

Derecho



internacional privado

María Elena Mansilla y Mejía

Colección textos jurídicos



Derecho

internacional privado

María Elena Mansilla y Mejía

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO



Copyright © 2014 por **IURE editores, S.A. de C.V.** y
María Elena Mansilla y Mejía, respecto a la primera edición de la obra

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Ninguna parte de esta obra podrá reproducirse, almacenarse o transmitirse en sistemas de recuperación alguno, ni por algún medio sin el previo permiso por escrito de

IURE editores, S.A. de C.V.

Para cualquier consulta al respecto, favor de dirigirse a nuestro domicilio ubicado en Michelet núm. 56, Col. Anzures, C.P. 11590 México, D.F.

Tel. 5280-0358, fax 5280-5997. www.iureeditores.com

Miembro de la Cámara Nacional de la Industria Editorial Mexicana, registro núm. 3329.

ISBN 978-607-616-037-4

Impreso en México - Printed in Mexico

Dirección editorial:
Olga Arvizu Bonnells
Gustavo Arvizu Bonnells
Jaime Arvizu Bonnells

Diseño de portada:
Heriberto Gachuz Chávez

Esta obra se terminó de imprimir en
septiembre de 2014 en los talleres de

Impresos y Acabados Editoriales

Calle 2 de abril, esq. Gustavo Baz
Col. Ampliación Vista Hermosa,
CP 54400 Nicolás Romero, Edo. Méx.

Se imprimieron 1000 ejemplares
más sobrantes para reposición.

A mis alumnos

Contenido

Introducción xxi

Abreviaturas y siglas xxiii

Unidad 1. **Ciencia del derecho** 1

1.1 Concepto de derecho 1

1.2 El derecho como ciencia 2

1.3 Elementos de la ciencia del derecho 4

1.4 Sistemática jurídica 4

Teoría de la naturaleza de la relación 4

1.5 Derecho público y derecho privado 5

1.5.1 Derecho público 5

1.5.2 Derecho privado 6

1.5.3 Derecho social 7

1.6 Técnica jurídica 8

1.7 Derecho internacional público 11

1.8 Derecho internacional público y derecho internacional privado.
Diferencias y similitudes 12

Unidad 2. Marco teórico del derecho internacional privado 15

- 2.1 Planteamiento del problema 15
- 2.2 Doctrinas alemana e italiana 17
- 2.3 Doctrina francesa 18
- 2.4 Doctrina española 22
- 2.5 Doctrina sajona 23
- 2.6 Doctrinas aplicadas en México 25

Unidad 3. Derecho de la nacionalidad 27

- Introducción 27
- 3.1 Nación, Estado, nacionalidad y ciudadanía 27
 - 3.1.1 ¿Qué es la nación? 28
 - 3.1.2 ¿Qué es el Estado? 30
 - 3.1.3 ¿Qué es la nacionalidad? 32
 - 3.1.4 ¿Qué es la ciudadanía? 33
 - Reforma del artículo 37 constitucional de 2013 y decreto de 2014 34
- 3.2 Derecho de la nacionalidad 35
 - 3.2.1 Nacionalidad de origen y nacionalidad derivada 37
 - 3.2.2 Nacionalidad mexicana por nacimiento 37
- 3.3 Atribución de la nacionalidad mexicana por nacimiento en embarcaciones y aeronaves: ficción jurídica 38
 - 3.3.1 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* 38
 - 3.3.1.1 *Código Civil Federal* 39
 - 3.3.1.2 Nacimientos en embarcaciones mexicanas: *Ley de Navegación* 39
 - 3.3.1.3 Nacimientos en aeronaves: *Ley de Aviación Civil* 41
- 3.4 Artículos 32 y 37 constitucionales y la nacionalidad por nacimiento 42
 - 3.4.1 Artículo 32 constitucional 42
 - 3.4.2 Artículo 37 constitucional 44
- 3.5 Nacionalidad mexicana por naturalización 46
 - 3.5.1 Naturalización ordinaria 46
 - 3.5.2 Naturalización especial 47
 - 3.5.3 Naturalización automática 49
- 3.6 Conservación de la nacionalidad 50
- 3.7 Suspensión del procedimiento de naturalización 51
- 3.8 No expedición de la carta de naturalización 51
- 3.9 Nulidad de la carta de naturalización 52

3.10 Pérdida de la nacionalidad mexicana por naturalización 53

- 3.11 Sanciones 54
 - 3.11.1 Sanciones a los mexicanos 54
 - 3.11.2 Sanciones a los extranjeros 54
 - 3.11.3 Sanción administrativa y sanción penal 55

Unidad 4. Las personas jurídicas en el derecho de la nacionalidad 56

- 4.1 Naturaleza de las personas jurídicas 56
- 4.2 Atributos de las personas jurídicas 57
- 4.3 Nacionalidad de las personas jurídicas 58
- 4.4 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* 59
- 4.5 Nacionalidad de las personas jurídicas en los códigos civiles Federal y del Distrito Federal 59
- 4.6 Nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho mercantil 61
- 4.7 Nacionalidad de las personas jurídicas en la *Ley de Inversión Extranjera* 62
- 4.8 Convención sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas 63

Unidad 5. Condición jurídica de extranjeros 68

- 5.1 Consideraciones previas 68
- 5.2 Régimen jurídico de los extranjeros 70
- 5.3 Niveles de estudio de los extranjeros 72
 - Los extranjeros como personas 72
- 5.4 Los extranjeros como personas físicas 73
- 5.5 Marco jurídico de los extranjeros 73
 - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* 73
- 5.6 Ley de Migración: generalidades 74
 - 5.6.1 Reformas 74
 - 5.6.2 Análisis de la *Ley de Migración* 75
 - 5.6.3 Principios 75
 - 5.6.4 Conceptos 76
 - 5.6.5 Aspectos favorables de la ley: protección 76
 - 5.6.6 Aspectos incongruentes: nueva terminología y excesiva flexibilidad 77
 - 5.6.7 Autoridades que participan 77
 - 5.6.8 Regulación migratoria 78

5.6.8.1	Residente temporal en sentido amplio	78
5.6.8.2	Residente permanente	81
5.6.9	Derechos y obligaciones de los extranjeros	82
5.6.10	Ingreso de los extranjeros al país	82
5.6.11	Funciones del Instituto Nacional de Migración	83
5.6.12	Vía administrativa	83
5.6.13	Vía judicial	84
5.6.13.1	Sanciones	84
5.6.13.2	Sanciones administrativas o judiciales a personas físicas	84
5.6.13.3	Sanciones administrativas a las personas jurídicas	85
5.6.13.4	Sanciones administrativas a los servidores públicos	85
5.6.14	Sanciones penales	86
5.7	Los extranjeros en el <i>Tratado de Libre Comercio de América del Norte</i>	87
5.8	Personas de negocios pertenecientes al Foro de Cooperación Asia-Pacífico	92
Unidad 6. Limitaciones en la estancia y permanencia de los extranjeros 94		
6.1	Consideraciones previas	94
6.2	Del retorno asistido y la deportación de los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio nacional	95
6.2.1	Retorno asistido	95
6.2.1.1	Naturaleza jurídica del retorno asistido	95
6.2.1.2	Personas vulnerables	96
6.3	Deportación	97
6.3.1	Naturaleza jurídica de la deportación	97
6.3.2	Causas de deportación	98
6.4	Expulsión	99
6.4.1	Naturaleza jurídica de la expulsión	100
6.4.2	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>	100
6.4.3	<i>Ley de Migración</i>	101
6.4.4	Procedimiento de expulsión	102
6.5	Extradición	103
6.5.1	Naturaleza jurídica y fines de la extradición	103
6.5.2	Principios que rigen la extradición	103

6.5.3	Clases de extradición	104
6.5.4	Procedencia de la extradición	105
6.5.5	Ubicación de la extradición	105
6.6	Caso Álvarez Machain	106
6.7	Traslado de personas y de personas condenadas	107
6.7.1	Naturaleza jurídica del traslado de personas condenadas	107
6.7.2	Análisis del <i>Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas</i>	107
6.7.2.1	Situación legal de Florence Cassez en México	108
6.7.2.2	Indulto	110
6.7.2.3	Los casos Cutting y Cassez	113
6.8	Ejecución de sentencias penales	114
6.8.1	Naturaleza jurídica del <i>Tratado de Ejecución de Sentencias Penales</i>	115
6.8.2	Objeto y sujetos del tratado	115
6.8.3	Requisitos de procedencia	116
6.8.4	Garantías del reo y del inimputable	117
6.8.5	Derechos y obligaciones de los Estados parte	117
6.8.6	Derecho aplicable	118
6.8.7	Vinculación con el Estado trasladante	118
Unidad 7. Los extranjeros en cuanto a sus bienes 119		
7.1	Capacidad de los extranjeros para adquirir bienes	119
7.2	Derecho aplicable a los extranjeros en relación con los inmuebles	119
	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>	120
7.3	Cláusula Calvo	120
7.4	<i>Ley de Inversión Extranjera</i>	121
7.4.1	Adquisición de bienes inmuebles por los extranjeros	122
7.4.2	Artículo 10 de la <i>Ley de Inversión Extranjera</i>	122
7.4.3	Anticonstitucionalidad del artículo 10 de la <i>Ley de Inversión Extranjera</i>	123
7.5	Artículo 10A de la <i>Ley de Inversión Extranjera</i>	128
Unidad 8. Los extranjeros y sus inversiones 129		
8.1	<i>Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos</i>	129
8.1.1	Sector público	130
8.1.2	Sector social	131

