL O MUNICIPAL) Y LEGISLACIÓN APLICABLE".

términos del derecho internacional de la inversión. Si bien es cierto que el Estado mexicano debe contar con controles para llevar a buen puerto los contratos de exploración y extracción de hidrocarburos, debe sujetarse a lo expresamente permitido por la Constitución. Por muy justificable que sea el motivo, no es válido ejercer una facultad que la Constitución no otorga, sino que en todo caso deben utilizarse controles alternativos. Hoy por hoy no es posible ignorar el derecho internacional de la inversión, e incorporar en la ley facultades expropiatorias consideradas nacionalizadoras per se, o bien medidas equivalentes a éstas.

2. *Viola los derechos humanos de debido acceso al arbitraje y los que derivan de los estándares de trato mínimo a los inversionistas extranjeros.* La ponderación de los artículos 1, 17 y 89 constitucionales, y los estándares apuntados, contenidos en los capítulos de inversión de los tratados de libre comercio y los acuerdos de promoción y protección recíproca de inversiones, lleva a concluir válidamente que la justicia arbitral es un derecho humano de los inversionistas extranjeros, que debe prevalecer a su favor en virtud del principio pro homine y de la jerarquía normativa.
3. *Es contraria a la naturaleza eminentemente mercantil del contrato de hidrocarburos,* que no constituye un contrato administrativo por lo que no le es aplicable la regulación respectiva. El sistema jurídico mexicano no permite crear híbridos contractual es que desnaturalizan la relación de coordinación a la que se sujetan las partes. Si bien el orden público en la materia de hidrocarburos podría justificar la rescisión administrativa, ello representaría una vulneración al derecho humano relativo al principio de autonomía de la voluntad de las partes, es decir, a la libertad contractual. Además, no sería pertinente adoptar una postura absolutista al interpretar el orden público en aras de la seguridad energética, pues ello incluso desincentiva la inversión.
4. *Los recursos financieros en las actividades de exploración y extracción ya no son del estado mexicano, en principio,* sino que ahora son los propios inversionistas particulares, nacionales y extranjeros, quienes arriesgan su capital, en su mayoría bursátil, en actividades con alto riesgo de pérdida. Así, las finanzas públicas no se ponen en riesgo bajo el modelo establecido en la reforma constitucional en materia energética, pero sí los recursos de los inversionistas privados por lo que la balanza de la justicia se debería inclinar a favor de ellos. Es cierto que la

contraprestación en los contratos de exploración y extracción supone ingresos del Estado (government take), pero éstos se encuentran supeditados y condicionados a la existencia de hidrocarburos en el área respectiva y no serían posibles sin el riesgo tomado inicialmente por la iniciativa privada, en su caso.

Cabe aclarar que en las revisiones de constitucionalidad de las *consultas populares* bajo los rubros 01/2014 y 3/2014² sobre la reforma energética en comento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad por tratarse de una materia vedada por la Constitución. Sin embargo, en la discusión de fondo, se argumentó que los ingresos del Estado deben conceptualizarse como la obtención del ingreso de forma directa o indirecta, mediata o inmediata, como puede ser su obtención, origen, destino, aplicación, administración o distribución de los ingresos y gastos del Estado, afortunadamente más adelante en la discusión, decidieron no definirlo tan ampliamente, sino de manera restringida; lo que permite confirmar que el tema de la rescisión administrativa no se fundamenta por el orden público que deriva de los ingresos del Estado.

5. *La defensa y preservación de la seguridad energética nacional radica justamente en que se realicen con certidumbre las actividades de exploración y extracción de hidrocarburos on-shore y offshore en el territorio mexicano*, para obtenerlos, procesarlos y comercializarlos. La interpretación del orden público en la materia de los hidrocarburos no puede implicar la no arbitrabilidad o restricción alguna para procedimientos de arbitraje en la materia. En todo caso, se podría aceptar que la Ronda Cero fuera inarbitrable por la participación exclusiva de la empresa productiva del Estado, pero los contratos derivados de la Ronda Uno y subsecuentes, con la participación de particulares, deberían ser totalmente arbitrables, incluyendo la rescisión administrativa.

Ahora bien, un factor muy importante en la interpretación de un acuerdo arbitral y la ejecución del laudo, constituye la *lex arbitri* de la sede pactada. Conforme a los contratos modelo de exploración y extracción de

² https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/30102014PO.pdf, consultado el 12 de noviembre de 2015.

hidrocarburos que se han hecho públicos, ésta es la ciudad de La Haya en el Reino de los Países Bajos. Esto activa y hace aplicables las disposiciones legales relativas al arbitraje, contenidas en el Código de Procedimientos Civiles Holandés y, con ello, la competencia de los jueces holandeses, en plena libertad de interpretar con criterios propios los argumentos citados.

Por otro lado, hay poderosas razones detrás de la (no) arbitrabilidad de la rescisión administrativa, tal y como la armonización de los intereses de los inversionistas, lo cual, es extremadamente complejo, particularmente en el mundo de la justicia arbitral internacional, donde convergen matices legales tanto de índole pública como privada, y se deben equilibrar el recto y justo ejercicio del poder público del Estado para la protección de los intereses colectivos, y el respeto de los intereses legítimos del inversionista privado.

Esta complejidad se agrava por la desvinculación y la abierta contradicción entre el nuevo sistema constitucional en materia energética y el sistema internacional contenido en tratados de libre comercio y de inversión suscritos con las principales potencias mundiales energéticas. Por lo tanto, es trascendental asumir que la reforma energética aún no está terminada pues no guarda coherencia con el espíritu de apertura a la inversión extranjera contenido en los tratados internacionales de referencia, y esta incompatibilidad posiblemente generará conflictos que terminen en criterios discordantes, en el mejor de los casos, e indemnizaciones en el peor de éstos.

Consecuentemente, es recomendable tomar medidas preventivas a fin de alinear ambos universos jurídicos, tales como:

- Elaborar un convenio modelo de inversión energética, tomando en consideración el modelo de los Estados Unidos de América, que considere los alcances del orden público en los términos constitucionales correspondientes o tomar los criterios de la Carta Internacional de la Energía la cual reconoce el reto global planteado por el trilema entre la seguridad energética, el desarrollo económico y la protección ambiental, y los esfuerzos de todos los países para lograr un desarrollo sustentable ³.

³ https://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/IEC_EN.pdf, disponible el 11 de septiembre de 2015.

- De no ser posible lo anterior, en términos de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, proceder a actualizar los tratados internacionales de inversión, incluyendo los de libre comercio con capitulado en esa materia, a fin de contar con una interpretación armónica y que se respeten los principios de política exterior establecidos en el artículo 89 Constitucional.

II. Análisis de las disposiciones constitucionales reformadas, así como de los artículos 20, 21 y 25 de la Ley de Hidrocarburos

En primer plano, es importante plantear una breve síntesis de los puntos medulares de la reforma energética, por virtud de la cual fueron reformados los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, así como también se dio la creación de nueve leyes y la reforma de doce leyes reglamentarias a dichos artículos. Dentro de las leyes secundarias expedidas en razón de ésta reforma, se encuentra la Ley de Hidrocarburos materia de estudio del presente artículo.

ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES	ASPECTOS MÁS DESTACADOS
Artículo 25	Se reformula párrafo IV, VI y VIII. Se establecen las empresas productivas del Estado. Exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, se llevará a cabo en términos de lo dispuesto en los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 constitucional
Artículo 27	Se reformula párrafo VI y se agrega un párrafo VII. El Estado puede celebrar contratos con particulares (de acuerdo a como la ley determine que puedan participar). Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, en el subsuelo, <i>la propiedad de la Nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones.</i> Con el propósito de obtener ingresos para

ARTÍCULOS CONSTITUCIONALES	ASPECTOS MÁS DESTACADOS
	<p>el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la Nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y <i>extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares</i>, en los términos de la Ley Reglamentaria.</p>
Artículo 28	<p>Se reforma párrafo IV y VI y se adiciona párrafo VIII. El Estado contará con un fideicomiso público denominado Fondo Mexicano del Petróleo para la Estabilización y el Desarrollo, y tendrá por objeto, administrar y distribuir los ingresos derivados de las asignaciones y contratos a que se refiere el párrafo séptimo del artículo 27 de esta Constitución, con excepción de los impuestos. El Poder Ejecutivo contará con los órganos reguladores coordinados en materia energética, denominados Comisión Nacional de Hidrocarburos y Comisión Reguladora de Energía, en los términos que determine la ley ⁴.</p>

En este sentido, es en el propio artículo 27 Constitucional donde se apertura la inversión extranjera para que contribuya con el desarrollo de largo plazo de la Nación, a través de las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante asignaciones a empresas productivas del Estado o contratos con éstas o con particulares, en los términos de la Ley de Hidrocarburos.

⁴ Véase, Zenteno Barrios Javier, “Nuevos Principios e Instituciones”; y De la Peña, Marco Antonio, “Transformación de Pemex”, en IDC Asesor Jurídico y Fiscal, *Claves de las reformas estructurales*, México, noviembre de 2014.

Cabe destacar que esta reforma constitucional cuenta con veintiún artículos transitorios, los cuales resaltan el grado de detalle y precisión operativa contenida en dichos artículos y como bien lo señala el Dr. Carbonell en su artículo periodístico intitulado la “Constitución Transitoria”⁵ este esquema carece de técnica legislativa, particularmente la reforma que se estudia, lo cual podría generar interpretaciones discordantes verbigracia falta de seguridad y certeza jurídica. De igual forma, el Dr. Diego Valadés⁶, reconocido investigador, jurista y constitucionalista, quien ha sido director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM realiza una crítica férrea al respecto, al indicar que las disposiciones transitorias tienen, como su nombre indica, una eficacia perentoria, su objeto se agota en el tiempo. Continúa citando que en México no se habían utilizado los transitorios como técnica de engaño y de ocultamiento, como se hace en el caso de la reforma, puesto que de los 21 transitorios, 11 contienen disposiciones permanentes que deberían formar parte del cuerpo constitucional, de las 6,900 palabras que lo componen, 6,000 corresponden a los transitorios, en los cuales se otorgan al presidente facultades extraordinarias para legislar y termina con la siguiente conclusión, desfigurar la Constitución tiene un costo que no es previsible pero que habrá que pagar.

En lo que nos ocupa, los artículos transitorios Octavo y Noveno son complementarios al artículo 27 Constitucional, al reconocer el carácter estratégico de la materia energética como asuntos de *interés social y orden público* así como ciertos requisitos de transparencia, auditorías externas y divulgación que deben contener los contratos de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, sin mención alguna a la (no) arbitrabilidad de la rescisión administrativa y/o limitaciones al esquema arbitral en los contratos de referencia, análisis que se realizará más adelante, sin embargo se perdió la oportunidad de que a nivel constitucional se determinará simple, clara y llanamente si la materia en comento es arbitrable o no, de igual forma, la factibilidad de limitar los acuerdos arbitrales, tal y como su ley reglamentaria así lo establece, dejándose este análisis para una interpretación posterior a cargo del Poder Judicial de la Federación.

⁵ Carbonell, Miguel, “La Constitución Transitoria”, consultado el 2 de abril de 2015, en: http://www.miguelcarbonell.com/articulos_periodicos/La_Constituci_n_transitoria.shtml

⁶ Eliezer Morales Aragón y Juan José Dávalos López (coords.), *Reforma para el Saqueo, Foro Petróleo y Nación*, Ediciones Proceso, mayo de 2015, pp. 28-29.

Lo que genera inseguridad y falta de certeza jurídica es si del contenido expreso de los artículos transitorios, se tiene por agotada la casuística del contenido que regula a detalle o bien si de las omisiones propias del contenido que legisla, lo no dispuesto en dicha casuística, se tiene por no contemplado y por lo tanto la ley reglamentaria no lo puede desarrollar (*subsananar*) posteriormente por ya haberlo desarrollado o no el legislador en los artículos transitorios de referencia, existiría pues una falta de sustento constitucional, sea por exceso o por defecto; es aquí donde se analizará posteriormente si al no haberse contemplado la rescisión administrativa en dichos artículos transitorios, puede válidamente concluirse que al no haberse expresamente prohibido su arbitrabilidad como un tema de interés social y de orden público, luego entonces es permitido, porque de haberlo querido limitar así el legislador, sería congruente la limitación o simplemente es una casuística enunciativa más no limitativa, pero si se abarcó el tema exhaustivamente sin mencionar lo contrario, me parece que la laguna aún subsiste, como interpretarse la omisión casuística dentro de la casuística misma.

De hecho lo anterior se sustenta en el contenido del artículo cuarto⁷ transitorio al establecer la obligación del Congreso de la Unión de realizar las adecuaciones necesarias al marco jurídico a fin de hacer efectivas las disposiciones de la reforma energética, *entre ellas*, regular las modalidades de contratación, que deberán ser, *entre otras* de servicios, de utilidad o producción compartida o de licencia. Termina dicha disposición señalando que el Estado definirá el modelo contractual que mejor convenga para maximizar los ingresos de la Nación.

El manejo de las frases "*entre ellas*" y "*entre otras*" es un mecanismo que conoce el legislador para hacer constar las diversas alternativas disponibles de regulación en las leyes secundarias y se presentan de una manera enunciativa más no limitativa. Consecuentemente el Legislador al

⁷Cuarto. Dentro de los ciento veinte días naturales siguientes a la entrada en vigor del presente Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones que resulten necesarias al marco jurídico, a fin de hacer efectivas las disposiciones del presente Decreto, entre ellas, regular las modalidades de contratación, que deberán ser, entre otras: de servicios, de utilidad o producción compartida, o de licencia, para llevar a cabo, por cuenta de la Nación, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, incluyendo las que puedan realizar las empresas productivas del Estado con particulares, en términos de lo dispuesto por el artículo 27 de esta Constitución...

omitir dichas frases en los transitorios Octavo y Noveno representa que su voluntad y espíritu legislativo fue el de limitarlo exclusivamente a los temas que ahí se contienen, por lo tanto lo no previsto, como es el caso de la rescisión administrativa, no es un tema contemplado y al no haberse considerado, no podría ser materia de regulación reglamentaria.

Dichos artículos transitorios establecen:

Transitorio Octavo. Derivado de su carácter estratégico, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los demás hidrocarburos, así como el servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, a que se refiere el presente Decreto se considerarán de interés social y orden público, por lo que tendrán preferencia sobre cualquier otra que implique el aprovechamiento de la superficie y del subsuelo de los terrenos afectados a aquéllas.

Transitorio Noveno. Dentro del plazo previsto en el transitorio cuarto del presente Decreto, el Congreso de la Unión realizará las adecuaciones al marco jurídico, a fin de establecer que los contratos y las asignaciones que el Estado suscriba con empresas productivas del Estado o con particulares para llevar a cabo, por cuenta de la Nación, las actividades de exploración y extracción del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, serán otorgados a través de mecanismos que garanticen la máxima transparencia, por lo que se preverá que las bases y reglas de los procedimientos que se instauren al efecto, serán debidamente difundidas y públicamente consultables. Asimismo, la ley preverá y regulará:

- a) Que los contratos cuenten con cláusulas de transparencia, que posibiliten que cualquier interesado los pueda consultar;*
- b) Un sistema de auditorías externas para supervisar la efectiva recuperación, en su caso, de los costos incurridos y demás contabilidad involucrada en la operación de los contratos, y*
- c) La divulgación de las contraprestaciones, contribuciones y pagos previstos en los contratos.*

No obstante lo anterior, es igualmente aceptable la interpretación en el sentido de que el artículo Cuarto transitorio es amplio al contemplar

genéricamente todas aquellas adecuaciones que resulten necesarias al marco jurídico a fin de hacer efectivas las disposiciones de la reforma energética y la rescisión administrativa junto con la limitaciones al arbitraje, son adecuaciones que resultan necesarias para la adaptación del nuevo marco contractual, sin embargo no fueron materia del texto y contenido de la reforma, ni siquiera fueron temas abordados, excederían del objeto de las modificaciones constitucionales, por tanto inconstitucionales.

No olvidar que el sector estaba completamente cerrado a la inversión extranjera, además esta modificación constitucional mayor, al no existir antes y ahora permitírsele, debió abarcar todas las figuras jurídicas necesarias para su operatividad, en nuestro caso la rescisión administrativa y las limitaciones al arbitraje, máxime si se considera que es la razón primordial de haber redactado su contenido tan pormenorizadamente dentro del sistema de artículos transitorios, por ello se sostiene que el mismo genera falta de seguridad y certeza jurídica, porque si se legisla una nueva figura o institución jurídica no existente previamente en la Constitución, pero no con todas sus aristas e implicaciones o simplemente de manera deficiente, *¿Qué alcance tiene lo que realmente se legislo? ¿Cómo escudriñar la verdadera intención del legislador?*, es decir si la rescisión administrativa y demás limitaciones al arbitraje constituyen elementos implícitos necesarios derivados de la naturaleza de la nueva figura o institución jurídica que regula la disposición constitucional y que por lo tanto son válidamente desarrollables en su respectiva ley reglamentaria (ley de hidrocarburos) o bien una grave laguna jurídica que genera la imposibilidad de ser regulada reglamentariamente, ahí está el dilema constitucional de la omisión.

Continuando con el análisis, los contratos de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, se encuentran regulados en la nueva ley reglamentaria de los artículos 25, 27 y 28 constitucionales, denominada Ley de Hidrocarburos.

El artículo 20 de la citada Ley, hace mención a la rescisión administrativa para los contratos de exploración y extracción petrolera, así como las causas por las cuales la autoridad puede hacerlas valer:

Artículo 20.- El Ejecutivo Federal, a través de la Comisión Nacional de Hidrocarburos, podrá rescindir administrativamente los Contratos para la Exploración y Extracción y recuperar el Área Contractual únicamente cuando se presente alguna de las siguientes causas graves:
(...)

Asimismo la disposición respecto al arbitraje y que de igual manera representa materia de estudio, se encuentra prevista en el artículo 21 de la mencionada ley, estableciendo lo siguiente:

Artículo 21.- Tratándose de controversias referidas a los Contratos para la Exploración y Extracción, con excepción de lo mencionado en el artículo anterior, se podrán prever mecanismos alternativos para su solución, incluyendo acuerdos arbitrales en términos de lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio y los tratados internacionales en materia de arbitraje y solución de controversias de los que México sea parte. La Comisión Nacional de Hidrocarburos y los Contratistas no se someterán, en ningún caso, a leyes extranjeras. El procedimiento arbitral en todo caso, se ajustará a lo siguiente:

- I. Las leyes aplicables serán las leyes federales mexicanas;*
- II. Se realizará en idioma español, y*
- III. El laudo será dictado en estricto derecho y será obligatorio y firme para ambas partes.”*

Las citadas disposiciones legales disponen que los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos puedan ser rescindidos por la autoridad de forma administrativa siempre y cuando se actualicen las causas graves que ahí se establecen. Por otro lado, podrán contar con cláusulas arbitrales, sin embargo es inarbitrable la rescisión administrativa y en relación a las demás controversias contractuales que se susciten entre las partes, serán materia de un procedimiento arbitral limitado, estableciéndose la expresa prohibición de sometimiento a leyes extranjeras, a idioma extranjero y a la emisión de un laudo en equidad.