8.1.3 Sector privado	131
8.2 Antecedentes de la <i>Ley de Inversión Extranjera</i>	132
8.3 <i>Ley de Inversión Extranjera de 1993</i>	133
8.3.1 Objeto de la inversión extranjera	133
8.3.2 ¿Cuándo hay inversión extranjera? y ¿quiénes la realizan?	134
8.4 Interpretación del artículo 17 de la <i>Ley de Inversión Extranjera</i>	137
8.5 Áreas de producción y clases de inversión	139
8.5.1 Áreas estratégicas	140
8.5.2 Áreas prioritarias	141
8.5.3 Área privada: inversión extranjera	142
8.5.3.1 Inversión extranjera directa	142
8.5.3.2 Disposiciones transitorias de la <i>Ley de Inversión Extranjera</i>	145
8.5.3.3 Efectos de la inversión extranjera directa	146
8.5.4 Inversión extranjera indirecta	147
8.5.5 Inversión neutra	148
8.6 Reformas constitucionales de 2013 y 2014	150
8.6.1 Reformas de junio de 2013	151
8.6.2 Reformas del 20 de diciembre de 2013	153
8.6.3 Reformas de 2014	158
Unidad 9. Dimensiones de la inversión extranjera	160
9.1 Organización para la Cooperación Internacional y Desarrollo Económico	161
9.2 México en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)	162
9.3 Acuerdos multilaterales de inversión extranjera	164
9.4 Agencia Multilateral de Garantía para la Inversión	166
9.5 Acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones	167
9.6 Análisis del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y Singapur	168
9.6.1 Normatividad y sustantiva	168
9.6.2 Determinación de conceptos	168
9.6.3 Medios para la promoción de la inversión extranjera	169
9.6.4 Medidas de protección a la inversión extranjera	169
9.6.5 Normatividad adjetiva	171

9.6.6 Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones	171
9.6.7 Conflictos por interpretación o aplicación del acuerdo	171
9.6.8 Solución de controversias	172
9.6.9 Procedencia de la reclamación de arbitraje	173
9.6.10 Tribunal de arbitraje	173
9.6.11 Procedimiento	174
9.6.12 Medidas provisionales	174
9.6.13 Laudo y ejecución	174
9.6.14 Disposiciones finales	175
Unidad 10. Fuentes del derecho internacional privado	176
10.1 Consideraciones previas	176
10.2 Escuelas de los siglos x a xviii	177
10.3 Tendencias de los siglos xix y xx	177
10.4 Fuentes internas	179
10.4.1 Fuentes reales u ontológicas	179
10.4.2 Fuentes formales	180
10.5 Fuentes históricas	184
10.6 Escuela de los glosadores o escuela de derecho romano de Bolonia en los siglos x a xii	188
10.7 Escuela de los posglosadores en los siglos xii a xiv	189
10.8 Escuelas estatutarias francesas: siglos xvi y xvii	191
10.8.1 Escuela estatutaria francesa del siglo xvi	191
10.8.2 Escuela estatutaria francesa del siglo xvii	193
10.9 Escuela holandesa del siglo xviii	194
10.10 Escuela inglesa del siglo xviii	196
10.11 Siglo xviii: codificación de los principios de derecho internacional privado	196
10.12 Tendencias de los siglos xix y xx	197
10.13 Derecho internacional privado convencional	209
10.14 Derecho internacional privado institucional: tendencias regional y universal	210
10.15 <i>Lex mercatoria</i>	211
Unidad 11. Derecho internacional privado	214
11.1 Introducción	214
11.2 Problemas de derecho internacional privado	214

- 11.3 Sujetos de derecho internacional privado 215
- 11.4 Relaciones jurídicas 216
- 11.5 Objeto de estudio del derecho internacional privado 217
- 11.6 Métodos del derecho internacional privado 219
 - 11.6.1 ¿Qué es el método? 219
 - 11.6.2 Métodos y técnicas del derecho internacional privado 221
- 11.7 El doble método de J. Jitta 221
 - 11.7.1 Método individual 221
 - 11.7.2 Método universal 222
 - 11.7.3 Ley uniforme 223
 - 11.7.4 Tratados internacionales 223
 - 11.7.5 Método individual y método universal: similitudes y diferencias 224
 - 11.7.6 Métodos de **Werner Goldschmidt** 225
 - 11.7.6.1 Método directo 226
 - 11.7.6.2 Método indirecto 227
 - 11.7.6.3 Método analítico-analógico 227
 - 11.7.6.4 Método sintético-judicial 228
- 11.8 Ámbito de acción del derecho internacional privado 228
- 11.9 Fin del derecho internacional privado 229

Unidad 12. Técnicas del derecho internacional privado 231

- 12.1 Consideraciones previas 231
- 12.2 Técnicas directas 232
 - 12.2.1 Normas de aplicación inmediata 233
 - 12.2.2 Normas materiales 234
 - 12.2.3 Normas de vocación internacional 234
- 12.3 Técnica indirecta 234

Unidad 13. Punto de contacto 236

- 13.1 Presentación del problema 236
- 13.2 El punto de contacto o conexión para **Carrillo Salcedo** 236
- 13.3 Clasificación de los puntos de contacto 237
 - 13.3.1 Puntos de contacto únicos o múltiples 237
 - 13.3.2 Puntos de contacto mudables o inamovibles 239
 - 13.3.3 Puntos de contacto principales o subsidiarios 240
 - 13.3.4 Puntos de contacto alternativos o acumulativos 241
- 13.4 El punto de contacto para **Werner Goldschmidt** 242

- 13.4.1 Clases de puntos de conexión 242
 - 13.4.1.1 Punto de conexión de acuerdo con el objeto 242
- 13.4.2 Clasificación de acuerdo con el carácter de la conexión 243

Unidad 14. Técnicas de solución de los conflictos de leyes 246

- 14.1 Introducción 246
- 14.2 Métodos y técnicas de **Werner Goldschmidt** 247
 - 14.2.1 Técnicas directas 247
 - 14.2.1.1 Normas de aplicación inmediata 247
 - 14.2.1.2 Normas materiales 249
 - 14.2.1.3 Normas de vocación internacional 249
 - 14.2.1.4 La norma material y su diferencia con la norma conflictual 250
- 14.3 Técnica indirecta 251
- 14.4 Sistema conflictual tradicional 251
 - 14.4.1 Análisis de la norma conflictual 252
 - 14.4.2 ¿Qué es la norma conflictual? 252
 - 14.4.3 ¿Qué función tiene la norma conflictual? 252
 - 14.4.4 Clasificación de las normas conflictuales 253
 - 14.4.5 ¿Dónde se encuentra la norma conflictual? 254
 - 14.4.6 Naturaleza jurídica de la norma conflictual 254
 - 14.4.7 ¿Qué problemas se pueden presentar en la aplicación de la norma conflictual? 255
 - 14.4.8 Calificación: ¿Qué es calificar? 255
 - 14.4.9 Vías para calificar 256
 - 14.4.10 Supuesto y consecuencia de la norma conflictual 256
- 14.5 Reenvío 259
 - 14.5.1 ¿Qué es el reenvío? 261
 - 14.5.2 ¿De dónde proviene el reenvío? 261
 - 14.5.3 Naturaleza jurídica del reenvío 261
- 14.6 Reglas de **Maridakis** que determina la aplicación del derecho extranjero 263
- 14.7 Aplicación del derecho extranjero en México y las reglas de **Maridakis** 263
- 14.8 Análisis del reenvío 266
 - 14.8.1 El reenvío como género y sus especies 267
 - 14.8.1.1 Remisión simple 267
 - 14.8.1.2 Confirmación de la remisión 268

15.6.7	Aplicación del <i>forum non conveniens</i>	317
15.7	Relación entre el <i>forum shopping</i> y el <i>forum non conveniens</i>	318
15.8	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Convenio sobre los Acuerdos de Elección de Foro	319
15.9	Organización de los Estados Americanos	319
Unidad 16.	Cooperación procesal internacional	320
16.1	Antecedentes de la cooperación procesal internacional	321
16.2	Elementos de la cooperación procesal internacional	321
16.2.1	Sujetos de la cooperación	321
16.2.2	Objeto de la cooperación	322
16.3	Funciones de los tribunales	323
16.4	Clases de cooperación	324
16.5	Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados	324
16.6	Resoluciones judiciales	325
16.7	Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras	326
16.7.1	Sistemas de reconocimiento	326
16.7.2	Requisitos mínimos para el reconocimiento de sentencias extranjeras	327
16.7.3	Procedimiento para el reconocimiento, ejecución y eficacia de las sentencias extranjeras	327
16.7.4	Reconocimiento de las sentencias	327
16.7.5	Incidente de homologación	328
16.7.6	Efectos del reconocimiento	328
16.8	Cooperación procesal en el derecho mexicano	329
16.8.1	Cooperación procesal nacional	330
16.8.1.1	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	330
16.8.1.2	Código Federal de Procedimientos Civiles	332
16.8.1.3	Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	333
16.8.2	Cooperación procesal internacional	334
16.8.2.1	México en el derecho convencional	334
16.8.2.2	Organización de los Estados Americanos	335
16.8.2.3	Convenciones interamericanas en materia de cooperación procesal	335

16.8.2.4	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado	336
16.8.2.5	Organización de Naciones Unidas	336

Bibliografía	337
Índice de materias	347

Introducción

Esta obra pertenece a un área del derecho que ha tenido muchas transformaciones a través del tiempo, lo que no es novedad, todo cambia con el transcurso de los años; sin embargo, el desarrollo que el derecho internacional privado ha tenido le dieron una dimensión inimaginable en la segunda mitad del siglo xx.

Las polémicas que este derecho ha suscitado van desde el nombre que recibe, hasta el incursionar en todos los aspectos del campo jurídico.

El derecho internacional privado es polifacético, es una técnica aplicable en todas las ramas del derecho y ése es, precisamente, el encanto que atrae a su estudio, el saber que dará satisfacción a las distintas vocaciones jurídicas.

Es con el afán de mostrar la gran riqueza de este conocimiento y de su aplicación, lo que llevó finalmente a plasmar en un libro, parte de los muchos temas que le dan vida a este derecho, en el que el civilista, el penalista, el administrativista, el constitucionalista y el procesalista pueden desarrollar su vocación, tanto en el ámbito interno como en el internacional.

Esta proyección no se limita a la tradicional sistemática del derecho, se extiende a cada una de las subramas que han derivado de la división clásica del derecho en público, privado y social.

El libro que ahora sale a la luz, fue pensado y escrito con el deseo de transmitir a quien lo lea, y especialmente a los alumnos, la necesidad de su conocimiento, ya que cualquiera que sea su inclinación como juristas, siempre tendrán la dimensión internacional, tan necesaria en el empequeñecido y complejo mundo actual, en el que es imposible sustraerse a las relaciones con lo considerado extranjero y, particularmente con su derecho.

La obra consta de 16 unidades que por los vaivenes de los programas de estudio comprende las cuatro divisiones clásicas de:

- *Derecho de la nacionalidad*, en el que se resalta el problema de la nacionalidad otorgada y la adquirida, con sus efectos jurídicos.
- *La condición jurídica de los extranjeros*, donde se les estudia como personas, en cuanto a sus bienes y respecto de sus actos, para ello se acude a la Constitución, la Ley de Migración, la Ley de Inversión Extranjera, las reformas Constitucionales últimas, incluyéndose también el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones. Al efecto, en este punto, se tomó como referencia el Acuerdo celebrado entre México y Singapur, que al momento de escribir estas líneas era el último firmado por México.
- En la parte relativa a *conflicto de leyes*, que sin duda es el aspecto técnico de la materia, se buscó la forma de presentarlo lo más claro y sencillo posible, ya que si bien es un tema que puede parecer muy difícil, una vez que se entiende es fácil aplicarlo, es como un teorema matemático que una vez comprendido, su aplicación es sencilla, sólo requiere de una lógica jurídica, el primero, y de una lógica matemática, el segundo.
- Finalmente, en la competencia judicial se muestra lo necesario de *la cooperación entre Estados*, su implementación mediante convenciones y su incorporación al derecho mexicano interno. Esta cooperación internacional entre los Estados tiene dos grandes efectos: evita la impunidad de las personas que eluden el cumplimiento de sus obligaciones y el logro en el acatamiento de los compromisos internacionales.

Esta obra, que se ofrece al lector, pretende sencillez y claridad, es producto de la experiencia en la clase, de las inquietas preguntas de los estudiantes y del permanente gusto por esta materia.

LA AUTORA

Abreviaturas y siglas

ABTC	Tarjeta de Viajes para Personas de Negocios (por sus siglas en inglés)
AMI	Acuerdo Multilateral de Inversiones
ap	apartado
APEC	Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico (por sus siglas en inglés)
art, arts	artículo, artículos
CCDF	Código Civil para el Distrito Federal
Cfr	confrontación
CFPC	Código Federal de Procedimientos Civiles
CIA	Agencia Central de Inteligencia (por sus siglas en inglés)
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
CIDIP	Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado
CNUDMI	Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional

xxiv ABREVIATURAS Y SIGLAS

CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
ed	edición
et al	y colaboradores, y otros
FM	Formas Migratorias
FM2	Forma migratoria para inmigrante
FM3	Forma migratoria para no inmigrante
FMN	Forma migratoria de negocios (proveniente de Estados Unidos y Canadá)
FMT	Forma migratoria para turista
fracc, fraccs	fracción, fracciones
GDF	Gaceta del Distrito Federal
idem	el mismo, lo mismo
inc, incs	inciso, incisos
LIE	Ley de Inversión Extranjera
MIGA	Agencia Multilateral de Garantía para la Inversión (por sus siglas en inglés)
núm, núms	número, números
ob cit	obra citada
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
op cit	<i>opus citatum</i> : obra citada
pág, págs.	página, páginas
párr, párrs	párrafo, párrafos
PGR	Procuraduría General de la República
reimp	reimpresión
sen	senador
SIOM	Sistema Integral de Operación Migratoria
sne	sin número de edición
TLC	Tratado de Libre Comercio
UNAM	Universidad Nacional Autónoma de México
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
vol, vols	volumen, volúmenes

Derecho internacional privado

UNIDAD 1

Ciencia del derecho

1.1 Concepto de derecho

En esta unidad el primer concepto por determinar es el derecho. **Bodenheimer**¹ sostiene que el derecho, por su propia naturaleza, es un concepto ubicado entre la anarquía y el despotismo. El derecho busca el equilibrio entre estas dos formas que ocurren en la vida social. En este sentido "para evitar la anarquía, el derecho limita el poder de los particulares y para evitar el despotismo frena el poder del gobernante".²

Dicho medio de limitación legal de la actividad de los particulares de los grupos o de las instituciones privadas se denomina derecho privado y la limitación legal del poder que puedan ejercer los gobernantes, se llama derecho público. En consecuencia, el derecho tiene por objeto limitar el poder privado y público, lo cual realiza mediante la imposición de normas o reglas

¹ Cfr. Edgar Bodenheimer, *Teoría del derecho*, 9a reimp, Fondo de Cultura Económica, México, 1986, págs 26 y siguientes.

² Ídem.

de conducta generales y abstractas que determinan el ámbito jurídico dentro del que los particulares ejercen derechos y cumplen obligaciones y las autoridades llevan a efecto las atribuciones que les confiere la ley.

De esas limitaciones se derivan dos principios jurídicos fundamentales: el dirigido a los particulares, quienes pueden realizar todo aquello que no les prohíba la ley, y el dirigido a la autoridad, la cual sólo puede llevar a efecto sólo lo que la ley le autorice.

1.2 El derecho como ciencia

El concepto *ciencia* es ambiguo ya que puede referirse a una actividad, en cuyo caso se está ante un proceso, lo cual significa que se realizan el estudio, la investigación, el análisis y la descripción del objeto de estudio. Dicho concepto también puede referirse al efecto o producto de algo.

La ciencia es el dominio de la especulación o investigación intelectual en la que los científicos teóricos analizan, elucidan, observan y experimentan con el propósito de crear modelos explicativos. De acuerdo con ello, una actividad es científica cuando produce modelos explicativos.³

Habrá ciencia cuando en la búsqueda de algo se utilicen la especulación, la deducción y la experimentación, procesos que realiza el ser humano mediante el uso de su intelecto.