Sin ser materia del presente estudio, las causas graves contempladas en el artículo 20 de la ley de hidrocarburos, existe un gran margen de discrecionalidad por parte de la autoridad en cuanto a su adjudicación, por tanto a la luz del criterio de constitucionalidad y convencionalidad, las excepciones tales como “sin causa justificada”, “sin autorización previa”, “incompleta” “culpa <inexcusable>” (Causa imputable a mi parte) son conceptos sin contenido, sin lineamientos objetivos que permitan estrechar la discrecionalidad de la autoridad al momento de aplicarla, esto sin duda representará fuente y materia de arbitraje de inversión y de control-revisión

ante un panel arbitral.

Además prevé la posibilidad de pactar más causales de rescisión sin embargo, esto resulta ilógico, porque es al ser un acto de autoridad (el cual no es pactable) debe venir previamente contemplado en la ley los supuestos en que debe darse.

Es importante señalar que el artículo 21 de la ley en comento no señala nada en relación a la sede y/o el lugar del arbitraje, esto es muy relevante puesto que hace aplicable el derecho arbitral, como bien lo señala el Dr. Francisco González de Cossío⁸ al manifestar que los efectos jurídicos de la designación de la sede del arbitraje son:

1. Se hace aplicable el derecho arbitral: y
2. Se fija la jurisdicción de los tribunales que serán competentes para la asistencia del arbitraje y para la nulidad del laudo.

Y termina citando, que por tanto la sede del arbitraje es un vínculo jurídico, no fáctico, la designación de una sede no implica que el procedimiento tenga que ser seguido en dicho lugar, entendiéndose por ello la realización de las audiencias o reuniones con la partes.

En el mismo sentido, los Doctores Rodolfo Cruz Miramontes y Óscar Cruz Barney⁹ establecen que los elementos básicos del acuerdo o compromiso arbitral son, entre otros, la sede del arbitraje, por ello las partes deben ponerse de acuerdo en las reglas que han de ser aplicadas para su substanciación. Si no lo hacen, los árbitros tendrán la capacidad de apoyarse en las reglas que estimen pertinentes, para lo cual se acude a las *lex fori*, es decir, las del lugar de la sede del arbitraje, razón más para seleccionar la más pertinente al caso en concreto.

Por otro lado, cabe resaltar que la fundamentación y motivación de la rescisión administrativa que se menciona, debe contemplar el análisis íntegro de las disposiciones constitucionales, incluyendo las propias de los tratados de inversión, para el caso de la inversión extranjera, por efectos del principio de jerarquía constitucional establecido en el artículo 133 Constitucional, consecuentemente los extranjeros podrán hacer propios, en los arbitrajes limitados, los estándares de nivel de trato contemplados en

⁸ González de Cossío, Francisco, *Arbitraje*, México, Editorial Porrúa, 2008, p. 263.

⁹ Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2004, pp. 39, 46-47.

su tratado de inversión, aplicándose el derecho internacional de inversión y no el extranjero, que para efectos prácticos sería lo mismo, puesto que el derecho internacional es la base fundamental de las figuras e instituciones jurídicas del derecho extranjero, piénsese por ejemplo en el sistema de indemnización y/o compensación derivado por daños y perjuicios de los países con sistema *common law* o del derecho comunitario y se apreciará *prima facie* que su regulación es bastante análoga al sistema del derecho internacional de inversión, lo anterior por derivarse de la costumbre internacional consistente en que los daños generados son materia de compensación y/o restitución al estado en que se encontraban las cosas incluyendo las expectativas generadas de futuras implicaciones económicas.

En realidad no es necesario ir tan lejos, aquí en México es ya una realidad el sistema amplio de compensación, basta con analizar la reciente resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre daño moral¹⁰ en donde en el comunicado que sintetiza la decisión, señala:

En la sentencia del Ministro Arturo Zaldívar se estableció asimismo, que las indemnizaciones deben ser “justas”, por lo que el monto que se fije como compensación debe ser suficiente para resarcir el daño sufrido por las víctimas.

Además, debe cumplir con un fin de retribución social, es decir, el monto de la compensación debe reflejar la desaprobación hacia las conductas ilícitas, así como intentar disuadirlas. La Primera Sala señaló también los elementos que deberán ser valorados prudencialmente por el juez para alcanzar la debida compensación del daño moral, entre otros, el tipo de derecho o interés lesionado, la gravedad del daño causado, así como la capacidad económica y el grado de negligencia de la responsable. En el caso se demostró la grave afectación a los sentimientos, afectos e integridad psíquica de los actores, ante la pérdida de su único hijo, y la alta capacidad económica y negligencia de la empresa demandada.

¹⁰ Comunicado No. 030/2014 emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 26 de Febrero de 2014 intitulado: PRIMERA SALA DE LA SCJN CONDENA A HOTEL A PAGAR 30 MILLONES DE PESOS POR DAÑO MORAL, consultado el 4 de abril de 2015, en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=2799>

Es exactamente el mismo espíritu compensatorio el que encontramos en los Tratados Internacionales de Inversión suscritos por México y aprobados por el Senado de la República, de hecho, en el capítulo segundo se analizarán los estándares de nivel de trato comunes contemplados en los Tratados de Inversión, pero por lo pronto, lo importante es afirmar que el acceso a la justicia arbitral constituye una garantía de protección del derecho humano al trato justo y equitativo, como al de debido proceso y al de libertad contractual, finalmente los mismos se encuentran íntimamente relacionados con la obligación de respetarle al inversionista su derecho humano a la propiedad¹¹ (*la indemnización no es un derecho humano, sino una garantía de protección del derecho humano a la propiedad privada*).

De la misma manera, la Ley de Hidrocarburos, dentro de su artículo 25, establece que los actos relacionados o relativos al procedimiento de licitación y adjudicación de los contratos para la exploración y extracción de hidrocarburos serán considerados de orden público e interés social, lo que no implica que los contratos sean considerados administrativos, se transcribe:

Artículo 25.- Contra las resoluciones mediante las cuales se asigne al ganador o se declare desierto el proceso de licitación de Contratos para la Exploración y Extracción, únicamente procederá el juicio de amparo indirecto... Los actos relacionados con el procedimiento de licitación y adjudicación de Contratos para la Exploración y Extracción se consideran de orden público e interés social.

Para realizar una interpretación efectiva de los artículos anteriores, es indispensable tener en cuenta el contexto del proceso legislativo de los

¹¹ Época: Décima Época, Registro: 2007058, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 9, Agosto de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCLXXXVIII/2014 (10a.), Página: 529. EXPROPIACIÓN. LA CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA Y LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA SON GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 27, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 21.2 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS). En la parte conducente, se establece a la letra: “Es decir, la causa de utilidad pública y la indemnización no son derechos humanos sino garantías de protección del derecho humano a la propiedad privada, frente al interés de expropiación por parte del Estado”.

mismos, es decir, el proceso de creación de dichos artículos, tal y como lo es la exposición de motivos y las discusiones legislativas, lo cual se realiza de manera sintetizada, a continuación.

Dentro de las discusiones generadas en el Congreso se desprenden distintas posturas en relación a los artículos comentados, como por ejemplo en una las discusiones de la reforma a la misma Ley de Hidrocarburos, Laynez Potisek, deja clara su propuesta de un régimen de rescisión administrativa, con la que el Estado pueda rescindir unilateralmente el contrato:

*“(...) Estamos proponiendo un régimen especial en las iniciativas, pero sí se recoge la figura de rescisión administrativa, conforme a la cual y con hipótesis muy establecidas en la iniciativa el Estado puede rescindir administrativamente sin requerir la voluntad del contratista que podrá defenderse, pero finalmente la autoridad interviene y rescinde administrativamente (...)”.*¹²

Por otro lado, la senadora Dolores Padierna, expresó su consternación, por el hecho de que las mencionadas rescisiones administrativas pudieran ser combatidas mediante un procedimiento de arbitraje internacional, invocando tratados de inversión, lo cual para ella implica un futuro problema para México, como lo ha sido para otros países de América Latina.

*“(...) Que si bien en el artículo 20 de la Ley de Hidrocarburos se dice que habrá un procedimiento para la rescisión administrativa de contratos en el 21 que es al que me quiero referir, estas rescisiones podrán ser combatidas por los contratistas en el arbitraje internacional, y los arbitrajes del inversionista pueden ser, los tiene que llevar un Estado, bajo los tratados de libre comercio o los tratados de protección de inversión, estos son los tratados de controversias a los cuales se enfrentará México.
(...) La experiencia de muchos estados nacionales en este tipo de*

¹² Versión estenográfica de la reunión de trabajo de las Comisiones Unidas de Presupuesto y Cuenta Pública y de Energía, llevada a cabo el lunes 23 de junio de 2014; Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, LXII Legislatura, obtenido de: <http://cronica.diputados.gob.mx/Ve23jun2014.html>; consultado en fecha 27/02/15

*arbitrajes no ha sido buena, (...) está el ejemplo de Chevron en el gobierno de Ecuador, (...) el caso de Bolivia en los años noventa (...)"*¹³

La misma consternación es compartida por la diputada Loretta Ortiz Ahlf:

Éste es el escenario que nosotros vemos que se va a empezar a cumplir en México. Que todos los pleitos internacionales se van a traer a las Cortes internacionales y esto va a provocar un desequilibrio fuerte al interior de nuestro país.

(...)

Los mecanismos que se establecen en los tratados internacionales. Díganse Tratado de Libre Comercio de América del Norte, los acuerdos comerciales europeos y también los acuerdos de inversión establecen un trato discriminatorio entre nacionales y extranjeros.

(...)

Ellos no tienen que acudir a los tribunales nacionales, acuden a los mecanismos de los tratados internacionales y no se aplica el derecho nacional, se aplica el derecho internacional y el derecho extranjero.

(...)

Ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció en jurisprudencia, en 1999 y en 2003 que por debajo de la Constitución están los tratados internacionales. Es decir, están por encima de las leyes federales y obviamente por encima de cualquier contrato.

El tema de jerarquía constitucional de los Tratados de Inversión es destacado con maestría y de manera simple por parte de la Dra. Loretta Ortiz Ahlf, postura que se comparte y se fortalece a lo largo del cuerpo de la investigación de referencia.

¹³ Sesión extraordinaria de la H. Cámara de Senadores, celebrada el viernes 18 de julio de 2014, consultado el 20 de abril de 2015, disponible en: http://www.senado.gob.mx/comisiones/estudios_legislativos1/docs/relevantes/RLME_7-2.pdf.

III. Conclusión preliminar

Representaría una señal positiva al público inversionista, si la Comisión Nacional de Hidrocarburos decidiera omitir en el contrato petrolero respectivo, el pacto que incorpora la facultad de la rescisión administrativa, ya que los árbitros estarían en libertad, con base al principio de la autonomía de voluntad de las partes, llámese también libertad contractual, a desestimar dicha facultad a pesar de estar regulada en la ley de hidrocarburos, en virtud de que las partes así lo determinaron; consecuentemente los árbitros podrían decidir en base a los criterios pro-arbitrales multicitados, atento a los efectos y alcances del pacto arbitral, porque la rescisión administrativa no es un principio general del derecho reconocido por la comunidad internacional, constituye una teoría desconocida por el derecho internacional y no sería materia de pacto en el contrato petrolero.¹⁴

IV. Bibliografía

Morales Aragón Eliezer y Dávalos López Juan José (coords.), *Reforma para el Saqueo, Foro Petróleo y Nación*, Ediciones Proceso, Mayo de 2015.

Cruz Miramontes, Rodolfo y Cruz Barney, Óscar, *El arbitraje. Los diversos mecanismos de solución de controversias: análisis y práctica en México*, México, Editorial Porrúa, UNAM, 2004.

¹⁴ Al respecto remitirse el artículo intitulado *International Arbitration of Petroleum Disputes: The development of a Lex Petrolea* de R. Doak Bishop, pp. 33-34. Consultado el 23 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.kslaw.com/library/pdf/00000001.pdf>. En lo particular, se cita: “*It was also decided that administrative contracts are not sufficiently, widely and firmly recognized in the leading legal systems of the world to constitute them as a general principle of law, and therefore, they did not come within the concession’s governing law clause applying principles common to Libyan law and international law*”. De igual forma se manifiesta: “*The arbitrators concluded that the theory of administrative contracts could not justify a nationalization. First, the theory is unknown in international law, and therefore, it is not a principle of law common to Libyan and international law and does not come within the governing law clause of the contract. Second, in French administrative law, the power of the government to take measures to change a contract is provided for, at least tacitly, by the contracting parties, while nationalization is not a power provided for by the contract*”.

González de Cossío, Francisco, Arbitraje, México, Editorial Porrúa, 2008.

Hemerografía:

Carbonell, Miguel, “La Constitución Transitoria”, consultado el 2 de abril de 2015, en: http://www.miguelcarbonell.com/articulos_periodicos/La_Constituci_n_transitoria.shtm Comunicado No. 030/2014 emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el día 26 de Febrero de 2014 intitulado: PRIMERA SALA DE LA SCJN CONDENA A HOTEL A PAGAR 30 MILLONES DE PESOS POR DAÑO MORAL, consultado el 04 de abril de 2015, en: <http://www2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=2799>

R. Doak Bishop, International Arbitration of Petroleum Disputes: The development of a Lex Petrolea, consultado el 23 de agosto de 2015, disponible en: <http://www.kslaw.com/library/pdf/00000001.pdf>

Zenteno Barrios, Javier, “Nuevos Principios e Instituciones”, en IDC Asesor Jurídico y Fiscal, Claves de las reformas estructurales, México, noviembre de 2014.

Fuentes:

Carta Internacional de Energía: <http://www.energycharter.org/process/international-energy-charter-2015/>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Época: Décima Época, Registro: 2003747, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3, Materia(s): Común, Tesis: VI.3o.A.4 A (10a.), Página: 2103. Rubro: “RESCISIÓN ADMINISTRATIVA DE CONTRATOS DE OBRAS PÚBLICAS Y SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS MISMAS, DECRETADA POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. CONSTITUYE UN ACTO DE AUTORIDAD,

SUSCEPTIBLE DE SER IMPUGNADO EN LAS VÍAS LEGALES CORRESPONDIENTES, ATENDIENDO AL TIPO DE AUTORIDAD QUE LA EMITE (FEDERAL, ESTATAL O MUNICIPAL) Y LEGISLACIÓN APLICABLE”.

Época: Décima Época, Registro: 2007058, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 9, Agosto de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional, Tesis: 1a. CCLXXXVIII/2014 (10a.), Página: 529. Rubro: EXPROPIACIÓN. LA CAUSA DE UTILIDAD PÚBLICA Y LA INDEMNIZACIÓN RELATIVA SON GARANTÍAS DE PROTECCIÓN DEL DERECHO DE PROPIEDAD (INTERPRETACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 27, PÁRRAFO SEGUNDO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y 21.2 DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS).

Iniciativa de Ley de Hidrocarburos, Ley de Inversión Extranjera; Ley Minera y Ley de Asociaciones público privadas: <http://cdn.reformaenergetica.gob.mx/1-ley-de-hidrocarburos.pdf>

Ley de Hidrocarburos.

Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas.

Sesión extraordinaria de la H. Cámara de Senadores, celebrada el viernes 18 de julio de 2014, consultado el 20 de abril de 2015, disponible en: http://www.senadogob.mx/comisiones/estudios_legislativos1/docs/relevantes/RLME_7-2.pdf.

Versión estenográfica de la reunión de trabajo de las Comisiones Unidas de Presupuesto y Cuenta Pública y de Energía, llevada a cabo el lunes 23 de junio de 2014; Cámara de Diputados del Honorable Congreso de la Unión, LXII Legislatura, disponible en: <http://cronica.diputados.gob.mx/Ve23jun2014.html>

Versión estenográfica sobre las consultas populares, consultado el 12 de noviembre de 2015, disponible en: https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/30102014PO.pdf



Segunda parte

**Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado
Mexicano**

Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado Mexicano

SUMARIO: I. *DISPOSICIONES GENERALES*. II. *DERECHOS DE LA PERSONALIDAD*. 1. *Nombre de la persona*. 2. *Emancipación*. III. *PROTECCIÓN DE MENORES*. 1. *Filiación*. 2. *Legitimación y reconocimiento*. 3. *Adopción de menores*. 4. *Tutela, curatela e instituciones de protección de los incapaces*. 5. *Manutención y alimentos*. 6. *Integración del menor a su familia*. IV. *DERECHOS DE FAMILIA*. 1. *Disposiciones generales*. 2. *Estado civil*. 3. *Matrimonio*: a) *Esponsales*. b) *Matrimonio*. c) *Matrimonio mediante apoderado*. d) *Relaciones personales entre los cónyuges*. e) *Matrimonio consular*. f) *Reconocimiento del matrimonio extranjero*. 4. *Régimen patrimonial y económico del matrimonio*. 5. *Concubinato y otras formas de convivencia*. 6. *Divorcio o separación*. 7. *Nulidad del matrimonio*. 8. *Donaciones*. V. *BIENES Y DERECHOS REALES*. 1. *Bienes inmuebles*. 2. *Derechos reales sobre bienes muebles*: a) *Derechos reales sobre bienes muebles corporales*. b) *Bienes muebles incorporales*. VI. *SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE*; 1. *Disposiciones generales*. 2. *Obligaciones de las autoridades mexicanas*. 3. *Deudas hereditarias*. 4. *Testamento extranjero*. 5. *Testamento consular*. 6. *Testamento militar o del combatiente*; 7. *Testamento marítimo u otorgado en aeronave*. VII. *OBLIGACIONES*. 1. *Derecho aplicable a los contratos*. 2. *Obligaciones extracontractuales*. VIII. *OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y EXTRA CONTRACTUALES*. IX. *RELACIONES LABORALES*. X. *TÍTULOS DE CRÉDITO*. XI. *ACTIVIDAD PROCESAL*. 1. *Ordenamiento aplicable al proceso*. 2. *Competencia de las autoridades mexicanas*. 3. *Reconocimiento de la competencia asumida por las autoridades extranjeras*. 4. *Procedimiento*: a) *Medios preparatorios a juicio en el extranjero*. b) *Notificaciones y emplazamientos*. c) *Ejercicio profesional*. d) *Igualdad de trato*. e) *Obligación*

de demandar. 5. Cooperación internacional: a) Exhortos o cartas rogatorias internacionales. b) Medios especiales de cooperación. 6. Reconocimiento de laudos, resoluciones y sentencias extranjeras. XII. MODIFICACIÓN A LA LEY DEL SERVICIO EXTERIOR.

I. DISPOSICIONES GENERALES

Art. 1. Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en el territorio de la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes. No obstante, se aplicará el orden jurídico extranjero cuando así lo admita esta Ley, alguna otra ley de aplicación supletoria o los tratados o convenciones de que México sea Estado-parte¹.

Art. 2. Esta Ley se aplicará en todo asunto, negocio o situación iniciado o constituido fuera de México o vinculado con algún orden jurídico extranjero; establece el ámbito competencial de las autoridades mexicanas, por encima de lo que prescriban otras leyes de fuente interna; señala criterios para la determinación del derecho aplicable y regula el reconocimiento de las sentencias y actos extranjeros. Los códigos civil federal, federal de procedimientos civiles y de comercio correspondientes, se tendrán como supletorios de esta Ley.