Las ciencias se clasifican en empíricas o fácticas, cuyo estudio está dirigido a la realidad existente y objetiva en el mundo donde el ser humano se desarrolla. Estas ciencias fácticas son las naturales y las sociales.

Cada ciencia tiene un objeto de estudio y dispone también de uno o varios métodos para conocerlo. En tal sentido, las ciencias naturales tienen como objeto de estudio la flora, la fauna, el mundo mineral, el vegetal y el animal. Al analizar estos mundos se aplican la observación, la experimentación y la verificación. Ciencias naturales son la biología, la química y la astronomía, entre otras, cuyo objeto de estudio es la naturaleza, que constituye el mundo del ser.

Por el contrario, las ciencias sociales tienen como objeto de estudio la conducta que se realiza en sociedad. Estas ciencias son estudiadas por el ser humano, quien busca entender, analizar, explicar e incluso predecir su conducta. Una de las ciencias sociales es el derecho.

³ Cfr Rolando Tamayo y Salmorán, *El derecho y la ciencia del derecho*, sne, UNAM, México, 1984, págs 104 y siguientes.

En ese orden de ideas, el derecho tiene como objeto de estudio los fenómenos sociales y el comportamiento de los seres humanos dentro de la sociedad, con el fin de mantener la armonía entre ellos. Del estudio de la conducta humana y del análisis de su comportamiento derivan disposiciones que regulan su actividad como seres sociales frente a sus semejantes y ante la sociedad; para lograr tal objetivo, el derecho crea leyes, normas y disposiciones que se deben acatar con el fin de mantener la paz y el orden social. Por tanto, la ciencia jurídica estudia y establece el deber ser que rige las relaciones sociales.

El derecho tiene la jerarquía de ciencia en atención a que al estudiar los hechos observados realiza una construcción teórica sobre ellos mediante la aplicación de un método.

Los hechos o conductas humanas como objeto de estudio del derecho se deben seleccionar, clasificar, generalizar y explicar. Por ende, la ciencia del derecho no se limita a registrar y acumular hechos, sino que debe sistematizarlos e interpretarlos. Por tanto, para alcanzar la categoría de ciencia, el derecho debe ser un conocimiento empírico y plasmarse en un conocimiento teórico.

El conocimiento empírico se obtiene mediante la observación, reflexión, comparación y, de ser posible, la experimentación para generalizar mediante la lógica inductiva o deductiva que permita encontrar las constantes entre los hechos que se observan y sus efectos.

El conocimiento teórico hace científico el conocimiento empírico porque explica las causas y la esencia del objeto de estudio del derecho, que es la conducta humana en las relaciones con sus iguales, ante la sociedad y ante la autoridad. El derecho, como conocimiento científico, debe sistematizarse, interpretarse y aplicarse. Debido a este proceso intelectual, la ciencia del Derecho se denomina jurisprudencia técnica.

García Máynez dice al respecto: "La jurisprudencia técnica o ciencia del derecho tiene por objeto la exposición ordenada y coherente de los preceptos jurídicos que se hallan en vigor en una época y lugar determinados, y el estudio de los problemas relativos a su creación, integración, interpretación y aplicación; estos dos elementos son la sistemática jurídica y la técnica jurídica".⁴

⁴ Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 26a ed, Editorial Porrúa, México, 1977, págs 12 y siguientes.

1.3 Elementos de la ciencia del derecho

De acuerdo con lo expuesto, la ciencia del derecho o jurisprudencia técnica consta de dos elementos:

- El teórico o sistemático, denominado también *sistemática jurídica*.
- El técnico o práctico, conocido como *técnica jurídica*.

1.4 Sistemática jurídica

El elemento teórico o sistemático se manifiesta en la exposición ordenada y coherente de las normas jurídicas vigentes en un momento y lugar determinados; por tanto, se limita a un espacio y a un tiempo específicos. Este elemento se denomina *sistemática jurídica*, la cual para su estudio se ha clasificado en derecho público y derecho privado, dos grandes y genéricas ramas que a su vez se subdividen en conocimientos jurídicos especiales.

En este sentido, el derecho público se subdivide en derecho constitucional, administrativo, penal, procesal e internacional público, mientras que el derecho privado se divide en derecho civil y mercantil.

Con el tiempo surgió en la sistemática jurídica una tercera rama del derecho, denominada derecho social, la cual consta de derecho del trabajo y derecho agrario.

Con el fin de explicar la división de la sistemática jurídica en derecho público, privado y social han surgido múltiples teorías, entre las que destacan la del interés y la que tiene en cuenta la naturaleza de la relación. Este tema se limita a la teoría de la naturaleza de la relación como la más apropiada para ubicar de manera debida al derecho internacional privado, que es realmente el objeto de estudio de esta exposición.

Teoría de la naturaleza de la relación

Esta teoría, aceptada en términos generales, establece que en la sociedad organizada estatalmente existen fundamentalmente dos clases de relaciones jurídicas:

- Relaciones jurídicas de coordinación.
- Relaciones jurídicas de suprasubordinación.

Una relación es de coordinación cuando se establece entre personas que se encuentran en un plano de igualdad; por ello, se presenta entre particulares debido a que su nivel es el mismo, ninguna es superior a la otra, lo cual les permite estar en las mismas condiciones. Esto ocurre cuando dos personas celebran un contrato, en cuyo caso su situación de iguales les permite realizar una negociación en la cual cada una obtiene lo que desea, sin causar daño a la otra.

Las relaciones serán de suprasubordinación cuando las personas entre quienes se establece tal vínculo se encuentran en una situación desigual; en otras palabras, una de las partes tiene una jerarquía o una posición que le otorga superioridad sobre la otra. Esta posición de subordinación de una de las partes a la otra que está en una posición de superioridad existe en las relaciones que surgen entre los particulares y el Estado, quien al actuar por medio de sus representantes les otorga el poder público de autoridad, el *imperium* que conlleva la fuerza coactiva.

1.5 Derecho público y derecho privado

En concordancia con lo expuesto se puede concluir lo siguiente: la relación jurídica será de derecho privado si los sujetos que la forman están colocados en una situación de igualdad y será de derecho público si se establece entre un particular y el Estado, en la cual la posición del Estado es de superioridad.

1.5.1 Derecho público

En el derecho público tradicionalmente se han ubicado las ramas siguientes:

- Derecho constitucional.
- Derecho administrativo.
- Derecho penal.
- Derecho procesal.
- Derecho internacional público.

En las primeras cuatro ramas del derecho, la relación jurídica es de suprasubordinación, las personas están sujetas al *imperium* del Estado y al derecho que éste tiene de ejercer coacción al violarse las normas; sin embargo, esto no ocurre con el derecho internacional público ya que sus rela-

ciones son de coordinación, todos los Estados son soberanos, se deben respeto mutuo y ninguno tiene *imperium* ni ha de ejercer coacción sobre otro. Veremos ahora cada una de las ramas del derecho público.

El derecho constitucional es el conjunto de normas referentes a las obligaciones del Estado frente a las personas y los derechos de éstas frente a la entidad estatal, que es la parte dogmática; además, el derecho constitucional organiza al Estado, crea sus órganos y determina sus respectivas atribuciones; esta parte se denomina *orgánica*.

El derecho administrativo es la rama del derecho público cuyo objeto consiste en satisfacer las necesidades de la comunidad mediante los órganos del Estado; para tal efecto se crearon las tres funciones del Estado: la legislativa, la ejecutiva y la judicial.

El derecho penal es el conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que aplica a los inimputables. Tales disposiciones corresponden a la función legislativa, la cual las crea con el fin de prevenir o en su caso sancionar las conductas delictivas.

El derecho procesal es el conjunto de disposiciones dirigidas a la solución de los conflictos que surgen entre los particulares, con la finalidad de aclarar una situación jurídica dudosa, el reconocimiento de un derecho o el cumplimiento de una obligación, todo ello para hacer respetar el derecho mediante el ejercicio de la acción y la aplicación de la coacción, con el propósito de evitar la impunidad.

De acuerdo con lo anterior, las cuatro primeras ramas de la sistemática jurídica son totalmente distintas del derecho internacional público, en el que las relaciones se establecen entre los Estados, entre los Estados y los organismos internacionales y de éstos entre sí.

En el derecho internacional público, al ser los sujetos los Estados y los organismos internacionales, sus relaciones son de coordinación, por existir entre entes públicos cuya jerarquía es la misma.

1.5.2 Derecho privado

Tradicionalmente dentro del derecho privado se han ubicado el derecho civil y el mercantil. Estas ramas del derecho se consideran de derecho privado en atención a que los sujetos son personas y las relaciones que ocurren entre ellas son de igualdad y, en consecuencia, son de coordinación.

El derecho civil regula los hechos y actos de la vida humana y sus consecuencias jurídicas, mientras que el derecho mercantil se ocupa de los ac-

tos de comercio, de las relaciones entre los comerciantes y de las consecuencias de los hechos y actos de comercio.

1.5.3 Derecho social

Conforme las relaciones y necesidades humanas se hicieron más complejas, surgió una tercera rama: el derecho social, constituido por el derecho agrario y el derecho laboral, disposiciones inexistentes en el derecho romano, el cual únicamente se ocupó de la cosa pública, de la cosa privada y, como un inicio de reconocimiento a los extraños, creó también el derecho de gentes.

En la antigüedad quienes en su trabajo sólo disponían de su fuerza física eran los esclavos. A tales seres se les consideraba cosas, no personas; por ello, de acuerdo con la sociedad antigua, resultaba innecesario e impensable crear normas protectoras de los esclavos. En consecuencia, no existía el derecho laboral o del trabajo ni el derecho agrario.

El derecho social surgió al considerar al campesino un hombre libre digno de protección, lo que dio lugar al derecho agrario. Lo mismo ocurrió cuando por la Revolución industrial se crearon las fábricas, a cuyos trabajadores se les denominó *obreros*. Las luchas de estos seres humanos por obtener reconocimiento a sus derechos como trabajadores, cuya única fuerza era la física (estuvieran en el campo o en la fábrica) dio origen a la nueva rama del derecho, la cual se denominó *social* por estar referida a la clase trabajadora, integrada por campesinos y obreros. Así, el derecho social se bifurcó en derecho agrario para el trabajador del campo y derecho laboral para quien trabajaba en la fábrica.

Del análisis de las subramas, que se desprenden de esta triple y tradicional clasificación del derecho en público, privado y social, ha derivado una gran discusión y se ha distorsionado la verdadera naturaleza jurídica del derecho internacional privado, ya que se le ha querido ubicar como rama del derecho público y a *contrario sensu* se le ha considerado derecho privado. Sin embargo, el derecho internacional privado, en atención al fin que tiene, no pertenece a uno ni a otro, por ser un derecho que — pese a estar formado por normas jurídicas compuestas de supuesto y consecuencia — éstas son diferentes de las normas que integran las ramas del derecho público, privado y social. Por tanto, surge la pregunta ¿dónde se ubica el derecho internacional privado y cómo son sus normas? En este punto debe recordarse que la ciencia del derecho denominada *jurisprudencia técnica*, además de estar formada por la sistemática jurídica, abarca también la técnica jurídica.

1.6 Técnica jurídica

La técnica jurídica es el elemento práctico de la ciencia del derecho. García⁵ Máynez la define como "... el arte de la interpretación y aplicación de los preceptos del derecho vigente" o como "la doctrina de aplicación del derecho". Los problemas de que se ocupa la técnica jurídica son: la creación, la integración, la interpretación y la aplicación del derecho.

Creación del derecho. Implica realizar una serie de actos jurídicos por la función legislativa con el fin de crear una ley, lo que se lleva a efecto mediante un proceso legislativo.

Proceso legislativo. Es el camino que debe recorrer un proyecto de ley para ser vigente. El proceso se inicia con la presentación de una iniciativa legislativa ante cualquiera de las Cámaras y deben pasar después a la Cámara Revisora, o, en su caso, ante la cámara competente, con el objeto de someterse a discusión; de ser aprobado el proyecto, se envía al titular de la función ejecutiva, quien lo sancionará, lo cual significa que está de acuerdo con él; acto continuo ordenará la publicación del decreto promulgatorio y de la ley, con la determinación del momento en que iniciará su vigencia.

En síntesis, el procedimiento legislativo en la creación de una ley deberá tener los momentos siguientes: presentación de la iniciativa de ley, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación e iniciativa de vigencia. El proceso legislativo se inicia con la presentación de un proyecto de ley y concluye con su publicación en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* si la disposición es de orden federal y en la *Gaceta del Distrito Federal (GDF)* si sólo afecta a este territorio. Si la ley es local se publicará en el medio oficial correspondiente a la entidad de que se trate.

Existen dos medios para dar vida oficial a un ordenamiento jurídico: el sincrónico y el sucesivo; el primero consiste en que las disposiciones iniciarán su vigencia simultáneamente en los territorios donde deban regir. La vía sucesiva consiste en que la entrada en vigor de las normas será paulatina según la distancia que exista entre el lugar en que se creó y el lugar o lugares donde la ley entrará en vigor. Esto es así de acuerdo con lo dispuesto por el art 3o del *Código Civil Federal*, que a la letra determina:

Las leyes, reglamentos, circulares o cualquiera otras disposiciones de observancia general obligan y surten sus efectos tres días después de su publicación en el periódico oficial.

⁵ Eduardo García Máynez, ob cit, pág 125.

En los lugares distintos de aquel en que se publique el periódico oficial, para que las leyes, reglamentos, etc, se reputen publicados y sean obligatorios, se necesita que además del plazo que fija el párrafo anterior transcurra un día más por cada cuarenta kilómetros de distancia o fracción que exceda de la mitad.

Interpretación. La interpretación de una norma consiste en desentrañar su sentido, esto es, buscar la *ratio legis* que le dio origen con el fin de aplicarla correctamente. La interpretación como técnica jurídica la llevará a efecto el juzgador cuando la norma que deba aplicar sea oscura, los conceptos utilizados en su redacción tengan diversos significados o el dispositivo se torne defectuoso. Ante cualquiera de dichos supuestos, el juzgador deberá aplicar la técnica interpretativa a fin de dar solución al conflicto presentado ante él.

La interpretación de las normas es de diversas clases; así, está la auténtica, la gramatical, la judicial y la privada. Estas vías implican una serie de pasos o momentos, conocidos como *técnica interpretativa*; el juez debe considerarlas y elegir aquella que le permita cumplir adecuadamente con su función de juzgador.

Integración. Todo Estado de derecho tiene normas que siguieron el proceso legislativo ya visto; sin embargo, puede ocurrir que el juzgador, ante un juicio que deba resolver, note que no existe una norma que le permita dar solución al conflicto, en cuyo caso esta ausencia normativa se llama *laguna legal*. Tal problema deberá resolverlo el juzgador mediante la creación de una norma; en otras palabras, tendrá que llenar la laguna legal, para lo cual está autorizado por la ley que lo remite a los principios generales del derecho, con el propósito de que con fundamento en ellos solucione tal ausencia. Así lo establece el art 14 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, que determina en el párr cuarto:

En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley; y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

Este dispositivo abarca tres de los problemas de la técnica jurídica: la ley que para existir siguió el proceso legislativo, el de interpretación de la ley y el de integración, cuya función es cubrir la laguna legal o ausencia de norma específica que resuelva un litigio. Para ello, la Constitución remite a los principios generales del derecho, por ser valores absolutos con reglas generales. Cabe aclarar que, como lo establece la norma constitucional párr cuar-

to del art 14, sólo se podrá llenar el vacío de la norma en el área civil, ya que en el campo penal el párr tercero lo prohíbe en los términos siguientes:

En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

Este párrafo, que claramente impone una prohibición, también permite considerar, a *contrario sensu*, que en otras áreas jurídicas se podrán emplear la analogía o la mayoría de razón para resolver un conflicto. En conclusión, puede establecerse que ante una laguna legal el juzgador deberá llenarla y resolver conforme a la analogía o a los principios generales del derecho, acto mediante el cual creará disposiciones que le permitan resolver el conflicto presentado ante él.

Aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio. Una última técnica es la aplicación del derecho en dos aspectos: el relativo al tiempo y el referente al espacio.

Aplicación de la ley en el tiempo. Esta técnica se refiere al momento en que se creó la norma y a su estricta aplicación hacia el futuro, situaciones que implican considerar el inicio de vigencia de la norma y la fecha en que deja de ser exigible. Tal problemática se conoce como *irretroactividad de la ley*, que exige no aplicar la ley hacia el pasado. Pese a este principio, se presentan situaciones en que es posible aplicar una ley retroactivamente, así como en situaciones especiales debe aplicarse una ley derogada o abrogada.

La valoración de la irretroactividad de la ley implica que el juzgador debe considerar una serie de situaciones, como el momento en que surge el conflicto, la ley aplicable en ese momento, así como la materia a la que se debe aplicar. Tales reglas las señala el art 14 constitucional, primer párr, que a la letra establece:

A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Así mismo, en concordancia, el art 5o del Código Civil Federal dispone:

A ninguna ley ni disposición gubernativa se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

A *contrario sensu* cabe concluir que podrá aplicarse retroactivamente una norma cuando cause un beneficio.