Art. 3. En la interpretación de esta Ley el juez deberá tomar en cuenta las siguientes pautas:

- a) Cuando se trate de una disposición extranjera, su significado deberá hacerse conforme al orden jurídico a que pertenece dicha disposición.
- b) Cuando se trate de un testamento, su interpretación será siempre a favor de la validez del mismo.
- c) Cuando se trate de contratos o convenios que involucren dos o más ordenes jurídicos, el significado deberá hacerse, salvo lo establecido

¹ Se deroga el art. 12 del Código Civil Federal.

en el orden jurídico que los regule, conforme a la autonomía de las partes, así como sus prácticas.

- d) Cuando una disposición extranjera sea designada para regular un supuesto normativo, se decidirá conforme a los métodos o técnicas seguidos en el orden jurídico a que pertenece. De no ser este el caso, se decidirá la conexión con la cual la situación presenta vínculos más estrechos.
- e) La ley o disposición extranjera se aplicará según sus propios criterios o reglas de interpretación y de aplicación en el tiempo.
- f) En cualquier caso, deberá decidirse a favor del interés superior y los derechos del menor.
- g) En todo caso, deberá decidirse de manera tal que se haga posible la armonización de los órdenes jurídicos en presencia.

Art. 4. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas²:

- a) Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado extranjero conforme a su orden jurídico, serán reconocidas.
- b) El estado, la capacidad y la sucesión por causa de muerte de las personas físicas, se rige por el orden jurídico del lugar de su residencia.
- c) La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, se regirán por el orden jurídico del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros.
- d) Los bienes muebles se regirán por el orden jurídico del lugar de su registro, a falta de éste, por el orden jurídico del lugar donde se encuentren.
- e) La forma de los actos jurídicos y de los contratos se regirá por el orden jurídico del lugar en que se celebren, el del lugar donde tengan su residencia los contratantes, y si no fuera común, conforme al orden jurídico con la que el acto o el contrato tengan los mayores vínculos. Siempre se preferirá la ley que favorezca reconocimiento y validez del acto y contrato.
- f) Salvo lo previsto en las fracciones anteriores u otras disposiciones de esta ley, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el orden jurídico del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran elegido regirse por otro orden jurídico, y

² Se deroga el art. 13 del Código Civil Federal.

- g) Si se trata de contratos de mercancías o servicios, el orden jurídico será el de la residencia del consumidor.

Art. 5. En la aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente³:

- a) Se procederá como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez o autoridad competente, se allegará oficiosamente la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho orden jurídico, sin perjuicio de que las partes o interesados puedan coadyuvar alegando la existencia y contenido del derecho extranjero invocado.
- b) Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance legal del derecho extranjero, el tribunal podrá valerse de informes oficiales, pudiendo solicitarlos al Servicio Exterior Mexicano, sin perjuicio de poder ordenar o admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes⁴.
- c) Se aplicará el derecho sustantivo extranjero, salvo que las normas conflictuales de ese orden jurídico hagan aplicables las normas sustantivas mexicanas o las sustantivas de un tercer Estado.
- d) No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el orden jurídico mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera designada por la norma de conflicto, si existen instituciones o procedimientos análogos.
- e) Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el orden jurídico que regule a esta última.
- f) Cuando diversos aspectos de una misma relación o situación jurídica estén regulados por diversos órdenes jurídicos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

³ Se deroga el art. 14 del Código Civil Federal. Se modifica el art. 1125, tercer párrafo del Código Civil Federal para quedar como sigue: “respetando el artículo 121 constitucional en lo conducente se tomará en cuenta lo previsto en esta ley tratándose de problema de tráfico jurídico entre los órdenes de las entidades federativas.”

⁴ Se deroga el art. 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Art. 6. A pesar de lo prescrito en las disposiciones anteriores, no se aplicará el derecho extranjero⁵:

- a) Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del orden jurídico mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y
- b) Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano. No obstante, podrá reconocerse el efecto atenuado del orden público, en la medida en que produzca el reconocimiento de derechos sobre alimentos o sucesiones.

Art. 7. Cuando la remisión se haga a un orden jurídico extranjero plurilegislativo se procederá de la siguiente forma:

- a) Si el orden jurídico designado por la norma de conflicto corresponde a un Estado en el que coexistan más de un orden jurídico, el orden designado se determinará según los criterios utilizados por ese Estado.
- b) Si tales criterios no pueden ser individualizados, se aplicará el orden normativo con el cual el caso concreto presente el vínculo más estrecho.

Art. 8. Para todos los efectos de esta Ley deberá tomarse en cuenta las siguientes disposiciones:

- a) Para el reconocimiento de los actos o de instituciones jurídicas extranjeras no se tomará en cuenta su denominación, sino la función que desempeñan y los fines que persigue.
- b) Toda disposición de cualquier ley de alguna entidad federativa que designe aplicable al Código Civil Federal o al Código Federal de Procedimientos Civiles, deberá entenderse que dicha designación será hecha a esta Ley de Derecho Internacional Privado cuando se trate de un problema de tráfico jurídico internacional.
- c) Por orden jurídico designado, se entenderá el orden jurídico que una norma de conflicto ha designado para regir el supuesto normativo.
- d) Por ley de la residencia, se entenderá el orden jurídico que rige en el lugar donde se encuentra el domicilio o residencia habitual de una persona sin que importe su legal estancia.
- e) Por residencia de las personas, tratándose de los efectos del estado civil, capacidad, sucesiones y derechos de familia, se entenderá, el

⁵ Se deroga el art. 15 del Código Civil Federal.

- lugar en el que la persona ha residido al menos seis meses continuos.
- f) Por domicilio común se entenderá aquél en el que la pareja convive realmente o de consuno, sin que importe que convivan con otras personas.
 - g) Por residencia habitual deberá entenderse el lugar donde se encuentre el centro de vida de actividades de la familia o del menor.
 - h) Por domicilio conyugal o de uniones de hecho se entiende el lugar común donde la pareja conviva al menos seis meses continuos.

Art. 9. Salvo lo previsto en el derecho convencional internacional, el menor de edad que hubiese sido sustraído o retenido ilícitamente del lugar de su residencia habitual no adquiere residencia en el lugar donde permanezca sustraído o a donde fuese trasladado ilícitamente.

Art. 10. Tratándose de un litigio internacional, las dependencias de la Federación y de las entidades federativas, incluidas las municipales, estarán sujetas a las disposiciones especiales previstas en esta Ley.

II. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Art. 11. La existencia y el contenido de los derechos de la personalidad se rigen por la ley de la residencia de la persona. Sin embargo, los derechos que derivan de una relación familiar se rigen por el orden jurídico designado por esta Ley para regir esta relación.

Las consecuencias por la violación de los derechos de la personalidad se rigen por el orden jurídico que esta Ley prevé para regir la responsabilidad por hechos ilícitos.

No se reconocerá ningún derecho que pugne contra los derechos humanos, en los términos establecidos en los convenios internacionales signados por México, ni aquellos que pugnen directamente con los derechos humanos prescritos por la Constitución General del país.

Las resoluciones extranjeras relacionadas con el derecho de la personalidad serán reconocidas siempre y cuando no sean manifiestamente contrarias al orden público. No se requiere para el reconocimiento, de procedimiento judicial especial.

Art. 12. En cualquier caso judicial o administrativo en el que se involucren derechos de un menor de edad las autoridades deberán tomar en cuenta el interés superior del menor. En forma ejemplificativa y no limitativa se presume el mejor interés de un menor en los siguientes casos:

- a) Permanecer al lado de sus padres, de los que no debe ser separado, salvo que la ley disponga otra cosa.
- b) Reconocer su dignidad humana.
- c) La defensa del mismo frente a toda otra persona.
- d) No ser discriminado.
- e) Ser alimentado y educado.
- f) Ser inscrito tan luego como nazca.
- g) Poseer una identidad y una familia.
- h) Conocer a sus padres y mantener relaciones con cada uno.
- i) Tomar en cuenta su opinión en casos legales en los que se encuentren involucrados, según su madurez.
- j) Todos aquellos derechos que impliquen protección física y mental al menor, así como los previstos en los tratados y convenios internacionales de los que México es Estado-parte.

1. Nombre de la persona

Art. 13. El derecho al nombre se rige por el orden jurídico del lugar de la residencia de la persona de que se trata, al tiempo de su otorgamiento. Su cambio, se rige por el orden jurídico de la residencia al momento del cambio.

En el caso de la persona que obtuvo su nombre en el extranjero y adquiriera residencia en México, podrá cambiarlo cuando el sonido o pronunciación se corresponda con alguna palabra que en español, o algún lenguaje o dialecto que se hable en México, pueda ser impronunciable en el español o estimado como ofensivo o degradante. Cuando se haga el cambio, el juez que lo autorice, deberá informarle al cónsul del país donde nació la persona y al del lugar donde tuvo anteriormente su residencia la persona interesada, para que en su caso, se dé el aviso a las autoridades correspondientes.

El mexicano que obtuvo su nombre en el extranjero y resida en México, podrá cambiarlo, si este se encuentra en idioma extranjero.

El orden de los apellidos a utilizar en será: primero el del padre seguido por el de la madre, salvo los casos en que la ley permita un cambio. Será voluntario para la mujer casada tomar el apellido de su marido o continuar utilizándolo, aun cuando se divorcie o se anule el matrimonio.

El nombre o título nobiliario adquirido por una persona en el extranjero

no se reconocerá en México ni producirá efecto jurídico alguno.

2. Emancipación

Art. 14. La capacidad del emancipado y los efectos de la emancipación se regulan conforme al orden jurídico de la residencia del emancipado al momento de la emancipación. La capacidad de la persona emancipada en el extranjero será reconocida en México, siempre y cuando esté apegada al orden jurídico bajo el cual se otorgó, no vulnere el orden público o no se hubiese obtenido con fraude a la ley.

III. PROTECCIÓN DE MENORES

1. Filiación

Art. 15. La constitución de la filiación biológica, ya sea por los propios padres, por vientre subrogado o por inseminación artificial, su existencia y derecho a impugnarla, se rigen por el orden jurídico del lugar del nacimiento del niño. Esta misma norma rige los supuestos para el desconocimiento del estado de hijo.

La inseminación, los actos preparatorios, los contratos de vientre subrogado y los que se sigan hasta el nacimiento, se rigen por el orden jurídico de la residencia de la madre biológica.

Si el niño hubiese nacido en un lugar diverso al de la residencia de la madre o representante legal se aplicará el de este último.

Las relaciones filiales y patrimoniales padres-hijo se rigen por el orden jurídico del domicilio conyugal y si éste no existe, por el de la residencia habitual del hijo o el del lugar de su nacimiento; tomando siempre en cuenta lo más favorable al hijo, salvo en lo que se refiera a relaciones propias de los derechos reales, que seguirán el orden jurídico que les corresponde.

La residencia de los incapaces será la de sus representantes legales, excepto en el caso de abandono por el representante.

2. Legitimación y reconocimiento

Art. 16. La legitimación por matrimonio subsecuente y el reconocimiento del hijo se rigen por el orden jurídico de residencia del hijo, por el del lugar

en que nació o por el de la residencia de cualquiera de los padres. Se aplicará el más favorable al hijo.

El reconocimiento del hijo ya fallecido no atribuye derechos en su sucesión a quien lo reconoce.

Cuando en el orden jurídico extranjero designado como aplicable a la legitimación y reconocimiento se hagan distinciones entre hijos legítimos y no legítimos, el orden jurídico aplicable será la que regule a los legítimos o la más favorable a los hijos.

La capacidad de la persona que hace el reconocimiento de hijo así como la forma de otorgar el reconocimiento se rige por el orden jurídico de la residencia del que reconoce, de la residencia del hijo o la del lugar del reconocimiento, debiendo aplicarse el que sea más favorable al hijo.

Los efectos que rigen la filiación se regulan por el orden jurídico del lugar de la residencia del hijo.

Tratándose de filiación por adopción o de los niños nacidos por maternidad subrogada deben ser reconocidos y legitimados conforme a la ley del lugar de origen de los menores. En estos casos, sus padres adoptantes o subrogados, adquieren los deberes de padres biológicos.

Art. 17. La patria potestad, el derecho a reclamarla, la suspensión de la misma, la custodia, la tutela y la curatela, se rigen por el orden jurídico del lugar de la residencia del hijo o la de su nacimiento, debiendo aplicarse el que fuere más favorable.

3. Adopción de menores

Art. 18. El derecho aplicable a la adopción se ajustará a las siguientes disposiciones:

- a) La capacidad del adoptante o adoptantes y requisitos para adoptar se rigen por el orden jurídico de la residencia de cada uno al momento de la adopción. Los requisitos de edad del adoptante y del adoptado, así como la diferencia de edades entre uno y otro, se rigen por el orden del lugar de la adopción.
- b) El consentimiento del cónyuge del adoptante se rige por el orden jurídico de residencia del adoptante.
- c) La anulación de la adopción se rige por el orden jurídico del lugar de su otorgamiento.
- d) Los requisitos de estado civil y edad del adoptante se rigen por el

- orden jurídico de la residencia del adoptante.
- e) La capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado se rigen por el orden jurídico de residencia habitual del menor.
 - f) Las relaciones personales y patrimoniales entre adoptante y adoptado se rigen por el orden jurídico de la residencia del adoptado al momento de presentar la demanda. El mismo orden rige las relaciones entre adoptado y la familia del adoptante. Si el adoptado cambiase de residencia, el orden designado será el de este lugar a partir del cambio.
 - g) La publicidad de la adopción se rige por el orden jurídico del lugar del registro.
 - h) Si existiesen requisitos manifiestamente inferiores en el orden jurídico del adoptante, se aplicará, a juicio del juez, el del adoptado.

Art. 19. El certificado de idoneidad que acredite a una persona como adoptante, deberá contener, como mínimo, los siguientes datos:

- a) Si los sujetos futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar.
- b) Información sobre la identidad de los futuros padres adoptivos, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, económica, psicológica, de honestidad familiar y médica, su medio social, los motivos que les animan, su aptitud para asumir una adopción internacional y sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo.

4. Tutela, curatela e instituciones de protección de los incapaces

Art. 20. La tutela y la curatela y demás instituciones de protección a los incapaces se rigen por el orden jurídico de la residencia del incapaz o la de sus tutores o quienes los representen legalmente, debiendo aplicarse la que sea más beneficiosa al menor.

Las autoridades aplicarán sus propias normas materiales cuando se trate de adoptar las medidas urgentes y provisionales de protección respecto de los incapaces y con relación a sus bienes cuando estos se encuentren en él.

En este caso, se aplicará el orden jurídico de la residencia del menor, salvo en lo que se refiera a derechos reales.

La tutela testamentaria se califica en el mismo supuesto de la tutela en

general.

Art. 21. En el caso de menores e incapaces de nacionalidad extranjera respecto de los que se requiera designar un tutor o curador, el juez deberá informar al cónsul del país del menor o incapaz, así como a la Secretaría de Relaciones Exteriores. El juez podrá admitir sugerencias del cónsul y de la Secretaría de Relaciones Exteriores respecto de las personas que puedan asumir el cargo.

A ninguno de estos supuestos deberá dársele publicidad.

Art. 22. Toda autoridad está obligada a escuchar a un menor de edad, en cualquier procedimiento, judicial o administrativo que se relacione con sus derechos, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las disposiciones procedimentales.

Será escuchado personalmente el menor cuando tenga la madurez necesaria a juicio del juez o autoridad administrativa que así lo solicite, en presencia de psicólogo, trabajador social o representante del niño y sin la presencia de padres o tutores o cualquiera otro familiar.

5. Manutención y alimentos

Art. 23. Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y de deudor de alimentos, se regulan por aquel de los siguientes ordenamientos jurídicos que, a juicio de la autoridad competente, resulta más favorable al interés del acreedor:

- a) El ordenamiento jurídico de la residencia del acreedor.
- b) El ordenamiento jurídico de la residencia del deudor.

Art. 24. Los alimentos entre cónyuges, concubinos o parejas que vivan en uniones de hecho se rigen conforme al orden jurídico del último domicilio común de la pareja. Las cuestiones o supuestos indemnizatorios se rigen por el orden designado para regir la responsabilidad extracontractual.

Art. 25. Serán regidas por el derecho aplicable indicado en los dos artículos anteriores los supuestos 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.
- c) Las demás condiciones requeridas para el ejercicio del derecho de

alimentos.

Art. 26. Cuando el monto de la pensión a que fue condenado el deudor alimentario en el extranjero no pueda ser cubierto de inmediato por este, el juez deberá hacer el cálculo y ordenar el pago por la cantidad que considere, sin perjuicio de que más tarde se puedan cobrar las pensiones adeudadas a que originalmente fue condenado el deudor alimentario.

6. Integración del menor a su familia

Art. 27. Todo menor tiene el derecho de convivir con sus padres, derecho que no se pierde, aunque el padre y la madre se encuentren separados y residan en lugares diferentes.

Cuando haya ausencia del padre o la madre o no puedan ser localizados, las autoridades harán lo posible para hacer efectivo el derecho de convivencia. Las autoridades deberán ejecutar las medidas necesarias para que física y psicológicamente se logre la convivencia del hijo con sus padres.

El derecho de convivencia del menor deberá exigirse oficiosamente por los jueces y se estimará como interés superior del menor.

Independientemente del lugar en que se encuentren el padre o la madre, el menor tiene derecho a comunicarse con ambos, ya sea físicamente, por teléfono, correo o cualquier medio electrónico posible.

La pérdida de la patria potestad no termina con el derecho de convivencia, salvo que ello pugne con el interés superior del menor.

Art. 28. La custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, decidir sobre su lugar de residencia. Este derecho puede resultar por cualquiera de las siguientes fuentes:

- a) Una atribución establecida directamente en la ley.
- b) Una decisión judicial o administrativa.
- c) Un tratado o convenio internacional.
- d) El derecho de custodia podrá ser ejercido por una persona, una institución o cualquier otro organismo constituido para ese fin. El derecho de custodia, su constitución y las relaciones que de la misma deriven, se rige por el orden jurídico del lugar de la residencia del menor.
- e) Cuando la custodia está a cargo de una sola persona, el juez podrá decidir, en base al mejor interés del menor, el cambio del menor al lugar donde se encuentre otro de sus progenitores. Solo en

casos excepcionales, acorde al orden jurídico de la residencia del menor, podrá ser sustituido uno o ambos padres en el derecho de custodia.

Art. 29. Cuando los padres del menor se encuentren separados, el menor tendrá el derecho de visitar a aquel que carezca de la custodia efectiva del menor y por un tiempo razonable, que fijará el juez del lugar donde el menor reside habitualmente.

El derecho de visita a otro país solo podrá ser efectivo cuando el menor deba trasladarse a un Estado signante del Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional o de la Convención Interamericana sobre Restitución de Menores, o cualquier otro convenio internacional que en el futuro ratifique México, y que garanticen, en caso dado, la restitución del menor con el padre o la madre que ejerza la custodia efectiva del menor.

En estos casos, el juez fijará a cargo de quien correrán los gastos de desplazamiento, si es que no hubiese acuerdo entre los interesados.

No será necesario que el padre o madre a quien el hijo va a visitar constituyan una garantía, pero si deberán informar del lugar donde se alojará el menor, así como de cualquier cambio de ubicación de este último.

Art. 30. La retención ilícita de un menor se produce cuando la persona que tiene derecho a visitas y convivencias con el menor incumple en regresarle a su residencia habitual.

La sustracción o traslado ilícito de un menor se produce cuando es desplazado del lugar de su residencia habitual a otro lugar sin que importe la calidad de la persona que lo sustraiga.