La retroactividad se denomina *conflicto de leyes en el tiempo*, problema que se resuelve mediante la aplicación de reglas técnicas, o sea, de normas jurídicas que disponen cuándo una norma es retroactiva y cuándo, a pesar de serlo, se puede aplicar retroactivamente, situación que sólo será excepcional, pues la regla general es la irretroactividad de la ley.

Conflicto de leyes en el espacio. Tales conflictos se presentan cuando existe una pluralidad de legislaciones aplicables a un mismo problema, situación que provoca la necesidad de determinar concretamente qué legislación deberá aplicarse, sin violar derechos de las partes en litigio.

El problema fundamental por dilucidar en los conflictos de leyes en el espacio radica en que deben considerarse las distintas legislaciones aplicables al caso concreto. Esto se resuelve mediante un conjunto de reglas técnicas creadas por el derecho internacional privado.

Lo anterior conduce al siguiente razonamiento mediante un silogismo:

Ante la existencia de una pluralidad de legislaciones aplicables a un caso concreto, surge el conflicto de leyes en el espacio. Para determinar cuál derecho debe aplicarse en un conflicto de leyes se debe atender a las reglas técnicas del derecho.

Las reglas técnicas que determinan el derecho que ha de aplicarse se encuentran en el derecho internacional privado. La conclusión lógica es que el derecho internacional privado, si bien se integra por normas, éstas son de índole técnica. En tal sentido, el derecho internacional privado es una técnica cuyo objeto es determinar cuál de las legislaciones debe aplicarse en un conflicto derivado de la existencia de múltiples legislaciones respecto a un caso concreto.

Por lo anterior, procede definir al derecho internacional privado como el derecho de aplicación del derecho.

1.7 Derecho internacional público

En el derecho internacional se han agrupado tanto el derecho internacional público como el derecho internacional privado; por ende, una vez llegado a este punto, es necesario determinar lo distinto que son tales derechos a fin de evitar confusiones.

El derecho internacional público moderno consiste principalmente en costumbres que se han desarrollado por el contacto entre los diferentes Estados. Debido al principio de soberanía, no existe un poder supremo que obligue a un Estado a someterse a las normas de otro.

Cuando se alude al derecho internacional sólo se considera el derecho internacional público, que por su naturaleza es un área del derecho cuyas normas son *plus quam imperfectas* por no existir un medio coactivo que obligue a los Estados a respetar y cumplir las disposiciones, tratados o costumbres internacionales. En consecuencia, sólo la razón y el debido respeto al derecho o el temor a las represalias harán que los Estados cumplan con los principios o costumbres internacionales.

Bodenheimer⁶ sostiene al respecto que las únicas formas que nunca utilizarán los Estados fuertes frente a los débiles serán la razón o el temor. En consecuencia, continúa **Bodenheimer**, el derecho internacional público sólo existirá entre Estados que se encuentren en una verdadera situación de igualdad, en la que, mediante el acuerdo justo o por el temor de los Estados a no estar seguros del triunfo de uno sobre otro, celebren un tratado que mantenga la igualdad entre ellos.

Sólo entre Estados con fuerza equivalente podrá existir el derecho y únicamente así habrá respeto y cumplimiento a lo pactado, pues de lo contrario ocurrirá lo que sostuvo **Tucidides** en *Historia de la guerra del Peloponneso*: "Sabéis también como nosotros que, tal como va el mundo, la justicia no existe más que entre iguales en poder; que los fuertes hacen lo que quieren y los débiles sufren lo que tienen que sufrir."⁷

1.8 Derecho internacional público y derecho internacional privado. Diferencias y similitudes

Se ha considerado que el derecho internacional privado es una rama del derecho internacional público; sin embargo, esto no es verdad, sino que se trata de dos derechos diferentes, aun cuando el punto de unión es que en ambos las relaciones se pueden regir por tratados. Así, el derecho internacional público regula las relaciones entre los Estados y los organismos internacionales, en tanto que el derecho internacional privado se refiere a las relaciones internacionales que surgen entre personas privadas, ya sean físicas o jurídicas.

Estimar que el derecho internacional privado es una rama del derecho internacional público es un error derivado de aplicar el concepto internacional a relaciones jurídicas de naturaleza privada; sin embargo, tal concepto se

aplica a todo aquello que trasciende lo nacional —ya sea parcial o totalmente. En tal sentido, se aplica a todo acto o hecho que tiene un elemento extranjero.

La diferencia entre derecho internacional público y derecho internacional privado está en los sujetos. En el derecho internacional público, los sujetos son los Estados y los organismos internacionales; en el derecho internacional privado, los sujetos son las personas físicas y jurídicas.

Cabe aclarar que recientemente los *ius publicistas* han creado una corriente que destruye la naturaleza del derecho internacional público e invade el ámbito del derecho internacional privado; esta corriente distorsiona y confunde la naturaleza de ambos derechos al considerar sujetos de derecho internacional público a las personas privadas, físicas o jurídicas. Sostener esto equivale a decir que la función ejecutiva es la república. Al respecto el maestro **César Sepúlveda**⁸ sostiene: "El derecho internacional público puede definirse como el conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones entre los Estados entre sí o, más correctamente, el derecho de gentes rige las relaciones entre los sujetos o personas de la comunidad internacional."

Frente a lo anterior, dicho tratadista⁹ añade:

Es necesario prevenir contra la tendencia a comparar a cada paso el derecho internacional con el derecho interno, pretendiendo reducir aquél a éste. Ambas ramas jurídicas son diferentes en su estructura, en su técnica jurídica y en su aplicación.

Debe distinguirse el derecho internacional público del derecho internacional privado. Este último, impropriamente llamado así, está constituido por las normas que los tribunales internos de los Estados aplican cuando surge un conflicto entre los diferentes sistemas jurídicos. Debiera llamarse más correctamente *derecho privado internacional*; las normas de este último se aplican a los individuos, las de derecho de gentes a los Estados.

De acuerdo con lo expuesto, el maestro **Sepúlveda** establece una diferencia muy clara entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado. El derecho internacional privado tiene por objeto determinar, mediante la aplicación de reglas técnicas, el derecho que regirá a las personas, los bienes, los derechos y cualquier clase de relación jurídica que por su vinculación con diversos derechos se encuentre ante una situación de conflicto al desconocer qué derecho debe resolver el problema.

⁶ Cfr. Edgar Bodenheimer, ob cit, pág 46.

⁷ Tucidides, *Historia de la guerra del Peloponneso*, citado por Edgar Bodenheimer, ob cit, pág 49.

⁸ César Sepúlveda Gutiérrez, *Derecho internacional público*, 8a ed, Editorial Porrúa, México, 1977, pág 3.

⁹ Ibidem, pág 4.

En conclusión, el derecho internacional público tiene como sujetos a los Estados y organismos internacionales, y sus objetivos siempre serán dar solución a los problemas que surjan entre los Estados en su calidad de entes soberanos. A su vez, el derecho internacional privado, tiene como sujetos a entes privados y su objetivo será siempre determinar el derecho aplicable ante una multiplicidad de legislaciones.

Todo lo anterior muestra cuán diferentes son el derecho internacional público y el derecho internacional privado: el primero tiene por objeto crear reglas y principios con el fin de preservar tanto las riquezas naturales y culturales de los Estados soberanos, como las buenas relaciones internacionales en pro de la paz universal. En dichos aspectos, los sujetos son los Estados y los organismos internacionales. Por otro lado, el objeto del derecho internacional privado es decidir con cuál ley, de los diversos derechos aplicables, se resolverá un conflicto de naturaleza privada con elementos extranjeros. Aquí los sujetos serán siempre personas físicas o jurídicas.

UNIDAD 2

Marco teórico del derecho internacional privado

2.1 Planteamiento del problema

Por marco teórico debe entenderse el conjunto de posturas doctrinales que tienen por objeto explicar un problema jurídico o defender alguna solución de éste.¹ Así, el marco teórico de un tema se integra por un conjunto de posturas diferentes entre sí cuyo objeto y fin son los mismos; la diferencia entre ellas radica en que el problema jurídico que estudian lo presentan con argumentos lógicos distintos.

De acuerdo con lo anterior, en esta unidad se verán diversas teorías referentes a cuál debe ser el marco teórico o contenido de estudio del derecho internacional privado; en otras palabras, se analizarán algunas de las concepciones doctrinales que se han planteado sobre esta materia.

Las doctrinas que explican el contenido que debe tener el estudio del derecho internacional privado son fundamentalmente las que siguen:

¹ Cfr. Guillermo Cabanellas de Torres, *Diccionario jurídico elemental*, Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1998.

- Doctrina italiana y alemana.
- Doctrina francesa.
- Doctrina española.
- Doctrina sajona.

Doctrinas italiana y alemana. Italia y Alemania sostienen que el único tema por estudiar es el conflicto de leyes en sus dos vertientes: sustantiva y adjetiva.

Doctrina francesa. Francia propone los temas siguientes:

- Derecho de la nacionalidad.
- Condición jurídica de extranjeros.
- Conflicto de leyes sustantivas, dividido en:
 - Adquisición de los derechos.
 - Respeto a los derechos adquiridos.
- Conflicto de leyes adjetivas o competencia judicial.

Doctrina española. España asume una postura ecléctica al proponer como temas de estudio del derecho internacional privado los siguientes:

- Competencia judicial internacional.
- Derecho aplicable.
- Eficacia extraterritorial de las sentencias.

Doctrina sajona.² Esta doctrina es expuesta por Inglaterra y Estados Unidos y presenta una postura diferente, ya que en la solución de un problema de conflicto de leyes remite a casos resueltos, a los que denomina *precedentes*. Sin embargo, estos casos tienen un fundamento jurídico que debe analizarse según tres aspectos:³

- Jurisdicción (*jurisdictio*).
- Elección de la ley (*choise of law*).
- Reconocimiento y ejecución (*recognition and enforcement of judgments*).

² Cfr Leonel Perezniato Castro, *Derecho internacional privado*, 1a ed, Harla, 1979, pág.9.

³ Cfr David D. Siegel, *Conflicts*, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, 1982, págs 4 a 11.

2.2 Doctrinas alemana e italiana

Conflicto de leyes y competencia judicial. Ambos países sostienen esta doctrina, cuya concepción está restringida a los temas de conflictos de leyes y competencia judicial, pues no aceptan que el derecho a la nacionalidad y la condición jurídica de extranjeros formen parte del derecho internacional privado.

En apoyo de la anterior postura sostienen que, de acuerdo con la naturaleza de los problemas que debe resolver el derecho internacional privado, las normas son distintas. En tal sentido, argumentan: las normas de derecho internacional privado son indirectas y por tal razón se denominan *normas conflictuales*, cuyo contenido es diferente del de las normas del derecho de la nacionalidad y de las disposiciones relativas a los extranjeros, cuyas normas son directas por referirse siempre a situaciones sustantivas; por tal motivo reciben el nombre de *normas materiales* o *sustantivas*.

Los argumentos expuestos por Italia y Alemania son lógicos; sin embargo, cabe aclarar dos aspectos. Uno de ellos es que dicha concepción restringida está incompleta debido a que el derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de extranjeros son fundamentales en algunos casos para determinar la naturaleza de la relación jurídica para determinar el derecho aplicable.

De acuerdo con lo anterior, surge la pregunta: ¿cómo podría determinarse el derecho aplicable si no se analiza previamente, en sus elementos personales reales o conductuales, la naturaleza de la relación jurídica que dio lugar a la vinculación entre normas de diferentes Estados?

El otro punto invocado por Alemania e Italia, para no estudiar el derecho a la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros, se basa en el argumento de ser materias de derecho público porque su estudio corresponde al derecho constitucional y al administrativo.

Al respecto cabe aclarar que el derecho internacional privado no se limita a resolver situaciones de derecho privado, sino también incluye situaciones conflictivas de derecho público. Por ello, esta objeción es insuficiente para justificar la no inclusión del derecho de la nacionalidad que, a *contrario sensu*, implica también no incluir la condición jurídica de los extranjeros.

En la solución de un conflicto de leyes resulta absolutamente necesario considerar los dos aspectos de una relación jurídica, en la que una de las partes es nacional de un Estado y la otra extranjera. Un principio fundamental del derecho es la igualdad de las partes; sin embargo, en este principio se debe considerar que dentro de cualquier Estado los derechos de los nacionales y de los extranjeros en algunos casos son iguales y en otros dife-

rentes. En aras de respetar los derechos de cada uno es necesario estudiar tanto el derecho de la nacionalidad como la condición jurídica de los extranjeros.

Los doctrinarios italianos y alemanes también arguyen en contra que la relación jurídica en conflicto no siempre involucra la nacionalidad de las partes; empero, a esto se responde que bastaría con existir la posibilidad de tal conflicto para que el tema del derecho a la nacionalidad y de la condición jurídica de extranjeros se incluya en el estudio del derecho internacional privado.

El otro punto invocado para no estudiar los temas señalados se basa en el argumento de que tales aspectos pertenecen al derecho público y no al privado, por lo cual nada tienen que hacer en el derecho internacional privado. En cuanto a esta objeción, cabe aclarar que el derecho es uno solo y que su división únicamente obedece a razones metodológicas; por ende, nada impide que el derecho internacional privado considere parte de su estudio disposiciones de naturaleza pública, que sólo se ubican en el derecho público o privado por razones de método.

2.3 Doctrina francesa

Esta doctrina representada fundamentalmente por Niboyet⁴ propone los temas de estudio siguientes:

- Derecho de la nacionalidad.
- Condición jurídica de los extranjeros.
- Conflicto de leyes sustantivas, en el que incluye los problemas que siguen:

- Adquisición de un derecho y respeto de los derechos adquiridos.
- Competencia judicial o ejercicio de derechos.

La doctrina francesa propone una concepción amplia de los temas a estudiar por el derecho internacional privado; en consecuencia, es la que realmente ofrece la posibilidad de dar soluciones adecuadas a los múltiples conflictos que se presentan en este derecho.

⁴ Cfr J.P. Niboyet, *Principios de derecho internacional privado*, selección de la 2a ed francesa del *Manual de A. Pillet y J.P. Niboyet*, traducida y adicionada con legislación española por Andrés Rodríguez Ramón, Editora Nacional, México, 1957, pág 10 y siguientes.

Derecho de la nacionalidad y condición jurídica de los extranjeros.

Esta concepción amplia sostiene la necesidad de incluir en el derecho internacional privado, el derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de extranjeros por considerar que son los elementos fundamentales para determinar la clase de relación jurídica en conflicto y la vinculación que tenga o pueda tener con diferentes derechos. Como resultado, la nacionalidad y, a *contrario sensu*, la condición jurídica de extranjero determinan los derechos y obligaciones de cada parte, así como el derecho que en última instancia resolverá el problema de fondo.

La atribución de la nacionalidad es un acto de soberanía de los Estados, una facultad discrecional y unilateral, un acto de *imperium* y, como sostienen las doctrinas alemana e italiana, tal derecho del Estado se consigna en disposiciones sustantivas o materiales. En efecto, estas normas son distintas de las conflictuales propias del derecho internacional privado, pero también los conflictos se resuelven no sólo con normas conflictuales, sino también a veces la solución se encuentra en las normas sustantivas o materiales.

El derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de extranjeros constituyen las dos caras de una moneda, las dos caras de **Jano**, de tal forma que resulta imprescindible su inclusión en el estudio del derecho internacional privado. Esta aseveración se confirma cuando ante un conflicto de leyes, para darle solución, se invoca el principio de la nacionalidad; y ¿cómo podría aplicarse tal principio si no se hubieran estudiado el derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de extranjeros?

Como sostienen las doctrinas alemana e italiana, los temas de derecho de la nacionalidad y de la condición jurídica de extranjeros son materia de estudio del derecho constitucional y del derecho administrativo; sin embargo, el análisis y la aplicación que el derecho internacional privado realiza en estos temas están dirigidos a la solución de conflictos de leyes en el espacio, lo cual significa que su planteamiento es diferente del llevado a cabo por el derecho constitucional y el administrativo.

Respecto a la doctrina francesa representada por Niboyet, se ha dicho que está superada, por lo cual su estudio resulta obsoleto. En cuanto a esto, es conveniente distinguir entre superación y complementación: superar es ir más allá y vencer, mientras que complementar significa perfeccionar.

De acuerdo con los términos anteriores, Niboyet no ha sido superado ni vencido, sino que ha sido perfeccionado al crearse nuevas técnicas de solución a los conflictos de leyes, las que complementan lo expuesto por dicho autor, a quien se citará textualmente, por la claridad lógica de los argumentos que expone. Esto conduce al apoyo de la inclusión del derecho de

la nacionalidad y de la condición jurídica de extranjeros en el estudio del derecho internacional privado.