En ambos casos, la persona que retiene, sustrae o traslada al menor perderá todo derecho de reclamar a su favor una mejor custodia sobre el menor. Ningún juez de lugar diferente al de la residencia del menor, a instancia de la persona que retiene o sustrae, podrá declarar a su favor el derecho de custodia, salvo que el derecho convencional internacional lo permita.

Tan luego como cualquier autoridad tenga conocimiento de una retención, sustracción o traslado ilícito de un menor deberá de informar de oficio al Ministerio Público, y suspender cualquier procedimiento que pretenda un cambio de custodia hasta en tanto se resuelva el de restitución.

La retención, sustracción y traslado será ilícito cuando se produzca con infracción de un derecho de custodia o visita atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o cualquier otro organismo,

siempre y cuando este derecho:

- a) Se ejercía de manera efectiva, separada o conjuntamente en el momento del traslado o retención; o bien
- b) Se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado, sustracción o retención.

Art. 31. Las solicitudes de restitución internacional de menores se registrarán por las siguientes disposiciones:

La restitución de menores procede con respecto a menores de 16 años que hayan tenido antes de la retención, sustracción o traslado ilícito, su residencia habitual en uno de los Estados parte del tratado o la Convención aplicable.

El juez tendrá la facultad de ordenar las medidas precautorias y de aseguramiento en cualquier momento a partir de la solicitud de la restitución del menor y antes de su resolución. Esto a fin de asegurar el bienestar del menor o prevenir que el menor sea nuevamente trasladado o retenido.

Los procedimientos de restitución de menores no resuelven sobre el fondo de la custodia del menor.

En los casos de retención, sustracción o traslado ilícito de un menor deberá procederse de inmediato a la restitución del mismo.

Art. 32. El juez podrá rechazar la solicitud de restitución de un menor hecha por una autoridad extranjera cuando la persona que se oponga a la restitución compruebe que:

- a) La persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o había consentido o posteriormente aceptado, el traslado o retención de dicho menor.
- b) Existe un riesgo grave si la restitución del menor lo expone, a criterio del juez, a un peligro grave físico, psíquico o de cualquier otra naturaleza que ponga al menor en una situación de peligro.

Asimismo, podrá negarse la restitución del menor cuando:

- a) El menor se opone a la restitución, si ya alcanzó una edad y un grado de madurez en que resulte apropiado tener en cuenta sus opiniones siempre y cuando el menor tenga cuando menos trece años de edad.
- b) La restitución del menor fuese en contra de los principios fundamentales reconocidos en México en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.
- c) Cuando la solicitud de restitución se hubiere presentado un año

después de ocurrido el traslado o la retención y se comprueba que el menor ha quedado integrado a su medio ambiente, siempre y cuando esta temporalidad haya sido obtenida con engaños por parte del sustractor.

Cuando el menor no se encuentra en territorio mexicano, el juez devolverá la solicitud anotando las razones de la búsqueda infructuosa del menor.

IV. DERECHOS DE FAMILIA

1. Disposiciones generales

Art. 33. La familia, sin importar la nacionalidad o residencia de sus miembros, debe ser protegida por las autoridades. Toda autoridad debe evitar cualquier forma de discriminación de los miembros o de la familia.

Las diferencias de trato que por razón de sexo pudiera establecer el orden jurídico extranjero, no serán reconocidas.

2. Estado civil

Art. 34. El estado civil de la persona física se regula conforme al orden jurídico del lugar de su residencia.

Art. 35. El estado civil constituido en el extranjero producirá efectos en México respecto a las relaciones personales que pueda generar.

Art. 36. Los mexicanos o extranjeros interesados podrán solicitar la inscripción de los actos del estado civil adquiridos en el extranjero en las oficinas del Registro Civil local, lo cual se hará. La copia de esta inscripción producirá efectos respecto de terceros. En cuanto a los actos del estado civil cuya constancia se hubiese elaborado a bordo de aeronaves, embarcaciones o en viaje por tierra, se estará a lo establecido en esta Ley.

Los actos del estado civil constituidos ante un cónsul mexicano en el extranjero se transcribirán en el libro correspondiente del Registro Civil.

3. Matrimonio

a) Esponsales

Art. 37. La obligación de celebrar un matrimonio no producirá efectos en México, pero si se estableció monto por los daños a pagar por el incumplimiento del convenio, estos nunca serán mayores al establecido en las leyes mexicanas.

Cualquier demanda judicial apoyada en convenios prematrimoniales en la que se reclame la obligación de celebrar un matrimonio, será rechazada de plano y sin recurso alguno.

b) Matrimonio

Art. 38. La capacidad, requisitos y condiciones para contraer un matrimonio se rigen por el orden jurídico del lugar de la residencia de cada contrayente al momento de contraer el matrimonio, sin que para ello importe el lugar en que se contraiga.

El matrimonio es un acto consensual y no admite que consientan en el mismo, persona o personas diferentes a los contrayentes aun cuando el orden jurídico que le fuere aplicable lo permitiere.

La edad para contraer matrimonio no será inferior a la establecida en el orden jurídico mexicano. Las formalidades habilitantes de la edad, como la conocida como “dispensa de la edad”, o la del consentimiento, conocida como “dispensa de consentimiento”, serán autorizadas por las autoridades designadas por el orden jurídico del lugar que rige a la capacidad del contrayente.

Se reconocerá la dispensa o formalidad habilitante que un cónsul mexicano otorgue en el extranjero.

Las relaciones personales del matrimonio se calificarán como un acto del estado civil de las personas.

Art. 39. La forma del matrimonio se regula por el orden jurídico del lugar de su celebración o el de la residencia de cualquiera de los contrayentes; la que sea más favorable al matrimonio. La forma y validez del matrimonio consular se rige por el orden jurídico del país que el cónsul representa.

La actividad y procedimientos meramente religiosos a que se recurra en el extranjero para celebrar un matrimonio religioso se calificará como parte de la forma de celebración del matrimonio.

Art. 40. La celebración del acto matrimonial se hará ante la autoridad competente de la residencia de al menos uno de los contrayentes. En los

matrimonios consulares será competente el cónsul de la adscripción en que resida al menos uno de los contrayentes.

Es competente para conocer de los efectos del matrimonio el tribunal de la residencia común de la pareja, o el de la residencia del cónyuge demandado. La competencia sobre alimentos, divorcio o nulidad de regulan en los términos que indica esta Ley.

c) Matrimonio mediante apoderado

Art. 41. Se podrá celebrar el matrimonio mediante apoderado cuando, al menos uno de los contrayentes tenga su residencia en México. El poder otorgado deberá ser especial otorgado por lo menos ante dos testigos identificados mediante documentos oficiales, debiendo ser identificada con toda precisión la persona con la que desea casarse. El otorgante deberá declarar bajo protesta que es soltero o soltera. El matrimonio sólo podrá celebrarse dentro de los siguientes 30 días a partir de la fecha del otorgamiento del poder. En este caso, el encargado del Registro Civil deberá asegurarse que cada contrayente expresó libre y plenamente su consentimiento en presencia de testigos, dato que debe quedar reflejado en el poder.

d) Relaciones personales entre los cónyuges

Art. 42. Las relaciones personales del matrimonio se rigen por el orden jurídico del lugar de la residencia de la pareja. Si no existiera domicilio común, rige el orden jurídico del último que tuvieron. Si nunca se constituyó una residencia, rige el de cada cónyuge al momento de contraerlo y que a juicio del juez sea el más significativo para regularlas.

La misma regla se aplicará a las parejas de concubinos, de hecho o que mantengan una vida en común en calidad de familia

Art. 43. Aunque los cónyuges han de vivir en un mismo lugar o domicilio común, los tribunales podrán eximir el cumplimiento de esta obligación, cuando uno de ellos traslade su domicilio o residencia a un país extranjero por razón de trabajo o estudio. Si cambió el lugar a uno extranjero, para los efectos de familia se tendrá como residencia legal el domicilio mexicano, lo anterior, por el primer año que deje territorio mexicano, salvo determinación del juez, en la que se reduzca ese plazo, siempre en favor de la familia.

e) Matrimonio consular

Art. 44. Se reconoce el matrimonio consular efectuado acorde a los tratados internacionales y los requisitos establecidos por las leyes que los regulen. En encargado del Registro Civil hará la transcripción del acta que el cónsul mexicano le envíe y producirá los mismos efectos que producen las actas de matrimonio.

f) Reconocimiento del matrimonio extranjero

Art. 45. No se reconocerá el matrimonio celebrado en el extranjero cuando mediaran impedimentos de parentesco colateral hasta el tercer grado; en la línea recta, en cualquier grado; cuando mediara adopción entre los pretendiente.

Tampoco se le reconocerán efectos a un matrimonio extranjero cuando vulnere el orden público mexicano o se hubiese contraído con fraude a la ley mexicana. No obstante, se reconocerán los efectos del orden público atenuado, principalmente en materia de alimentos, sucesiones y registro del nombre, entre otros.

Los efectos personales y patrimoniales de un matrimonio extranjero se reconocerán a partir del momento de su celebración y sólo tendrán efectos frente a terceros a partir de la fecha de su registro.

4. Régimen patrimonial y económico del matrimonio

Art. 46. El régimen económico y patrimonial del matrimonio, independientemente del lugar de su constitución, se califica como un asunto contractual.

En el matrimonio regido por un orden jurídico extranjero los contrayentes podrán optar porque se le aplique a los efectos el orden jurídico del lugar su residencia. En cualquier caso, los aspectos relacionados con los derechos reales se rigen por la ley que les sea aplicable⁶.

Art. 47. Las relaciones económicas patrimoniales del matrimonio se rigen:

- a) En cuanto a su forma, por la ley del lugar en que se celebren o la del lugar donde se pretenda produzcan efectos, la que sea más favorable.

⁶ Se deroga el art. 161 del Código Civil Federal.

En los casos de modificación o sustitución será la del lugar en que se celebró o en la del lugar en que se modifiquen o sustituyan, siempre y cuando puedan modificarse o sustituirse de acuerdo con la ley del lugar de su constitución.

- b) En cuanto a la capacidad para pactarlas, por el orden jurídico que rige a cada persona al momento de celebrarlas, modificarlas o sustituirlas.
- c) Las relaciones o derechos reales que se pudieran generar, se rigen por el orden jurídico del lugar de la ubicación.
- d) El régimen económico del matrimonio pactado en territorio mexicano se rige por el orden jurídico elegido por los contrayentes mientras no se oponga a los intereses legítimos de algún tercero o al orden jurídico que rige a los derechos reales. El orden jurídico elegido será el del lugar en el que al menos uno de los cónyuges tenga su residencia o posea bienes al momento del acuerdo, siempre y cuando ese convenio pueda ser reconocido por el orden jurídico de ese lugar.
- e) El régimen de las relaciones patrimoniales entre cónyuges regulado por una ley extranjera es oponible a terceros, sólo si estos han tenido conocimiento de tal régimen, o lo han ignorado por su culpa. Con relación a los derechos reales sobre bienes inmuebles, la oponibilidad está limitada a los casos en los cuales hayan sido respetadas las formas de publicidad prescritas por el orden jurídico del Estado donde se encuentran los bienes.

Art. 48. Los bienes que conforman el régimen económico de matrimonio se rigen por el orden jurídico que rige a este régimen, incluidos el momento a partir del cual tales bienes forman parte del régimen común y el momento hasta el cual han de incluirse los mismos.

Art. 49. Cuando en las capitulaciones del matrimonio no se hubiese pactado el régimen económico se estará a lo que establezca el orden jurídico que regula este régimen. Si en el orden designado para regular el régimen nada se establece, la autoridad mexicana resolverá acorde a los vínculos más estrechos para elegir el orden más conveniente.

La elección del orden jurídico local y de las autoridades locales solo se admitirá cuando exista residencia o se encuentren ahí los bienes a que se refiere el régimen económico.

Art. 50. El pacto o convenio patrimonial del matrimonio celebrado en el

extranjero conforme al orden jurídico que los regula, se reconocerá cuando no pugne con el orden público o se hubiesen pactado con fraude a la ley. Solo será posible su modificación cuando la mayoría de los bienes e intereses económicos se encuentre en México y, en cuanto a los bienes ubicados en el extranjero, estos se registrarán conforme al orden jurídico del lugar de su ubicación. No obstante, el juez podrá adoptar las medidas urgentes respecto de los bienes que se encuentren en el territorio nacional.

Art. 51. Los actos traslativos de dominio entre cónyuges se regulan conforme al orden jurídico que regula el régimen económico del matrimonio.

Art. 52. Las capitulaciones patrimoniales del matrimonio celebradas en el extranjero se inscribirán en la oficina del registro civil del domicilio común de la pareja. En el Registro Público de la Propiedad se inscribirán las capitulaciones relacionadas con bienes inmuebles ubicados en este lugar cuando en ellas se establezca una comunidad de bienes raíces o adquiera uno de ellos propiedad de bienes de esa clase por donación antenupcial o cualquier otro título.

Este registro se hará por medio del notario público previa protocolización de la documentación extranjera.

5. Concubinato y otras formas de convivencia

Art. 53. Las relaciones concubinarias que se constituyan en el extranjero y sean similares a las concubinarias reguladas por el orden jurídico mexicano, serán reconocidas, conforme al orden del lugar de su constitución, sin perjuicio de que se pueda cumplir con los requisitos que el orden jurídico mexicano establece. Disposición similar se adoptará respecto a las relaciones entre quienes hacen vida o convivencia y respecto a sus formas de terminación.

No obstante, no se reconocerá esa forma de convivencia, cuando una de las personas permanezca casada o se ofenda el orden público.

Las relaciones patrimonial entre concubinos y otras formas de convivencia, será la que libremente se pacte entre ellos. Si no existiese convenio el régimen será de separación de bienes.

6. Divorcio o separación

Art. 54. Las causales y requisitos para obtener el divorcio o la separación de cuerpos se rige por el orden jurídico del domicilio común de la pareja.

Si no existiera ese domicilio, se tomará en cuenta el último que tuvieron. Si nunca se constituyó, rige el del lugar donde se celebró el matrimonio. La capacidad para solicitar el divorcio se rige por el orden que le sea aplicable a cada cónyuge al momento de solicitarse.

Art. 55. Los efectos de la separación o del divorcio se rigen por el orden jurídico del lugar de la residencia de cada separado o divorciado, pero los impedimentos para volver a contraer matrimonio, se rigen por el orden que reguló la separación o el divorcio.

Las relaciones frente a los hijos y sus padres divorciados o separados, así como el nombre de casados o el registro del divorcio, se rigen por el orden jurídico que les sea aplicable.

Art. 56. Se admite la separación de cuerpos o el divorcio mediante apoderado cuando, al menos, uno de los contrayentes tiene en México su residencia. El poder otorgado deberá ser especial para el caso y la demanda de separación o de divorcio solo podrá presentarse ante la autoridad local dentro de los siguientes 30 días a partir del otorgamiento del poder. En este caso, la autoridad local deberá asegurarse que conste en el poder que el contrayente que lo otorgó ha expresado libre y plenamente su consentimiento en presencia de testigos.

Art. 57. La separación o el divorcio obtenido en el extranjero conforme a su orden jurídico será reconocida siempre y cuando en el lugar en que se otorgó se tenía competencia de acuerdo con las normas internacionales análogas o compatibles con las previstas en el orden jurídico mexicano, salvo que ofenda el orden público o se hubiese obtenido con fraude a la ley.

Se reconocerán las causales que motivaron una separación o un divorcio extranjero cuando se estime que son o forman parte de los derechos adquiridos por uno de los cónyuges.

Para el mero reconocimiento de un divorcio o una separación extranjero no requiere seguir un procedimiento de exequátur, salvo en aquellos actos que requieran ejecución forzada.

7. Nulidad del matrimonio

Art. 58. Para resolver sobre la validez o nulidad del matrimonio será aplicable el orden jurídico que se aplicó al matrimonio al momento de su celebración.

Art. 59. La nulidad de un matrimonio declarada en el extranjero será reconocida, salvo que ofenda el orden público o se hubiese obtenido con fraude a la ley.

No se reconocerá la nulidad de un matrimonio celebrado en México cuando la autoridad extranjera que resolvió la nulidad hubiese aplicado un orden jurídico diferente en el que se apoyó la autoridad mexicana para celebrarlo.

Cuando se reconozca la nulidad de un matrimonio celebrado en México, dicha nulidad podrá inscribirse en el libro del Registro Civil en que se encuentra el registro del matrimonio.

8. Donaciones

Art. 60. Las donaciones que no sean de origen contractual se registrarán por el orden jurídico de la residencia del donante.

Las donaciones por causa de muerte se seguirán por el orden jurídico que rijan la sucesión del donante.

V. BIENES Y DERECHOS REALES

1. Bienes inmuebles

Art. 61. Los derechos reales sobre bienes inmuebles se rigen de acuerdo al orden jurídico del lugar de su ubicación.

Art. 62. Para que produzcan efecto en territorio mexicano los actos jurídicos relacionados con los derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en México, deberán registrarse en el Registro Público del lugar de la ubicación del bien inmueble.

Art. 63. Los bienes pertenecientes al patrimonio cultural del país, se rigen por las leyes mexicanas especiales correspondientes.

Art. 64. La publicidad de los actos de constitución, transferencia y extinción de los derechos reales se rigen por el orden jurídico del Estado en el cual el bien se encuentra al momento del acto.

2. Derechos reales sobre bienes muebles

a) Derechos reales sobre bienes muebles corporales.

Art. 65. Los bienes muebles que formen parte de un bien inmueble, tales como muebles de una casa, maquinaria o equipos de una fábrica u oficina, se rigen por el orden jurídico de su situación.

Art. 66. Los bienes en tránsito se registrarán por su ley de destino, en caso de que éste se desconozca se registrarán por la ley de su origen. Si se ignora el lugar de destino se aplicará la del lugar donde estuvieren por última ocasión.

b) Bienes muebles incorporales

Art. 67. Los bienes sujetos a registro se registrarán por el orden jurídico de este último.

Los derechos reales constituidos sobre bienes que no estén sujetos a registro deberán registrarse por el orden jurídico del lugar de la residencia del deudor.

VI. SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE

1. Disposiciones generales

Art. 68. El orden jurídico designado para regir la sucesión se aplicará a los supuestos normativos siguientes:

- a) Los títulos y derechos hereditarios de los herederos, legatarios y del cónyuge supérstite.
- b) La desheredación y la indignidad para suceder.
- c) La parte de libre disposición de la masa hereditaria así como la porción de bienes de la que el testador no puede disponer y las demás restricciones sobre la libertad de disponer por causa de muerte.
- d) La administración de la sucesión y la designación de albaceas.
- e) La validez en cuanto al fondo de las disposiciones testamentarias.

Art. 69. La capacidad para disponer por testamento, de modificarlo o de revocarlo, se rige por el orden jurídico del lugar de su otorgamiento o por el de la residencia del testador al momento del otorgamiento del testamento, de la modificación o de la revocación; el que sea más favorable.

La capacidad para ser heredero o legatario se regirá por el orden jurídico que resulte más favorable de entre la ley del lugar de la residencia del heredero o legatario o la ley del lugar donde se otorgó el testamento⁷.

⁷ Se deroga el art. 1328 del Código Civil Federal.

Art. 70. La forma del testamento se regula por el orden jurídico del lugar en que se otorgue, el orden donde el testador, tuvo su última residencia, o bien, por el orden del lugar de su deceso, el que sea más favorable a la validez de la forma del testamento.

Art. 71. La sucesión intestada se rige por el orden jurídico de la residencia del causante al momento de su fallecimiento. Si en ese momento no tuviese o se desconoce la residencia, por el orden del lugar de ubicación de la mayoría de los bienes según su cuantía. Si no existieron bienes, por el orden del lugar del fallecimiento.

El orden jurídico que regula la sucesión rige el derecho a suceder, siempre y cuando los descendientes sean familiares del *de cuius*, o se trate de alguna otra persona física.

Art. 72. La sucesión testamentaria se regula por el orden jurídico designado por el testador mediante declaración expresa en su testamento. Pudiendo someter la totalidad de la sucesión a un mismo orden jurídico o someter partes de la misma a diferentes derechos, siempre y cuando exista una conexión mínima con el orden jurídico de ese lugar.

Art. 73. Cuando el orden jurídico designado para regir la sucesión le atribuya bienes al Estado, los bienes ubicados en México serán adjudicados a la beneficencia pública.

Art. 74. Cuando sea necesario establecer el orden de fallecimiento de una persona frente a otra y no conste cuál de ellos ha muerto primero, el momento de la muerte se determina conforme al orden jurídico aplicable a la relación jurídica respecto a la cual dicha determinación es necesaria.

2. Obligaciones de las autoridades mexicanas

Art. 75. Serán obligaciones de las autoridades las siguientes:

- a) El encargado del Registro Civil avisará a la oficina consular extranjera del fallecimiento de su nacional, dentro de los primeros 15 días a que tenga conocimiento.
- b) La autoridad judicial informará a la oficina consular correspondiente, respecto de la apertura de un juicio sucesorio en el que se presuma que el heredero sea su nacional.

3. Deudas hereditarias

Art. 76. Las deudas hereditarias se registrarán por el orden jurídico que rijan el acto o institución que las creó. Sin embargo, los acreedores que tuvieren garantía de carácter real, podrán hacerla efectiva de conformidad con el orden jurídico que rijan dicha garantía.

4. Testamento extranjero

Art. 77. El testamento otorgado o registrado ante autoridad extranjera, conforme a las leyes del lugar del otorgamiento será reconocido y producirá sus efectos en territorio nacional⁸.

5. Testamento consular

Art. 78. Todo cónsul que sancione un testamento, deberá informar de ello dentro de los siguientes diez días al Archivo General de Notarías y el Registro Público de la Propiedad del lugar designado por el testador y que se encuentre en México. Estas autoridades deberán realizar el registro del testamento⁹.

Se reconocerá el testamento otorgado ante un cónsul en los términos que establecen los tratados internacionales y, en lo que estos no lo establezcan, acorde a las leyes federales.

6. Testamento militar o del combatiente

Art. 79. El testamento otorgado por un militar o combatiente mexicano que se encuentre en acción bélica o estando herido o sea prisionero de guerra será válido, siempre que el otorgante declare su voluntad ante dos testigos o entregue a los mismos el pliego cerrado que contenga su última disposición firmada de su puño y letra.

Tan luego como fallezca el testador, el testamento será entregado a quien ejerza el mando responsable, quien a su vez lo remitirá a la autoridad consular o mexicana más cercana y se deberá proceder a informar y

⁸ Se deroga el art. 1593 del Código Civil Federal.

⁹ Se deroga el art. 1596 del Código Civil Federal.

registrarlo en los términos del artículo 78 de esta Ley.

Cuando el testamento hubiere sido otorgado de palabra, tan luego como fallezca el testador, los testigos darán conocimiento de ello a la autoridad militar más cercana o, en su defecto, a quien ejerza el mando responsable, a fin de dar fe del testamento.

Se reconocerá el testamento otorgado por un militar o combatiente extranjero en territorio mexicano o en el exterior respecto del cual se pretenda que produzca efecto en territorio mexicano, pudiendo sujetarse a lo dispuesto en párrafos anteriores, al orden jurídico del cual son nacionales, al del lugar donde se hayan otorgado o conforme a las prácticas militares aplicables.

7. Testamento marítimo u otorgado en aeronave

Art. 80. El testamento otorgado en embarcaciones mexicanas, sean mercantes o de guerra, se sujetarán a lo dispuesto por esta Ley y al Código Civil Federal en lo conducente. El testamento otorgado en embarcación extranjera, sea mercante o de guerra, será válido siempre y cuando se hubiese otorgado de conformidad con la ley del pabellón de la embarcación.

El testamento marítimo será otorgado por escrito en presencia de dos testigos y del capitán del navío, y será leído, datado y firmado, de conformidad con lo dispuesto en el Código Civil Federal para lo concerniente al testamento público abierto, pero en todo caso deberán firmar el capitán y los dos testigos.

El testamento se hará por duplicado y se hará constar en la bitácora de la embarcación. Un ejemplar será entregado por el capitán del navío a la autoridad consular correspondiente cuando arribare a puerto, a fin de que notifique y salvaguarde los derechos de los presuntos herederos, y el otro permanecerá en poder de la embarcación.

Si el capitán hiciera su testamento, desempeñará sus veces el que deba sucederle en el mando.

El testamento marítimo solamente producirá efectos legales cuando falleciere el testador durante la travesía de la embarcación o dentro de un mes desde su desembarque a puerto, siempre que dicho testamento no haya sido revocado¹⁰.

¹⁰ Se deroga el art. 1591 del Código Civil Federal.

La presente disposición será aplicable en lo conducente al testamento otorgado en una aeronave.

VII. OBLIGACIONES

1. Derecho aplicable a los contratos

Art. 81. Las partes podrán escoger libremente el orden jurídico aplicable al fondo del contrato pero si no lo hicieran, el juez determinará el aplicable que considere apropiado, teniendo en cuenta, en todos los casos, las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes.

Art. 82. La elección por las partes de un determinado foro o tribunal no entraña necesariamente la elección del orden jurídico sustantivo que se aplique en ese foro.

Art. 83. En cualquier momento, las partes podrán acordar que el contrato quede sometido en todo o en parte a un orden jurídico distinto de aquel por el que se regía anteriormente, haya sido o no elegido por las partes. Sin embargo, dicha modificación no afectará la validez formal del contrato original ni los derechos de terceros.

Art. 84. Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable, o si su elección produjera la invalidez del contrato se regirá por el orden jurídico con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato para realizar tal determinación. También tomará en cuenta los principios generales del derecho aplicables. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y tuviese una conexión más estrecha con otro orden jurídico, podrá aplicarse, a título excepcional, la ley de este otro orden a esta parte del contrato.

Art. 85. Tratándose de los contratos, además de lo dispuesto en los artículos anteriores, se aplicarán, cuando corresponda, las normas, las costumbres y los principios del derecho, 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.

Art. 86. No obstante lo previsto en los artículos anteriores, se aplicarán

necesariamente las disposiciones que tengan carácter imperativo. Quedará a discreción del tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas de otro orden jurídico con el cual contrato tenga vínculos estrechos.

Art. 87. La existencia y validez del contrato o de cualquiera de sus disposiciones, así como la validez del consentimiento de las partes respecto a la elección del orden jurídico aplicable, se regirán por el ordenamiento que corresponda conforme a lo dispuesto en esta Ley. Sin embargo, para establecer que una parte no ha consentido debidamente, el tribunal deberá determinar el derecho aplicable tomando en consideración la residencia o el establecimiento de dicha parte.

Art. 88. El derecho aplicable al contrato en virtud de lo dispuesto en esta Ley regulará principalmente:

- a) Su interpretación.
- b) Los derechos y las obligaciones de las partes.
- c) La totalidad del régimen de las obligaciones, incluyendo las modalidades, efectos, transmisión y extinción de las obligaciones, incluyendo la prescripción y la caducidad.
- d) El cumplimiento de las obligaciones y las consecuencias del incumplimiento del contrato, incluyendo el pago de una indemnización.
- e) La existencia y la validez del contrato, incluyendo sus consecuencias.

Art. 89. En el caso de sociedades, también se tomará en cuenta el derecho aplicable a la sociedad y a sus órganos. Sin embargo, lo dispuesto en los artículos 85 y 86 se tomará en cuenta para decidir la cuestión acerca de si un mandatario puede obligar a su mandante o un órgano a una sociedad o a una persona jurídica.

Art. 90. El derecho aplicable será el del registro del lugar donde deben inscribirse o publicarse los contratos y éste regulará la materia concerniente a la publicidad de aquéllos.

2. Obligaciones extracontractuales

Art. 91. La declaración unilateral de la voluntad se rige por el orden jurídico del Estado del lugar donde se realiza el ofrecimiento. Cuando no sea posible determinar el sitio donde se efectuó la promesa, la declaración unilateral se regirá por el orden jurídico del lugar de la residencia de quién

la hace.

Art. 92. El enriquecimiento ilegítimo, la gestión de negocios, el pago de lo indebido y las demás obligaciones de carácter extracontractual no expresamente reguladas por la presente Ley, se rigen por el orden jurídico del Estado donde se verificó el hecho generador de la obligación.

Art. 93. La responsabilidad que nace de un hecho o acto ilícito se rige por el orden jurídico más favorable al afectado, de entre el vigente en el lugar en cuyo territorio se produjo el daño, o el derecho del lugar donde acaeció el hecho generador del mismo.

Art. 94. En caso de responsabilidad por contaminación ambiental, se aplicará el orden jurídico que resulte más favorable al afectado, de entre el vigente en el lugar donde se generó la misma, o el del lugar donde tal contaminación produjo sus efectos, o el de la residencia de la persona que la causó.

Art. 95. La responsabilidad derivada de los defectos en el diseño, manufactura o fabricación de un producto se rige por el orden jurídico que resulte más favorable al afectado, de entre el vigente en el lugar donde se encuentra la residencia del productor, el del lugar en donde el daño se haya producido o el derecho del lugar donde dicho producto fue adquirido, siempre que en tal sitio exista un servicio técnico autorizado por el productor o por persona facultada para ello, o cuando el producto se hubiere publicitado en medios locales de amplia circulación.

VIII. OBLIGACIONES CONTRACTUALES Y EXTRA CONTRACTUALES

Art. 96. No se considerará válida la elección del derecho aplicable cuando la misma sea en perjuicio de alguna de las partes y dicho perjuicio sea evidente atendiendo al contenido del contrato.

Sin que ello afecte la validez del contrato, las partes podrán modificar la elección original del derecho aplicable, en cualquier momento durante la vigencia del contrato y hasta antes de presentarse alguna reclamación, siempre que dicha modificación no sea en perjuicio de un tercero o y siempre que la misma no constituya un fraude a la ley.

Salvo que las partes establezcan lo contrario, la modificación del orden jurídico elegido como aplicable, no surtirá efectos de manera retroactiva respecto a las obligaciones que ya hayan sido ejecutadas.

Art. 97. No será válida la elección del derecho aplicable al contrato

cuando las partes lo hayan hecho contraviniendo una norma que expresamente limite la posibilidad de elección de derecho por las partes.

En caso de que un contrato esté regulado por algún orden jurídico específico, la elección del derecho por las partes será válida en la medida en que el orden jurídico sustantivo elegido no contravenga disposiciones de orden público que protejan a consumidores, trabajadores y al sector público. Por lo tanto, el derecho elegido contractualmente será aplicado en forma supletoria a la ley específica.

Art. 98. En los casos en que un contrato se perfeccione de manera remota, utilizando mensajes de datos, o en diferentes momentos; se considerará como lugar de celebración, la residencia de la parte con cuya aceptación el contrato ha sido perfeccionado.

Art. 99. El contrato de sociedad se regirá por las disposiciones de este capítulo atendiendo sin embargo, las convenciones de que México sea parte en lo que respecta al régimen de existencia y régimen de la persona moral que se constituya.

Art. 100. Cuando el objeto del contrato incluya la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes muebles e inmuebles y al mismo tiempo contenga la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos personales, el orden jurídico elegido por las partes se aplicará de manera exclusiva a los derechos personales, el orden jurídico del lugar de la ubicación de los bienes regirá a éstos, salvo cuando en este orden designe uno diferente.

Si las partes no eligieron el derecho aplicable al contrato, las obligaciones que nazcan del contrato y el régimen de los bienes será conforme el derecho aplicable a los derechos reales sobre dichos bienes en términos de la presente Ley.

Art. 101. Los actos jurídicos unilaterales se regirán por el derecho que haya elegido la parte que celebre dicho acto jurídico y a falta de elección, se regirán conforme al orden jurídico del lugar de celebración del acto jurídico.

Art. 102. El derecho aplicable a las obligaciones y responsabilidades extracontractuales será el del lugar en que aconteció el evento generador de dicha obligación o responsabilidad.

En caso de que no pueda ubicarse físicamente el lugar del evento

generador de la obligación o responsabilidad, el derecho aplicable será el de la residencia del acreedor de la obligación.

IX. RELACIONES LABORALES

Art. 103. En las relaciones de trabajo o contratos de trabajo con elementos de vinculación con un orden jurídico extranjero, el orden a regir será aquel que más favorezca al trabajador, el que esté vinculado con la relación o contrato laboral o el del lugar de su celebración. Lo anterior se aplicará a todos los asuntos o cuestiones que deriven de los mencionados contratos o relaciones.

Art. 104. Se consideran vinculados con el contrato o con la relación de trabajo el orden jurídico del lugar donde se haya celebrado el contrato o los del establecimiento de la relación laboral; los de la sede de la empresa o residencia del patrón; y los del lugar de la prestación de los servicios o de la ejecución del trabajo. También se considera relacionado con el contrato o relación laboral, para estos efectos, el orden jurídico de la residencia del trabajador.

Art. 105. En caso de que el patrón esté vinculado o sujeto a una controladora, por cualquier tipo de relación, se entenderá como ley de su residencia o del lugar en que tenga su sede la controladora, independientemente de que el patrón tenga personalidad jurídica y otros domicilios propios.

Art. 106. En el supuesto del artículo anterior, la empresa o institución controladora será considerada como parte en el contrato de trabajo y responderá solidariamente con el patrón sujeto a su control, de las obligaciones que éste contraiga con sus trabajadores.

Art. 107. Las oficinas, representaciones o instituciones domiciliadas en el país y que no estén comprendidas en los casos regulados en esta Ley, que dependan de gobiernos, empresas o instituciones extranjeras, cuya actividad sea meramente gubernamental, no tienen la calidad de patrón para los efectos de este título. Se entenderá como tal, al gobierno, empresa o institución extranjera de la que dependan.

Las oficinas, representaciones e instituciones a que se refiere el párrafo anterior, están sujetas a todas las obligaciones, prohibiciones y limitaciones que impone el orden jurídico mexicano a los extranjeros.

Art. 108. Para los efectos de este título se entiende por trabajador a toda

persona vinculada en la relación laboral comprendida en el artículo 8 de la Ley Federal del Trabajo, sin importar su calificación.

Art. 109. Las partes pueden, a su elección, pactar en forma expresa las condiciones, derechos y obligaciones que constituyan el contenido del contrato de trabajo que celebren, o bien elegir, en forma expresa, el orden jurídico que rija al mismo, aun cuando se trate de un orden jurídico extranjero; lo anterior, siempre que dichas cláusulas o normas establezcan una situación más favorable para el trabajador, en relación con las leyes que se consideren aplicables al caso concreto. En el supuesto de que se pacte la aplicabilidad de un orden jurídico extranjero, éste debe tener una vinculación real y objetiva con el contrato o relación.

Art. 110. La capacidad de los contratantes se rige por el orden jurídico de su residencia o de su sede y, a falta de éste, por el de su residencia al momento de celebrarse el contrato o establecerse la relación laboral. La residencia se calificará de acuerdo con el orden jurídico mexicano.

Art. 111. En caso de incapacidad del patrón, si el contrato produce o va a producir sus efectos en territorio de la República Mexicana, se considerará válido si de acuerdo con el orden jurídico mexicano el patrón era capaz para realizar el acto.

En caso de incapacidad del trabajador, se aplicarán las disposiciones que más lo beneficien, tomando en consideración el orden jurídico del lugar de su residencia, el del lugar de ejecución del contrato o del lugar de su celebración. En todo caso debe tomarse en cuenta lo dispuesto por los artículos 5, 22, 23, y demás relativos de la Ley Federal del Trabajo, o por las normas imperativas del lugar de ejecución del contrato.

Art. 112. La protección de los menores trabajadores y de las mujeres se regirá por los tratados y convenciones internacionales o por el orden jurídico que resulte más favorable al trabajador.

Art. 113. Cuando el contrato produzca o vaya a producir efectos en territorio de la república mexicana, podrán ser aplicables las disposiciones del orden jurídico mexicano que admitan la validez del contrato o relación.

Art. 114. La validez de las cláusulas del contrato de trabajo o de la relación laboral, así como sus efectos, se regirán por el orden jurídico que más favorezca al trabajador. La misma directiva se aplicará a las causas de rescisión del contrato o de terminación de la relación laboral.

Art. 115. En los casos de que una relación laboral en particular sujeta

a un contrato colectivo de trabajo, presente elementos vinculados con un orden jurídico extranjero, se aplicarán las disposiciones de este título.

Art. 116. Los contratos de trabajo o las relaciones laborales concertadas con trabajadores de buques, aeronaves, autotransportes, ferrocarriles o demás elementos de transportación, que se desplacen fuera del territorio mexicano, se regirán por los tratados internacionales de los que México sea parte y a falta de estos, por principios establecidos en este título.

Para elegir el orden jurídico aplicable en estos casos, se deberá tomar en cuenta, además, el orden jurídico del lugar de abanderamiento, matriculación o registro de los mismos.

Art. 117. Para los efectos del artículo anterior, se entiende como lugar de prestación de los servicios o de realización del trabajo, aquel en donde se presten de manera habitual.

Las relaciones laborales que se establezcan con personas que presten servicios itinerantes, se regirán también por el principio consignado en este artículo.

Art. 118. Los riesgos del trabajo se sujetarán a lo establecido por los tratados y convenios internacionales, a menos que exista una disposición que resulte más favorable al trabajador con algún orden jurídico vinculado con el contrato.

Art. 119. Para determinar el orden jurídico aplicable en el caso del artículo anterior, se tomará en consideración, además de lo establecido en los artículos 103 y 104, el orden jurídico del lugar donde se produzca el accidente o el hecho que motive la reclamación.

Art. 120. En caso de resultar aplicable un orden jurídico extranjero para regular el contrato o la relación laboral, deberán aplicarse únicamente sus normas sustantivas. Se aplicará la disposición que más favorezca al trabajador en cada punto o institución de la relación laboral o del contrato.

Art. 121. La aplicación e interpretación del orden jurídico extranjero, deberá hacerse de acuerdo con los criterios establecidos por los tribunales y las autoridades del orden jurídico de donde proceda.

Art. 122. La integración e interpretación del derecho del trabajo debe seguir el principio del mayor beneficio al trabajador.

Art. 123. El juzgador o Junta de Conciliación y Arbitraje deberá

allegarse, sin necesidad de que medie petición de parte, los elementos necesarios para conocer la existencia, vigencia e interpretación de las normas extranjeras consideradas aplicables. Las partes coadyuvarán con las autoridades, aportando todas las pruebas que estimen pertinentes para estos efectos. Estas serán valoradas por la autoridad, de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo.

Art. 124. La excepción de orden público se aplicará en el caso de que las disposiciones contractuales o las normas extranjeras consideradas aplicables, no proporcionen al trabajador un trato más favorable y una mejor protección que las establecidas por las leyes mexicanas. En consecuencia, tales disposiciones y normas no producirán efecto alguno y en su lugar se aplicarán las disposiciones del orden jurídico mexicano.

X. TÍTULOS DE CRÉDITO

Art. 125. La capacidad para emitir títulos de crédito o títulos valor o para celebrar cualquiera de los actos que en ellos se consignen, será regulada conforme al orden jurídico del país en que se emita el título o se celebre el acto¹¹.

Art. 126. Las condiciones esenciales para la validez de un título de crédito y de los actos consignados en él, se determinarán por el orden jurídico del lugar en el que el título se emite o el acto se celebra¹².

Art. 127. En caso de que no se hubiere pactado de manera expresa la aplicación de otro orden jurídico, las obligaciones y los derechos que se deriven de la emisión de un título de crédito se regirán por el orden jurídico del lugar del otorgamiento¹³.

Si no constare en el título el lugar en donde se hubiese contraído la obligación, ésta se regirá por el orden jurídico del lugar en que deba ser cumplida y si éste tampoco constare, por el del lugar de suscripción del título.

Art. 128. Si una o más obligaciones contraídas en un título fueren inválidas según el orden jurídico aplicable conforme los artículos anteriores, dicha invalidez no afectará aquellas otras obligaciones válidamente contraídas de

¹¹ Se deroga el art. 252 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹² Se deroga el art. 253 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

¹³ Se deroga el art. 254 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

acuerdo con el orden jurídico del lugar donde hayan sido suscritas.

Art. 129. Los plazos y formalidades para la presentación, giro, endoso, fianza, aval, intervención, aceptación y protesto de un título, se someten al orden jurídico del lugar en que cada uno de dichos actos se realice¹⁴.

Art. 130. El orden jurídico del Estado donde el título deba pagarse determina las medidas que han de tomarse en caso de hurto, robo, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento; lo anterior sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse en el país en donde tales hechos hubieren ocurrido.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, si se trata de títulos valores emitidos en serie y ofertados públicamente, el portador desposeído debe cumplir con las disposiciones del orden jurídico del lugar de la residencia del emisor.

Art. 131. Los procedimientos y plazos para la aceptación, la presentación al cobro, el pago y otras diligencias necesarias para evitar la caducidad del derecho del portador del título, se rigen por el orden jurídico del lugar de pago y subsidiariamente, por el del lugar donde el acto deba realizarse.

Si el título de crédito no contuviere la designación del lugar en que ha de pagarse, se tendrá como tal el de la residencia del girado, y si éste tuviere varios domicilios, el título será exigible en cualquiera de ellos, a elección del tenedor.

Si en el título se consignan varios lugares para el pago, el tenedor podrá exigirlo en cualquiera de los lugares señalados.

Art. 132. No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, tratándose de cheques o títulos de crédito de naturaleza análoga, el orden jurídico del domicilio de la institución de crédito librada determina:

- a) Su naturaleza.
- b) Las modalidades y sus efectos.
- c) El plazo de presentación.
- d) Las personas contra las cuales pueda ser librado.
- e) Si puede librarse para “abono en cuenta”, cruzado, ser certificado y los efectos de estas operaciones.

¹⁴ Se deroga el art. 256 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.

- f) Los derechos, obligaciones y prohibiciones del librador sobre la provisión de fondos y naturaleza de dichos derechos.
- g) Si el librado puede exigir o si está obligado a recibir un pago parcial.
- h) Los derechos, obligaciones y prohibiciones del librador para revocar el cheque u oponerse al pago.
- i) La necesidad del protesto u otro acto equivalente para conservar los derechos contra los endosantes, el librador u otros obligados.
- j) Las medidas que han de tomarse en caso de robo, hurto, falsedad, extravío, destrucción o inutilización material del documento.
- k) En general, todas las situaciones referentes al pago del cheque.

Art. 133. Tratándose de acciones basadas en títulos valores, son competentes los tribunales del lugar de pago o los de la residencia del demandado a opción del actor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales del país emisor serán competentes para conocer de las acciones de los tenedores de títulos adquiridos mediante oferta pública.

Art. 134. Los títulos de crédito, excepto las acciones, se rigen por el orden jurídico de su ubicación. Cuando se trate de títulos que representan valores que se encuentren registrados, será aplicable el orden jurídico de su registro. Si son varios los registros será aplicable el orden del lugar en donde se encuentra su registro principal.

Los títulos que deban de ser pagados en un lugar determinado tales como cartas de crédito o títulos a la orden y nominativos, se regirán por el orden jurídico del lugar de su pago. Sin embargo, su creación será regida por el orden jurídico del lugar en donde hayan sido creados.

Las acciones se rigen por el orden jurídico del lugar de constitución de la sociedad.

XI. ACTIVIDAD PROCESAL

1. Ordenamiento aplicable al proceso

Art. 135. Salvo disposición derivada de convenios internacionales o de esta Ley, el orden jurídico regulador del proceso será el mexicano. La calificación de que una ley, norma o disposición es procesal se hará conforme al orden

jurídico mexicano, salvo disposición en contrario.

2. Competencia de las autoridades mexicanas

Art. 136. Las autoridades mexicanas serán competentes acorde a los tratados y convenios de los que México sea Estado-parte, así como de las reglas reconocidas en la esfera internacional, siguiendo los principios de competencia internacional derivados del orden jurídico mexicano.

Art. 137. La competencia de las autoridades mexicanas se rige conforme a lo establecido en los tratados internacionales que sean aplicables. La distribución de la competencia en el país se hará conforme a lo prescrito en el orden jurídico mexicano. Cuando deba aplicarse una disposición interna mexicana se llevará a cabo conforme a lo establecido en esta Ley y, a falta de disposición expresa, por lo que prescriba el orden jurídico que regule la materia.

Art. 138. Toda cuestión de competencia de las autoridades mexicanas deberá ser resuelta en forma oficiosa, aún sin petición de parte interesada. No obstante, esta podrá coadyuvar mediante los actos necesarios para alegar y, en su caso, demostrar la incompetencia.

Art. 139. En México será autoridad competente para conocer y resolver:

- a) La del lugar de residencia del menor que pretenda ser emancipado para emitir una declaración de emancipación.
- b) La del lugar donde estuvo la última residencia de la persona al momento de su desaparición para los casos de su desaparición, declaración de ausencia y fallecimiento. Si se desconoce el lugar, será competente la autoridad del lugar donde la persona posea los bienes más cuantiosos y, a falta de este último o desconocimiento del mismo, la autoridad del lugar donde hubiese estado su última residencia conocida.
- c) La del lugar de la residencia del menor o del padre demandado para conocer sobre la imputación o la impugnación de la filiación o de las cuestiones relacionadas con la patria potestad, la tutela y la curatela, a elección del actor. Salvo en los casos de tutela testamentaria, en los demás casos de tutela y curatela, la autoridad competente será la misma a que se refiere este apartado. En el caso de reconocimiento y legitimación también será competente el tribunal del lugar de nacimiento del hijo.
- d) La de la residencia de cualquiera de los conyugues tratándose

de divorcio voluntario, si en ese lugar tiene al menos seis meses residiendo. En el caso de divorcio contencioso, el último domicilio común de la pareja o el del actor cuando ya ha cumplido ahí seis meses de residencia.

- e) La del lugar en que se encuentre la persona, si es un extranjero para dictar las medidas urgentes o provisionales para la separación, aun cuando no sea competente para conocer y resolver sobre el divorcio o nulidad del matrimonio.
- f) La del lugar en que se encuentre una persona para dictar las medidas urgentes o provisionales para la separación, aun cuando no sea competente para conocer y resolver sobre el divorcio o nulidad del matrimonio.
- g) La del lugar en que se encuentre la residencia del demandado para conocer de la nulidad o validez de su matrimonio. También será competente cuando el actor hubiese sido abandonado y ambos cónyuges hubiesen tenido un domicilio común en ese lugar. Cuando de acuerdo a las reglas del litisconsorcio pasivo necesario debiera ser llamado a juicio la autoridad ante la cual se celebró el matrimonio, la autoridad del lugar de esta autoridad será la competente.
- h) La del lugar de la ubicación de los bienes para conocer de los derechos reales sobre los mismos.
- i) Tratándose de ejecución de una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, el del domicilio del ejecutado, o en su defecto, el de la ubicación de sus bienes en la República¹⁵.
- j) La del lugar de registro, tratándose de títulos o valores registrados.
- k) La del lugar de origen o destino de los bienes muebles, a elección del actor, para conocer de los derechos reales sobre bienes en tránsito.
- l) La del lugar del registro de los derechos reales derivados de bienes incorporales, sujetos a registro. Si estos bienes no estuvieran registrados y no requieran registro, serán competentes los tribunales de la residencia del deudor.
- m) La del lugar de la ubicación de los títulos de crédito para conocer sobre derechos del mismo. Si se tratare de acciones, la autoridad

¹⁵ Se deroga el art. 573 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

competente será del lugar de constitución de la sociedad; sin embargo, si la sociedad tiene establecido su domicilio en México, también podrán ser competentes los tribunales mexicanos.

Art. 140. Es competente para conocer de la sucesión por causa de muerte la de la última residencia del causante al momento de su fallecimiento. Si no hubiera tenido domicilio o se desconoce, la del lugar de ubicación de la mayoría de los bienes según su cuantía. Si no existiesen bienes, la del lugar del fallecimiento.

Si la persona falleció en el extranjero y era mexicana o tenía domicilio efectivo en México será competente la autoridad mexicana si en el extranjero no se hubiese abierto la sucesión dentro de los siguientes seis meses a partir del fallecimiento. También podrá asumir competencia una autoridad mexicana cuando la mayor parte de los bienes se encuentre en México. También será competente, la misma autoridad que lo fuere para la sucesión, para conocer de las acciones de petición de la herencia, de nulidad, rescisión y evicción de la partición hereditaria.

Art. 141. La competencia de las autoridades mexicanas, tratándose de asuntos de adopción de menores se regirá conforme a las siguientes disposiciones:

- a) Para el otorgamiento de la adopción la autoridad competente es la del lugar de la residencia del adoptado. Si se tratase de un menor abandonado, será la aplicable el orden jurídico del lugar donde fue abandonado, salvo que se demuestre la residencia del menor.
- b) Para decidir sobre la anulación de la adopción, es competente la del lugar de la residencia del adoptado al momento del otorgamiento de la adopción.
- c) Para decidir sobre la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o figuras afines, cuando ello sea posible, alternativamente y a elección del actor, la autoridad del lugar de la residencia del adoptado al momento de la adopción o las del lugar donde tenga residencia el adoptante (o adoptantes), o la del lugar donde tenga residencia el adoptado, si tuviese domicilio propio al momento de solicitarse la conversión.
- d) Para decidir las cuestiones relativas a las relaciones entre adoptado y adoptante (o adoptantes) y la familia de éste (o de éstos) es competente el juez del lugar de la residencia del adoptante (o adoptantes) mientras el adoptado no constituya una residencia

propia. A partir del momento en que el adoptado tenga residencia propia será competente, a elección del actor, el juez del lugar de la residencia del adoptado o del adoptante (o adoptantes).

- e) Para el discernimiento de la tutela, curatela y demás instituciones de protección de los incapaces es competente el tribunal de la residencia de estos. Si se tratare de una persona en estado de abandono es competente el tribunal de su residencia y si ésta no se conociere, el del lugar donde se encuentra.
- f) Para la restitución de un menor serán competentes las autoridades del lugar donde se halle un menor sustraído, trasladado o retenido ilícitamente. No obstante, el DIF local será competente para auxiliar y colaborar en la búsqueda y localización del menor, organismo que deberá ser auxiliado por la policía del lugar, a su instancia. El mismo DIF está obligado a auxiliar a los interesados para que obtengan los documentos requeridos en los procedimientos de restitución del menor a tramitarse en el extranjero.
- g) Para conocer sobre los efectos de vientre subrogado es competente el juez del lugar de nacimiento del menor.

Art. 142. La competencia de las autoridades mexicanas para conocer de asuntos sobre alimentos se ajustará a las siguientes disposiciones:

- a) Para conocer de las cuestiones alimenticias, a elección del acreedor alimentista, será competente el juez o autoridad de la residencia del deudor, o el del lugar con el cual el deudor tenga vínculos personales, como percepción de ingresos, obtención de beneficios económicos o posesión de bienes.
- b) Para conocer de las acciones de cese o reducción de alimentos serán competentes las autoridades que hayan conocido de la fijación de los mismos o los de la residencia del acreedor.
- c) Sin perjuicio de lo dispuesto en este artículo serán competentes las autoridades judiciales o administrativas del lugar en que el demandado hubiera comparecido sin objetar la competencia.

Art. 143. Es competente para conocer de los efectos del matrimonio el tribunal de la residencia o domicilio común de la pareja, o el de la residencia del cónyuge demandado o el del lugar en que se encuentre a elección del actor. La competencia sobre alimentos, divorcio o nulidad se regulan en los términos que indica esta Ley.

En el caso de alimentos entre concubinos será el lugar del domicilio común de la pareja, el del lugar del acreedor alimenticio o el del deudor alimenticio, a elección del acreedor.

Art. 144. La autoridad mexicana competente para conocer y resolver sobre el régimen económico y patrimonial del matrimonio será:

- a) La del lugar donde se constituya el matrimonio, al momento de su celebración, o la del lugar de residencia de la pareja cuando se pretenda una modificación o sustitución de las capitulaciones.
- b) La del lugar donde se tramite el divorcio o la sucesión por causa de muerte cuando se trate de la liquidación.
- c) Si la mayoría de los bienes muebles se encuentran en territorio mexicano la autoridad de este país podrá declararse competente.
- d) La del lugar de los bienes que constituyan derechos reales y sólo respecto de estos.

Art. 145. Cuando de la resolución de fondo de un asunto pudiera depender la competencia de la autoridad mexicana, esta podrá asumir competencia, sin perjuicio de que una vez resuelto el fondo sea rechazado el supuesto que dio lugar a la asunción de competencia, en cuyo caso, se tendrá por nulo todo lo actuado.

Art. 146. Tratándose de acciones contra personas morales con residencia en el extranjero será competente la autoridad mexicana si la persona cuenta con sucursal en territorio mexicano y en este lugar se celebró la transacción que da lugar a la acción procesal. También será competente la autoridad mexicana, si la empresa tuvo su residencia en México o se constituyó en México al momento de la transacción. Si la acción personal se deriva de una responsabilidad extracontractual o responsabilidad por el producto será competente, a elección del actor, la autoridad mexicana o la del domicilio o residencia del fabricante o diseñador del producto.

Art. 147. Tratándose de acciones basadas en títulos valores, son competentes los tribunales del lugar de pago o los de la residencia del demandado a opción del actor.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales del país emisor serán competentes para conocer de las acciones de los tenedores de títulos adquiridos mediante oferta pública.

Art. 148. Tratándose de foros renunciables es competente la autoridad mexicana si el demandado aceptó por escrito la competencia de la autoridad mexicana renunciando claramente a la originaria; o si, a pesar de haber comparecido en el juicio, no haya cuestionado oportunamente la competencia de dicha autoridad. El tribunal mexicano sólo admitirá la competencia si en su foro se encuentra el lugar de la obligación, la residencia de alguno de los litigantes, o la cosa objeto de la controversia.

Art. 149. Para los efectos de un acuerdo de prórroga competencia, sólo se considerarán relevantes para México los litigios que poseen alguno de las siguientes conexiones:

- a) Que en el foro mexicano, a cuyo tribunal se le propone la prórroga de competencia, se encuentre el domicilio de alguna de las partes litigantes.
- b) Que, además de la conexión mencionada en el inciso a), que en el foro mexicano, a cuyo tribunal se le propone la prórroga, se encuentre el lugar señalado para el cumplimiento de las obligaciones contraídas.
- c) Que, además de la conexión mencionada en el inciso a), que en el foro mexicano, a cuyo tribunal se le propone la prórroga, se encuentre ubicada la cosa objeto de la relación jurídica debatida.

Art. 150. Los tribunales mexicanos tendrán competencia exclusiva para conocer de los asuntos que versen sobre las siguientes materias¹⁶:

- a) Derechos reales sobre tierras y aguas ubicadas en el territorio mexicano, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, cuando se trate de derechos derivados de concesiones de uso, exploración, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes.
- b) Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacione con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar.
- c) Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas.
- d) Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales.
- e) En los casos en que expresamente lo dispongan así otras leyes.

¹⁶ Se deroga el art. 568 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

- f) En los casos en que expresamente así lo dispongan otras leyes y, en general, en los casos en que se trate de la defensa de la soberanía y la seguridad del estado mexicano.

Art. 151. Los tribunales mexicanos no podrán conocer de los asuntos en que opere la inmunidad jurisdiccional; cuando se reconozca la competencia exclusiva de foros extranjeros; o cuando los interesados se hubiesen sometido a un foro extranjero, siempre y cuando el foro mexicano fuese renunciable.

Art. 152. Las autoridades mexicanas carecen de competencia tratándose de acciones reales que tengan por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero, salvo que algún tratado internacional o el orden jurídico extranjero del lugar donde están los bienes admita la competencia de los tribunales mexicanos.

Art. 153. En ningún caso la competencia de los tribunales mexicanos se suspenderá por el hecho de que se invoque litispendencia por la existencia de un proceso ante algún tribunal extranjero.

Art. 154. Salvo lo prescrito en los tratados internacionales, de los que México sea estado parte, no procede la acumulación de acciones tramitadas en diversos países, ni la escisión de procesos que produzcan la remisión de un proceso al extranjero. En el caso de que la autoridad mexicana sea incompetente solo declarará tal situación¹⁷.

Con relación a los procedimientos orientados a precisar al Estado competente no se podrán tramitar ante los tribunales mexicanos:

- a) Procedimientos de acumulación o de escisión procesal¹⁸.
- b) Procedimientos de inhibitoria y de declinatoria.

En todo caso, el juez mexicano rechazará oficiosamente la competencia.

Art. 155. Las notificaciones, citaciones y emplazamientos a las dependencias de la Federación y de las entidades federativas, provenientes del extranjero se harán por conducto de las autoridades federales que resulten competentes por razón del domicilio o residencia de aquellas¹⁹.

¹⁷ Se deroga el segundo párrafo del art. 72 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Se modifica el art. 1125, tercer párrafo del Código de comercio para quedar como sigue: "Cuando los juzgados que conozcan de los juicios pertenezcan a tribunales de alzada diferente, no procede la conexidad, ni tampoco cuando los pleitos están en diversas instancias."

¹⁸ Se deroga el art. 72, segundo párrafo del Código Federal de Procedimientos Civiles.

¹⁹ Se deroga el art. 557 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Art. 156. Las diligencias a que se refiere el artículo anterior y el artículo 165 se llevará a cabo por el tribunal de la residencia de quien vaya hacer notificado, de quien vaya a recibirse la prueba o donde se encuentre la cosa según sea el caso²⁰.

3. Reconocimiento de la competencia asumida por las autoridades extranjeras

Art. 157. La autoridad mexicana del lugar de la ubicación de los bienes podrá reconocer los efectos jurídicos de actos celebrados en el extranjero sobre derechos reales adquiridos en el extranjero, siempre y cuando estos derechos sean registrados en el Registro Público de la Propiedad del lugar de ubicación del inmueble, si están ubicados en México y son susceptibles de registro.

Art. 158. Por legalización se entiende la anotación puesta en un documento por el funcionario facultado para ello, por virtud de la cual hace constar la autenticidad de la firma o firmas que en aquél aparecen, o bien para acreditar el carácter del funcionario que lo expidió, con el fin de que produzca efectos legales en lugar distinto de donde fue formado.

No se requerirá de legalización cuando así lo establezcan los tratados internacionales, como es el caso de la apostilla o alguna otra ley o el acto o resolución provenga de la autoridad central.

Art. 159. Para reconocer una sentencia extranjera, se reconocerá la competencia asumida por un tribunal extranjero, cuando la competencia del tribunal sentenciador haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho u orden jurídico mexicano, salvo que se trate de asuntos que correspondan a la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos²¹.

Art. 160. No obstante lo previsto en el artículo anterior, el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente²².

²⁰ Se deroga el art. 558 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²¹ Se deroga el art. 564 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²² Se deroga el art. 565 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Art. 161. También será reconocida la competencia asumida por un órgano jurisdiccional extranjero designado por convenio de las partes antes del juicio, si dadas las circunstancias y relaciones de las mismas, dicha elección no implica de hecho impedimento o denegación de acceso a la justicia²³.

Art. 162. No se considerará válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas²⁴.

Art. 163. No se reconocerá la competencia asumida por un tribunal extranjero, cuando esta sea estimada como exorbitante. Se considera como competencia exorbitante, la que no tenga un vínculo suficiente con las partes, las circunstancias del caso, con la causa u objeto de la acción o que no tenga en cuenta el principio de una buena administración de la justicia. No obstante, aquél se considerará competente cuando hubiere ejercicio jurisdicción para evitar una denegación de justicia.

4. Procedimiento

a) Medios preparatorios a juicio en el extranjero

Art. 164. El proceso podrá prepararse pidiendo el examen o declaración de testigos peritos u otras declaraciones que se utilizarán en un proceso que se va a tramitar en el extranjero. Para este procedimiento se seguirá la normatividad establecida para los medios preparatorios a juicio establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles o el de comercio, si fuese el aplicable²⁵. El interesado al solicitar la diligencia propondrá los hechos sobre los cuales se hará el examen.

b) Notificaciones y emplazamientos

Art. 165. La diligenciación por parte de tribunales mexicanos de notificaciones, recepción de pruebas u otros actos de mero procedimiento, solicitados para producir efectos en el extranjero no implicará en definitiva

²³ Se deroga el art. 566 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²⁴ Se deroga el art. 567 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²⁵ Se deroga el art. 1151, fracc. VII, del Código de Comercio.

el reconocimiento de la competencia asumida por el tribunal extranjero, ni el compromiso de ejecutar la sentencia que se dictare en el proceso correspondiente²⁶.

Art. 166. Toda notificación a persona que se encuentre fuera del país deberá hacerse en forma personal o notificarle por los medios que establece el orden jurídico del lugar en donde se encuentre. Las notificaciones que se hagan en México por medio de edictos a personas que residan en el extranjero serán nulas. Es válida la notificación a persona que se encuentre en el extranjero cuando se haga a su representante o apoderado. Si la notificación se hace a persona que reside en el extranjero dentro de territorio mexicano en forma personal la notificación tendrá validez. También se tendrá como válida la notificación que se haga a la sucursal o representante legal en México de una persona moral extranjera.

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo substituya, está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.

Art. 167. A solicitud de parte interesada podrán practicarse en vía de jurisdicción voluntaria las notificaciones o emplazamientos derivadas de procesos extranjeros²⁷. Bastará que se presente la copia de la demanda y documentos con los que se correrá traslado. El tribunal otorgará el plazo que exprese el solicitante, sin perjuicio de que el mismo sea el que conceda el orden jurídico extranjero.

El plazo para contestar una demanda seguida ante tribunales mexicanos por parte de una persona domiciliada en el extranjero, aun cuando fuese notificada en México, será el que fije el orden jurídico correspondiente, más un plazo que fijará el juez tomando en cuenta la distancia, mayor o menor facilidad de las comunicaciones y plazo para que busque alguna persona que lo auxilie, plazo que nunca será menor de 20 días²⁸.

Art. 168. Las diligencias de notificaciones y de recepción de pruebas en territorio mexicano, para producir efectos en el extranjero, podrán llevarse

²⁶ Se deroga el art. 545 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²⁷ Se deroga el art. 547 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

²⁸ Se deroga el segundo párrafo del art. 327 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

a cabo a solicitud de parte.

Art. 169. En las notificaciones y emplazamientos deberán cumplirse las siguientes pautas:

El emplazamiento debe hacerse a las personas que a continuación se indica: si se tratare de personas físicas directamente a la parte a quien se va a emplazar, a menos de que carezcan de capacidad procesal, pues en este caso se hará el emplazamiento a su representante legal. Sólo se autoriza el emplazamiento por medio de apoderado cuando éste radique dentro de la jurisdicción del tribunal y la persona emplazada radique fuera de ese lugar o se ignore su paradero, o si el apoderado vive fuera de la jurisdicción, pero dentro de la República y el emplazado en el extranjero no tiene domicilio conocido o se ignora su paradero.

En este caso se requiere que el apoderado tenga poder general o especial bastante para contestar la demanda y para la defensa en juicio del emplazado. El apoderado sólo puede negarse a intervenir si demuestra que no aceptó o renunció a la representación. A petición del apoderado y según las circunstancias, el juez podrá ampliar el término para contestar el emplazamiento hasta por treinta días más, si el apoderado necesitare recabar instrucciones de su mandante.

Art. 170. A petición de parte o del Ministerio Público, cuando una persona haya desaparecido y se ignore el lugar donde se halle y quien la represente, el juez dictará las medidas conservativas a que se refiere el Código Civil, nombrando un depositario de sus bienes. Si es extranjero, se enviará una solicitud de búsqueda por medio del cónsul de su país. Si se cree que siendo mexicano se encuentra en el extranjero, se le enviará al cónsul de México en el lugar la solicitud de búsqueda.

Art. 171. La capacidad para comparecer en juicio y la legitimación procesal se regulan conforme al orden jurídico del lugar de la residencia de quien la ejercita, la que nunca será más exigente que la establecida en el orden jurídico mexicano. La inmunidad de jurisdicción se regula conforme a las leyes y tratados aplicables.

c) Ejercicio profesional

Art. 172. El ejercicio de las profesiones que requieran cédula profesional se regula conforme al orden jurídico mexicano, salvo lo prescrito en tratados internacionales.

Tratándose de abogados extranjeros, se les reconocerá su profesión en los procedimientos de cooperación internacional, siempre y cuando el juez u autoridad extranjera se la hubiere reconocido.

d) Igualdad de trato

Art. 173. El trato procesal dispensado a mexicanos y extranjeros será igual. Todos gozarán de los derechos a los mismos procedimientos y medios impugnativos sin necesidad de otorgar garantías especiales, así como del derecho de asistencia judicial y representación jurídica que otorgue el orden jurídico mexicano. No obstante, ningún extranjero podrá recurrir a la protección diplomática de su país hasta en tanto hubiese agotado los medios impugnativos que ofrece el orden jurídico mexicano.

e) Obligación de demandar

Art. 174. Cuando una persona pretenda hacer un viaje al extranjero por más de diez días y manifiesta temor de que alguien desea frustrárselo intentando en su contra una demanda un mes antes de emprender el viaje, podrá obligarlo a que espere hasta que regrese de su viaje. Si la demanda ya fue planteada y se demuestra en las primeras 72 horas anteriores al momento del emplazamiento el compromiso de salir al extranjero, el juez concederá de plano un plazo de hasta un mes para apersonarse a contestar la demanda, dependiendo del plazo que el demandado permanezca en el extranjero.

Art. 175. Sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho²⁹.

Art. 176. Las dependencias de la Federación y de las entidades federativas y sus servidores públicos, estarán impedidos de llevar a cabo la exhibición de documentos o copias de documentos existentes en archivos oficiales bajo su control en México; se exceptúan los casos en que tratándose de asuntos particulares, documentos o archivos personales lo permita la ley y cuando a través del desahogo de un exhorto o carta rogatoria así lo ordene el tribunal mexicano³⁰.

²⁹ Se deroga el art. 86 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Se deroga el art. 1197 del Código de Comercio.

³⁰ Se deroga el art. 559 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Para los efectos del artículo 186, los servidores públicos de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas, estarán impedidos de rendir declaraciones en procedimientos judiciales y desahogar prueba testimonial con respecto a sus actuaciones en su calidad de tales. Dichas declaraciones deberán hacerse por escrito cuando se trate de asuntos privados, y cuando así lo ordene el juez nacional competente³¹.

Art. 177. En materia de recepción de prueba en litigios que se ventilen en el extranjero, las embajadas, consulados y miembros del Servicio Exterior Mexicano estarán a lo dispuesto en los tratados y convenciones de los que México sea parte y a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano, su reglamento y demás disposiciones aplicables³².

Art. 178. La obligación de exhibir documentos y cosas en procesos que se sigan en el extranjero no comprenderá la de exhibir documentos o copias de documentos identificados por características genéricas.

En ningún caso podrá un tribunal nacional ordenar ni llevar a cabo la inspección general de archivos que no sean de acceso al público, salvo en los casos permitidos por las leyes mexicanas³³.

Art. 179. Cuando se solicitare el desahogo de una prueba testimonial o de cualquier declaración de parte para que produzca efectos en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente en los términos que prescribe el código procesal aplicable.

Para ello será necesario que se acredite ante el tribunal del desahogo, que los hechos materia del interrogatorio están relacionados con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de la autoridad exhortante³⁴.

Art. 180. La prueba del estado civil obtenido en el extranjero se regula conforme a los medios de prueba establecidos en el orden jurídico del lugar de su constitución.

La prueba del estado civil adquirido en el extranjero se hará mediante los medios a que alude el párrafo anterior. Cuando en el lugar en que se constituyó el estado civil hubiesen desaparecido los registros o constancias, se admitirá cualquier medio de prueba que conduzca a la demostración del

³¹ Se deroga el art. 563 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

³² Se deroga el art. 560 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

³³ Se deroga el art. 561 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

³⁴ Se deroga el art. 563 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Se deroga el art. 1269, segundo y tercer párrafos del Código de Comercio.

acto, a juicio del juez.

Art. 181. La obligación de exhibir documentos o cosas en procesos que se tramiten en el extranjero, no comprenderá la de exhibir documentos o copias de documentos identificados por características generales.

En ningún caso podrá un tribunal ordenar ni llevar a cabo la inspección de archivos que no sean de acceso público, salvo en los casos permitidos por el orden jurídico designado.³⁵

Art. 182. Para que hagan fe los documentos públicos extranjeros, salvo lo que prescriban los tratados internacionales, deberán presentarse legalizados por las autoridades consulares mexicanas competentes conforme a las leyes aplicables. Los que fueren transmitidos internacionalmente por conducto oficial para producir efectos legales, no requerirán de legalización.³⁶

Art. 183. Salvo que una sentencia extranjera se presente ante los tribunales mexicanos para su ejecución coactiva, esta será reconocida en México como cualquier otro documento y sin necesidad de procedimiento especial de exequátur, pero sus efectos se regularán conforme a lo establecido en las leyes mexicanas, salvo que en esta Ley o los convenios internacionales aplicables se prescriba otra cosa.

Art. 184. Los procedimientos relativos a la adopción de menores, tutela o curatela de los incapaces se garantizan como un derecho humano fundamental, ninguno podrá ser dado a la publicidad, salvo a las personas directamente interesadas. La autoridad será responsable por el incumplimiento de esta disposición.

5. Cooperación internacional

Art. 185. La cooperación judicial internacional se regirá por las disposiciones de esta Ley y demás leyes aplicables, salvo lo establecido en los tratados y convenciones aplicables.³⁷

Art. 186. Los tribunales mexicanos podrán solicitar del Servicio Exterior Mexicano su auxilio y cooperación para realizar actos relacionados con un proceso que se trate de tramitar o se esté tramitando, en los términos previstos por los convenios internacionales vigentes, esta Ley, así como el Código Federal

³⁵ Se deroga el art. 561 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

³⁶ Se deroga el art. 546 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

³⁷ Se deroga el art. 549 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

de Procedimientos Civiles, la Ley Federal del Trabajo, o cualquier ley procesal.

Art. 187. La práctica de diligencias en país extranjero para producir efectos en juicios que se tramiten ante tribunales nacionales, podrá encomendarse a los miembros del Servicio Exterior Mexicano por los tribunales que conozcan del asunto, caso en el cual dichas diligencias deberán practicarse conforme a las disposiciones de esta Ley dentro de los límites que permita el derecho internacional.

En los casos en que así proceda, dichos miembros podrán solicitar a las autoridades extranjeras competentes, su cooperación en la práctica de las diligencias encomendadas. En términos similares, las autoridades consulares extranjeras podrán solicitar el auxilio de los tribunales mexicanos³⁸.

a) Exhortos o cartas rogatorias internacionales

Art. 188. Los exhortos internacionales que se reciban sólo requerirán homologación cuando requieran ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto por el apartado relativo a la ejecución de sentencias establecidas en esta Ley. Los exhortos relativos a notificaciones, recepción de pruebas y a otros asuntos de mero trámite se diligenciarán sin formar incidente o procedimiento especial³⁹.

Art. 189. Las resoluciones solicitadas por medio de exhortos internacionales que se reciban sólo requerirán de homologación cuando requieran de ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos.

Los exhortos relativos a notificaciones, recepción de pruebas y a otros asuntos de mero trámite se diligenciarán cuando proceda, sin necesidad de seguir un procedimiento homologatorio de acuerdo con las siguientes disposiciones:

- a) La diligenciación de exhortos o el obsequio de otras solicitudes de mera cooperación internacional se llevará a cabo por los tribunales del Estado, en los términos y dentro de los límites de esta Ley y demás leyes aplicables.
- b) Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal exhortado podrá conceder la simplificación de formalidades o la observancia de formalidades

³⁸ Se deroga el art. 548 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Se deroga el art. 1073 del Código de Comercio.

³⁹ Se deroga el art. 554 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

distintas a las mexicanas, a solicitud del juez exhortante o de la parte interesada, si esto no resulta lesivo al orden público y especialmente a las garantías individuales; la petición deberá contener la descripción de las formalidades cuya aplicación se solicite para la diligenciación del exhorto o carta rogatoria⁴⁰.

- c) A solicitud de parte legítima, podrán llevarse a cabo actos de notificación o de emplazamiento, o de recepción de pruebas, para ser utilizados en procesos en el extranjero, en la vía de jurisdicción voluntaria o de diligencias preparatorias previstas en esta Ley.
- d) Si en una solicitud de cooperación no se presentasen todos los documentos necesarios, la solicitud no se rechazará, en su caso, el juez podrá conceder un plazo de hasta 45 días para presentar la documentación necesaria.
- e) Los tribunales que remitan al extranjero exhortos internacionales o que los reciban, los tramitarán por duplicado y conservarán éste para constancia de lo enviado, o de lo recibido y de lo actuado⁴¹.

Art. 190. Los exhortos que se remitan al extranjero serán comunicaciones oficiales escritas que contendrán la petición de realización de las actuaciones necesarias en el proceso en que se expidan. Dichas comunicaciones contendrán los datos informativos necesarios y las copias certificadas, cédulas, copias de traslado y demás anexos procedentes según sea el caso.

No se exigirán requisitos de forma adicionales respecto de los exhortos que provengan del extranjero⁴².

Art. 191. Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad competente o central del Estado requirente o requerido según sea el caso.

Art. 192. 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 el orden jurídico del Estado en donde se deban de diligenciar. La participación de particulares

⁴⁰ Se deroga el art. 555 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁴¹ Se deroga el art. 556 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁴² Se deroga el art. 550 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Se deroga el art. 1074 del Código de Comercio.

en la transmisión del exhorto anula los privilegios previstos en este artículo⁴³.

Art. 193. Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad competente o central del Estado requirente o requerido según sea el caso, salvo lo que prescriban los tratados internacionales que rijan al caso⁴⁴.

Art. 194. Todo exhorto internacional que se reciba del extranjero en idioma distinto del español deberá acompañarse de su traducción. Salvo deficiencia evidente u objeción de parte, se procederá a una traducción por persona designada por el juez con cargo al presupuesto estatal⁴⁵.

Cuando tuviere que traducirse un documento, el plazo que se otorgue se contará desde que la traducción esté disponible, debiendo realizarse dicha traducción a la mayor brevedad posible.

Cuando las personas no hablen o no entiendan el idioma español, deberá proveerse traductor o intérprete, y se les permitirá hacer uso de su propia lengua o idioma, al igual que las personas que tengan algún impedimento para darse a entender. En el caso de que el declarante no hable o entienda el idioma español deberá ser asistido por traductor o intérprete. El declarante podrá nombrar traductor o intérprete de su confianza, por su cuenta.

Art. 195. Los exhortos internacionales que se reciban sólo requerirán homologación cuando requieran ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto por el apartado relativo a la ejecución de sentencias establecidas en esta Ley. Los exhortos relativos a notificaciones, recepción de pruebas y a otros asuntos de mero trámite se diligenciarán sin formar incidente o procedimiento especial⁴⁶.

Art. 196. Los exhortos internacionales que se reciban serán diligenciados conforme a las leyes mexicanas, salvo lo establecido en los tratados internacionales.

Art. 197. Dependiendo de las tecnologías empleadas entre exhortante y exhortado, podrá recurrirse a videoconferencias para la realización de los actos procesales. Se exigirá, mínimamente, que los sujetos que declaren

⁴³ Se deroga el art. 552 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁴⁴ Se deroga el art. 551 del Código Federal de Procedimientos Civiles

⁴⁵ Se deroga el art. 553 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁴⁶ Se deroga el art. 554 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

sean identificados plenamente a satisfacción del requirente del acto.

b) Medios especiales de cooperación

Art. 198. Solo podrá ser desconocida la adopción constituida en el extranjero cuando sea manifiestamente contraria al orden público, o contrario al interés superior del niño. La oposición solo podrá ser examinada en torno al interés superior del menor, no el de los padres u otras personas.

El reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero implica 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 en que ha tenido lugar la adopción.
- d) No se reconocerá en México la adopción constituida en el extranjero cuando el adoptante sea mexicano o hubiese estado domiciliado en México durante los últimos tres años, si no fue declarada previamente la idoneidad del adoptante por alguna autoridad mexicana.

Art. 199. En México serán reconocidas las resoluciones extranjeras que condenen al pago de una pensión alimenticia siempre y cuando no ofendan el orden público y que la resolución reúna las siguientes condiciones:

- a) Que el juez o autoridad que dictó la sentencia haya tenido competencia en la esfera internacional, en los términos establecidos en esta Ley o tratados aplicables, para conocer y juzgar el asunto.
- b) Que la sentencia y los documentos anexos requeridos estén debidamente traducidos al castellano.
- c) Que la sentencia y los documentos anexos se presenten debidamente legalizados de acuerdo con las leyes mexicanas aplicables, cuando sea necesario. La legalización podrá ser sustituida por una apostilla cuando el derecho convencional internacional lo permita.
- d) En los casos en que la solicitud de cooperación sea transmitida por medio de autoridad central, vía consular o cualquier otra vía establecida en los tratados aplicables, será innecesario la legalización o el apostillamiento. Se requerirá de legalización en cualquier caso en que un particular realice el traslado o parte de la documentación.

- e) Que la sentencia y los documentos anexos se encuentren legalizados o apostillados, de forma tal que estén revestidos de las formalidades externas necesarias para que sean considerados auténticos en el Estado de donde proceden.
- f) Que durante el juicio del que derivó la sentencia se haya asegurado la defensa de las partes (demandante y demandado).

Art. 200. Son documentos de comprobación indispensable para solicitar el cumplimiento de las sentencias de condena sobre alimentos los siguientes:

- a) Copia auténtica de la sentencia.
- b) Copia auténtica o de las constancias que acrediten necesarias para acreditar que se ha dado cumplimiento a los incisos e), f) y h) del artículo anterior.

Art. 201. Solo se aplicarán las medidas cautelares consistentes en el pago de pensiones alimenticias cuando exista resolución judicial o prueba incontrovertible de que el condenado es deudor alimentista, o cuando así lo establezca un tratado internacional vigente para México.

Art. 202. Salvo lo previsto en convenios internacionales, la solicitud de restitución a las autoridades mexicano podrá presentarse:

- a) Mediante exhorto o carta rogatoria.
- b) Mediante solicitud a la Autoridad central mexicana.
- c) Directamente, o por la vía diplomática o la consular.

Art. 203. Salvo lo previsto en tratados o convenios internacionales, toda solicitud de restitución de un menor, proveniente del extranjero, se presentará ante las autoridades mexicanas, por conducto de la autoridad central del Estado donde el menor tenía su residencia o de la autoridad central mexicana cuando el menor se encuentre en México.

La solicitud de restitución de un menor, con la que se inicia el procedimiento debe contener:

- a) Antecedentes de los hechos relativos a la retención, traslado o sustracción, en la que se incluirá la información suficiente respecto a:
 - i) El solicitante.
 - ii) El menor sustraído, trasladado o retenido.
 - iii) La persona que trasladó o retuvo al menor si fuere posible.
- b) Información relativa a la ubicación posible del menor, así como las circunstancias en que se realizó el traslado, sustracción o retención.
- c) Los fundamentos jurídicos para la petición.
- d) A la solicitud se le anexará:

- i. Copia de la resolución que motive la demanda y comprobación sumaria de la situación fáctica.
 - ii. Documentación que acredite la legitimación procesal.
 - iii. Certificación oficial de la autoridad central o cualquier otra autoridad competente respecto del derecho vigente en la materia en el Estado donde se hace la solicitud.
 - iv. Las traducciones necesarias.
 - v. Indicación de las medidas indispensables para hacer efectivo el retorno.
 - vi. La autoridad competente podrá prescindir de algunos de estos requisitos si a su juicio se justificara la restitución.
- e) Toda petición de restitución será preferente y deberá concluir en un plazo no mayor de 6 semanas a partir de su interposición, contando días hábiles e inhábiles. Si la autoridad administrativa o judicial excede este plazo estarán obligadas a rendir un informe al requirente, a petición del interesado, que justifique y explique su retraso.
- f) Ningún procedimiento de custodia tramitado en México suspenderá la restitución.

Art. 204. Presentada la solicitud de restitución, el juez dispondrá de un plazo de veinticuatro horas para admitir o desecharla, ordenar correr traslado a la parte de la que se afirma tiene retenido o ha sustraído a un menor para que con los apercibimientos legales correspondientes, acuda al juzgado dentro de los tres días hábiles siguientes con el menor o menores que han sido ilícitamente retenidos o trasladados y manifieste:

- a) Si acepta restituir voluntariamente al menor; o
- b) Si opone alguna excepción.
- c) El Ministerio Público deberá ser notificado de la solicitud interpuesta así como el DIF, quienes serán oídos.
- d) En la audiencia que al efecto deberá celebrar el juez a más tardar dentro de los siete días siguientes se presentarán y desahogaran las pruebas que se ofrecieren, las que solo se referirán a falta de derecho del solicitante.
- e) Concluidas las pruebas y alegatos orales, el juez dispondrá de un plazo de cinco días para resolver, aceptando la restitución o rechazándola.
- f) Antes de hacer la notificación a que se refiere esta disposición o al

momento de hacerla, se asegurará al menor a fin de que no pueda ser trasladado a otro lugar.

Art. 205. La autoridad mexicana reconocerá la resolución extranjera derivada de un asunto sucesorio cuando los bienes que integran la masa sucesoria se encuentren en México según las siguientes normas:

- a) Será competente la autoridad mexicana para la adjudicación de bienes inmuebles ubicados en México.
- b) Si la declaratoria de herederos omitió a un mexicano o un extranjero residente en México, solo se reconocerá si es compatible con la legislación local que impiden suceder a la persona excluida.

Art. 206. Las resoluciones laborales dictadas por tribunales extranjeros serán reconocidas y ejecutadas en México, de acuerdo con lo establecido en los tratados y convenciones internacionales; en su defecto se estará a lo que establece la Ley Federal del Trabajo. El mismo principio se aplicará a los efectos que dichas resoluciones produzcan.

Art. 207. Las resoluciones mencionadas en el artículo anterior podrán ser ejecutadas siempre que se compruebe que satisfacen los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido dictadas por autoridad competente de acuerdo con las reglas de competencia reconocidas en la esfera internacional.
- b) Que se haya notificado o emplazado en forma personal el demandado para que compareciera al proceso del cual derivó la sentencia.
- c) Que tenga el carácter de cosa juzgada, en el país de donde proceda.
- d) Que no contravenga el orden público mexicano.

Art. 208. La solicitud de ejecución deberá tramitarse mediante exhorto, que cumpla las formalidades establecidas en esta Ley, debiendo ir acompañada de una copia auténtica de la resolución, de los documentos que comprueben la autenticidad de las traducciones oficiales, y transmitirse por medio de la autoridad central mexicana o por vía consular.

Art. 209. Los exhortos que se remitan al extranjero o que se reciban de él, en cuanto a sus formalidades y en general a la cooperación procesal internacional, se sujetarán a lo dispuesto por los convenios o tratados internacionales aplicables, esta Ley y a falta de disposición expresa, conforme a lo establecido en el Código Federal de Procedimientos Civiles⁴⁷.

⁴⁷ Se deroga el art. 549 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Art. 210. Si de acuerdo al orden jurídico de otro país, y tratándose de ciudades fronterizas con ese otro país, que requieran enviar o recibir un exhorto, este podrá ser enviado por personal del tribunal; en cuyo caso no se requerirá de legalización ni apostillamiento.

Art. 211. La entrega de resultados o devolución de los exhortos se hará por la misma vía en que se recibió, o por la vía en que lo pida el tribunal exhortante.

6. Reconocimiento de laudos, resoluciones y sentencias extranjeras

Art. 212. Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones extranjeras producirán efecto y serán reconocidas en México en todo lo que no sea contrario al orden público en los términos de esta Ley y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea Estado-parte.

Tratándose de sentencias laudos arbitrales o resoluciones judiciales o jurisdiccionales que únicamente vayan a utilizarse como prueba, será suficiente que las mismas llenen los requisitos necesarios para ser consideradas como documentos auténticos.

Los efectos que las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones extranjeras produzcan en México estarán regidos por esta Ley, el Código Civil y el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás leyes aplicables⁴⁸.

Los acuerdos o transacciones judiciales interpartes, validados por un tribunal competente, podrán estimarse como sentencias para efectos de su ejecución⁴⁹.

La forma y el fondo de la sentencia extranjera, así como los procedimientos seguidos para obtenerla estarán regulados por el orden jurídico del lugar del juez sentenciador.

Art. 213. Las sentencias, laudos y resoluciones dictados en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución en México de acuerdo con los tratados internacionales de que México sea Estado-parte y a falta de estos, deberá cumplirse con las siguientes condiciones⁵⁰:

⁴⁸ Se deroga el art. 569 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁴⁹ Se deroga el art. 570 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁵⁰ Se deroga el art. 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Se deroga el art. 1347-A del Código de Comercio.

- a) Que se hayan satisfecho las formalidades previstas en esta Ley en materia de exhortos provenientes del extranjero.
- b) Tratándose de laudos arbitrales, no se requerirá de exhorto o carta rogatoria.
- c) Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real.
- d) Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por las leyes mexicanas.
- e) Que el condenado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas, en especial, de modo que se le garantice el conocimiento del asunto que se le notifica, así como el derecho y un plazo razonable para comparecer y defenderse en juicio.
- f) Que tengan carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictadas, o que no exista recurso ordinario en su contra.
- g) Que la acción que le dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante algún otro tribunal del Estado en que se dictó la sentencia o ante los tribunales mexicanos en el que hubiere prevenido algún tribunal mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores, autoridad central o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva.
- h) Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público o que la sentencia o resolución se no hubiese obtenido con fraude a la ley mexicana.
- i) Ninguna sentencia o resolución extranjera será reconocida en México si se demuestra que esta sentencia no es reconocida o ejecutada en todo el territorio del Estado en que se dictó.
- j) Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

Art. 214. Al exhorto del juez o autoridad requirente deberá acompañarse de la siguiente documentación:

- a) Copia auténtica de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional.
- b) Copia auténtica de las constancias que acrediten que se cumplió con las condiciones previstas en los incisos e) y f) del artículo anterior.
- c) Las traducciones al español que sean necesarias al efecto.
- d) Que el ejecutante haya señalado domicilio para oír notificaciones en el lugar de la homologación. En el caso de que no se hubiese señalado domicilio para oír y recibir notificaciones, las mismas se le harán a través de cédula que se fijará en los estrados del juzgado o tribunal de exequátur⁵¹.

Si se tratare de laudo arbitral, deberá anexarse además el original o copia certificada del acuerdo arbitral.

Art. 215. El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras se sujetará a las siguientes reglas:

- a) El tribunal competente para ejecutar una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, será el del domicilio o residencia del ejecutado o el del lugar donde se encuentran los bienes sobre los que podrá ejecutarse la sentencia.
- b) El procedimiento de homologación de sentencia, laudo o resolución extranjera se abrirá con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se concederá plazo particular de nueve días hábiles para exponer defensas y para ejercitar los derechos que les correspondieren; y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá exclusivamente a cargo del oferente salvo razón fundada. La resolución que se dicte será apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución, y en el efecto devolutivo si se concediere⁵².
- c) Si el exhortante autoriza en la carta rogatoria a un apoderado autorizado, el exhortado le dará intervención sin necesidad de poder especial, bastando que se especifiquen las facultades del apoderado.
- d) Si en la resolución que se pretende ejecutar se encuentra inmiscuido algún menor de edad, el juez de exequátur gozará de plenitud de jurisdicción cuyo objetivo se enderezará a lograr el mejor interés del menor. De este poder también gozará el tribunal de apelación.

⁵¹ Se deroga el art. 572 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁵² Se deroga el art. 574 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

- e) Los gastos que se generen con motivo del exequátur y, en su caso, en la ejecución de una sentencia extranjera, correrán a cargo de cada interesado, sin perjuicio de que después, en el procedimiento correspondiente, se resuelva quién deberá soportar los gastos definitivos.
- f) La resolución deberá pronunciarse en un plazo no mayor de tres días a partir del desahogo de la última probanza.
- g) La resolución que se dicte será apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución, y en el efecto devolutivo si se concediere.
- h) Todas las cuestiones relativas a depositaría, avalúo, remate y demás relacionadas con la liquidación y ejecución coactiva de sentencia dictada por tribunal extranjero serán resueltas por el tribunal exhortado⁵³.

En el caso de que un tercero reclame como de su propiedad alguno de los bienes sobre los que ha de ejecutarse la sentencia o sobre los que se ejecute, será citado a una audiencia dentro de los próximos cinco días, a la que comparecerán las otras partes, y en la que deberá probar la propiedad sobre los bienes, debiendo el juez resolver dentro de los próximos tres días.

1. La distribución de los fondos resultantes del remate, hasta por la cantidad establecida en la sentencia, quedará a disposición del juez sentenciador extranjero⁵⁴.

2. Ni el tribunal de primera instancia ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre los fundamentos del hecho o de derecho en que se apoye, ni exigir equivalencia de resultados del fallo extranjero con respecto al propio, limitándose solamente a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en esta Ley⁵⁵.

3. Si una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional extranjera no pudiera tener efectos en su totalidad, el tribunal podrá admitir efectos parciales⁵⁶.

4. Si el juez al que se le presente la solicitud de reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera encuentra que alguno de los actos que

⁵³ Se deroga el primer párrafo del art. 576 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁵⁴ Se deroga el segundo párrafo del art. 576 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁵⁵ Se deroga el art. 575 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

⁵⁶ Se deroga el art. 577 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

se le pide ejecutar no está dentro de su poder o competencia, pero estima que otro órgano mexicano es el competente, le retransmitirá la solicitud y documentos necesarios para que le dé cumplimiento a lo solicitado. Informará de su actuar al solicitante. En este caso, sin necesidad de que sea solicitado por el juez sentenciador.

5. En la resolución homologatoria el juez deberá especificar, si fuere el caso, qué parte del procedimiento de ejecución podrá ejecutarse siguiendo formas especiales o distintas a las nacionales, en los términos del artículo. 189, inciso b. En este caso, especificará el procedimiento a seguir.

XII. MODIFICACIÓN A LA LEY DEL SERVICIO EXTERIOR

Se propone la modificación a la Ley del Servicio Exterior Mexicano para ello se sugieren incluir los siguientes artículos:

Art. 1. El cónsul mexicano está facultado para otorgar en el extranjero, formalidad habilitante consistente en la dispensa de consentimiento o de edad cuando se trate de un mexicano, debiendo informar al encargado del registro civil de la entidad federativa en que estuvo domiciliado el menor. A su vez, el encargado del registro civil, deberá informar a los padres o tutores del mismo, si conociese su domicilio o residencia.

Art. 2. Los cónsules mexicanos acreditados en el extranjero podrán celebrar el matrimonio de dos personas de nacionalidad mexicana que residan en la circunscripción territorial del cónsul, siempre y cuando a ello no se opongan los tratados internacionales y el orden jurídico del lugar en que se encuentran adscritos.

En este caso, el cónsul actuará en funciones de encargado del registro civil, aplicando las disposiciones correspondientes de la Ley de Derecho Internacional Privado respecto a capacidad y forma del matrimonio. Hará el registro del matrimonio en los términos que le indique la Secretaría de Relaciones Exteriores y extenderá las copias que le sean solicitadas. Enviará, para su inscripción, una copia del acta a las autoridades del Registro Civil de la entidad federativa que los contrayentes le indiquen y donde hubiesen tenido su última residencia en territorio mexicano.

En términos similares podrán actuar los cónsules extranjeros acreditados en México, cuando el orden jurídico del Estado que representan así lo admita y los tratados que México ha celebrado con ese país así lo admitan.

El cónsul mexicano acreditado en el extranjero podrá registrar en sus archivos el matrimonio de mexicanos celebrado ante las autoridades del país en que el funcionario está acreditado. Este registro produce su reconocimiento en México.

Art. 3. El cónsul mexicano acreditado en el extranjero podrá registrar en sus archivos el divorcio, nulidad de matrimonio o la separación de mexicanos, obtenido ante las autoridades del país en que el cónsul está acreditado. Este registro produce su reconocimiento en México.

Art. 4. Los mexicanos podrán otorgar o revocar su testamento en el extranjero ante el cónsul mexicano acreditado en la circunscripción del testador. En este caso, el orden jurídico aplicable a la forma, capacidad del testador y validez será la establecida en la Ley de Derecho Internacional Privado.

El testamento será enviado a la Oficina del Registro de Notarías de la entidad federativa que indique el testador.

Art. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el derecho convencional internacional o en otras disposiciones, los cónsules mexicanos acreditados ante el Estado de recepción, tendrán las siguientes facultades en materia sucesoria:

- a) Expedir en el extranjero las actas de registro civil concernientes a la defunción de mexicanos y, en su caso, expedir copias certificadas de las mismas.
- b) Expedir y protocolizar los testamentos otorgados por los nacionales en el exterior, así como los actos de repudiación de herencias, sujetándose a lo dispuesto por la Ley de Derecho Internacional Privado y el Código Civil Federal.
- c) Recibir los testamentos otorgados por los mexicanos ante autoridades extranjeras cuando se pretenda que produzcan efectos en territorio nacional. Dichos testamentos serán remitidos al Archivo General de Notarías de lugar que indique el testador o donde hubiese tenido su último domicilio o residencia en territorio mexicano, para su depósito o inscripción según sea el caso, y se guardará una copia de los mismos en el Consulado. Lo mismo hará tratándose de los testamentos otorgados por extranjeros, siempre y cuando los tratados o el orden jurídico de ese lugar se los permita.
- d) Cuando los tratados así lo establezcan o sea permitido por el orden

jurídico del lugar donde esté adscrito el cónsul, este deberá utilizar las facultades que le permitan:

- Ser informados por las autoridades del Estado receptor sobre el fallecimiento de un mexicano o la apertura de un juicio sucesorio de un mexicano o en el que sea heredero e informar a las autoridades judiciales mexicanas competentes de dichos acontecimientos.
- Representar a los nacionales y tomar las medidas convenientes para su representación ante los tribunales y otras autoridades del Estado receptor, de conformidad con la práctica y los procedimientos en vigor en este último, a fin de lograr que se adopten las medidas provisionales de preservación de los derechos e intereses de dichos mexicanos cuando, por estar ausentes o por cualquier otra causa, no puedan defenderlos oportunamente.
- Recibir los bienes muebles pertenecientes a la masa hereditaria o el precio obtenido por la venta de los bienes muebles o inmuebles, para entregarlos, previa autorización de la autoridad competente, a la persona que se encuentre que sea declarado heredero o legatario, sin perjuicio de los pagos que hayan de realizarse por deudas o indemnizaciones a trabajadores o deudas de cualquier otra índole.
- Tomar las medidas necesarias a fin de salvaguardar o poner a salvo el dinero y los efectos personales que llevare consigo el mexicano que fallece viajando o en tránsito en el lugar de su adscripción.
- Fungir como administrador de la masa hereditaria cuando un nacional falleciere *ab intestato* en el extranjero, previo reconocimiento por la autoridad competente, con el objeto de atender la conservación y protección de tales bienes y salvaguardar los derechos de los herederos, en tanto se designa un albacea. Dicho funcionario consular podrá ser designado albacea de la sucesión, a discreción de la autoridad competente, cuando el mexicano fallecido no tuviere personas cercanas a él en dicho territorio que pudieran fungir como albaceas.
- Cobrar y recoger las indemnizaciones u otras de carácter parecido correspondientes a mexicanos el exterior, a fin de transmitirlos a los beneficiarios, debiendo comprobar ante el tribunal de la causa la entrega de dichas cantidades.

- Realizar directamente la partición y adjudicación de los bienes que conforman la masa hereditaria de un nacional fallecido en el extranjero, siempre que la sucesión sea de baja cuantía y que así lo permita el orden jurídico lugar de su adscripción.
- Así como todas aquellas facultades que le sean permitidas ejercer.

**Retos Actuales del Derecho
Internacional Privado**

Memorias del XXXVIII Seminario
de Derecho Internacional Privado
(Ciudad de México, 22-23 octubre de 2015)

Se terminó de imprimir en noviembre de 2016
en Sublicompany, S.A. de C.V.
José María Roa Bárcenas No. 176 Loc. A
Col. Vista Alegre
06860, México, D.F.