Respecto a la naturaleza pública o privada de las normas del derecho internacional privado, Niboyet⁵ sostiene: "El lugar que una regla jurídica ocupe en los códigos no puede influir en su naturaleza pues en los códigos civiles sería fácil encontrar reglas que incontestablemente pertenecen al derecho público."

De la nacionalidad —añade Niboyet— derivan efectos de derecho público, pero también de derecho privado. El otro tema que Niboyet⁶ sostiene como necesario en el estudio del derecho internacional privado es la condición jurídica de los extranjeros; por ello, el autor francés sostiene:

La determinación de los derechos de que gozan los extranjeros no es tampoco una materia de derecho privado; tiene, por el contrario, puntos de contacto con el derecho público. La condición del extranjero interesa ciertamente en lo que se refiere al goce de los derechos privados, pero también interesa en lo que se refiere al goce de los derechos públicos, así como al de los derechos políticos.

De lo anterior se concluye que la condición de los extranjeros afecta, a la vez, al derecho público y al derecho privado según las diversas situaciones que puedan presentarse. Niboyet⁷ da fin al problema con la siguiente conclusión:

En este problema de la condición de los extranjeros consideramos, por lo tanto, lo mismo que en el de la nacionalidad: no es preciso tener en cuenta el lugar que ocupan las disposiciones a ellos referentes, ya se encuentren éstas en el código civil o en otros cuerpos legales, tanto más cuanto que las mencionadas disposiciones se encuentran diseminadas efectivamente en varios de ellos.

A lo anterior se puede añadir que si bien tanto la nacionalidad como la condición jurídica de extranjeros encuentran su origen en el derecho constitucional, porque el Estado determina unilateral y discrecionalmente todo lo relativo al otorgamiento de la nacionalidad, sus clases, los medios de prueba, sus efectos en cuanto a derechos y obligaciones, así como su pérdida, otros ordenamientos jurídicos también regulan los derechos y obligaciones de los nacionales y de los extranjeros.

⁵ J.P. Niboyet, ob cit, pág 28.

⁶ Ibidem, pág 29.

⁷ Ibidem, pág 30.

A mayor abundamiento, cabe decir que la *Ley de Nacionalidad*, la derogada *Ley de Población* y la actual *Ley de Migración* son ordenamientos jurídicos de naturaleza administrativa que regulan a nacionales y extranjeros. Lo mismo ocurre con la *Ley de Inversión Extranjera*, la *Ley del Derecho de Autor*, la *Ley de Propiedad Industrial* y más aún la *Ley Federal del Trabajo*: son cuerpos normativos que contienen también normas aplicables a los nacionales y a los extranjeros, además de ser disposiciones de derecho público. En consecuencia, tales ordenamientos han tenido que resolver problemas de derecho internacional privado.

Por lo anterior, procede concluir que el derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros son temas que competen al derecho internacional privado, por tanto, no son exclusivos del derecho constitucional, ni del derecho administrativo.

En realidad el problema no consiste en determinar si el derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros pertenecen al derecho público o al privado, sino en que son los presupuestos generadores de los conflictos que debe resolver el derecho internacional privado; empero, ¿cómo podrán resolverse si se carece de las bases de solución?

Sin duda, el punto central del derecho internacional privado es determinar el derecho aplicable, lo cual se logra por medio de distintas vías, sin embargo, es imposible ignorar la raíz del problema, consistente en que el punto de conexión que da lugar a los conflictos es la relación jurídica que surge entre nacionales de diferente país. Esto determina entre ellos una relación internacional cuyo análisis es necesario y cuyo fundamento lógico-jurídico se encuentra en el derecho de la nacionalidad y en la condición jurídica de los extranjeros.

Adquisición de un derecho y respeto de los derechos adquiridos. Niboyet además incluye dos temas: la adquisición de un derecho y el respeto a los derechos adquiridos. Estos puntos son muy importantes porque en ellos se distingue entre el momento en que se obtiene un derecho y la obligación de que ese derecho se respete por haberse adquirido. De esta forma, Niboyet desarrolla la teoría de los derechos adquiridos en un Estado y la obligación de su respeto en otro, salvo algunas excepciones.

Competencia judicial o ejercicio de derechos. El último tema que propone la doctrina francesa como parte de estudio del derecho internacional privado, es la competencia judicial. En este punto se desarrolla el tema del derecho adjetivo indispensable para hacer efectivos los derechos sustantivos; por lo tanto, se estudian la competencia directa e indirecta y la coope-

ración judicial internacional, cuyo fin último es hacer justicia y evitar la impunidad.

2.4 Doctrina española

La doctrina española⁸ afirma que los temas por estudiar en el derecho internacional privado son los siguientes:

- Competencia judicial internacional.
- Derecho aplicable.
- Eficacia extraterritorial de las sentencias.

Competencia judicial internacional. La competencia judicial pertenece al derecho adjetivo, es decir, al procedimiento; por lo tanto, la doctrina española considera que hay competencia judicial internacional cuando el juez nacional actúa internacionalmente. En el estudio del derecho internacional privado ha existido siempre la interrogante respecto a que ante un conflicto de leyes: ¿qué debe determinarse primero: el juez competente o el derecho aplicable?

De los temas de estudio y la jerarquía en que se les ubica, la doctrina española se inclina por determinar primero el juez competente ante el cual debe interponerse la acción, con lo que da prioridad al problema adjetivo.

El tema de la competencia judicial es de gran importancia y debe resolverse, ya que resultaría inútil tener un derecho y desconocer el juez ante quien debe presentarse la demanda; sin embargo, ante esta postura cabe aclarar que determinar el foro competente sin tener la certeza de que sea posible invocar ante ese foro el derecho en litigio implica una inseguridad jurídica que se evitaría si primero se tuviera la seguridad de la viabilidad del derecho invocado.

Derecho aplicable. El segundo problema que aborda la doctrina española es el derecho aplicable. En este punto, se busca determinar cuál derecho sustantivo resolverá el conflicto de fondo.

La determinación del derecho aplicable inicialmente se resuelve mediante normas conflictuales internas que disponen cuándo se aplica el derecho extranjero, cómo se debe aplicar y cuándo tal aplicación es imposible. Actual-

⁸ Cfr. Sonia Rodríguez Jiménez et al., *Lecciones de derecho internacional privado mexicano*, snc UNAM-Editorial Porrúa, México, 2007, págs 47 y siguientes.

mente existen además otras vías, creadas por consenso: éstas son las convenciones sobre conflictos de leyes que facilitan y abrevian la solución de los problemas, con la ventaja de ser disposiciones comunes a los Estados parte.

Eficacia extraterritorial de las sentencias. El tercer tema que trata la doctrina española es la eficacia extraterritorial de las sentencias, aspecto complementario de la competencia judicial, pues sería inútil ejercer una acción, obtener el reconocimiento judicialmente del derecho invocado y carecer de la vía para hacerlo efectivo.

La eficacia extraterritorial de las sentencias es un tema de sumo interés en el estudio del derecho internacional privado por ser la vía mediante la cual se otorga competencia a un juez extranjero para que dé cumplimiento a una sentencia dictada por el juez que conoció la causa.

La eficacia extraterritorial de las sentencias es un tema de derecho adjetivo, consistente en determinar los principios y reglas que deben aplicarse para que a un juez extranjero, mediante el reconocimiento de una competencia delegada, se le autorice a reconocer y ejecutar la resolución emitida por otro juez que para él es extranjero.

Es fácil percibir que la doctrina española considera prioritario el problema adjetivo, pues inicialmente propone determinar el juez competente ante el que se ejercerá la acción y posteriormente resuelve cuál será el derecho de fondo aplicable en la solución del litigio. Tal problema pertenece al derecho sustantivo. Finalmente retoma el derecho adjetivo al recurrir al juez extranjero, quien, sin haber intervenido en el juicio deberá llevar a efecto el reconocimiento y ejecución de la sentencia en ejercicio de una competencia indirecta.

2.5 Doctrina sajona

Inglaterra y Estados Unidos representan la doctrina sajona,⁹ que aplican mediante el estudio de casos. Este sistema presenta grandes diferencias con las doctrinas francesa, italiana, alemana y española. Tales diferencias se inician con la denominación, pues los sajones llaman *conflicto de leyes* al conocimiento que en otros países se conoce como *derecho internacional privado*.

Otra diferencia radica en que las resoluciones de los jueces se basan en los precedentes. El derecho sajón o del *common law* es consuetudinario; así,

⁹ Cfr. David D. Siegel, op cit, págs 3 a 7.

los conflictos de leyes se resuelven con fundamento en la costumbre, lo cual significa que se recurre a las resoluciones previamente emitidas por los jueces, de ahí el nombre de *precedentes*.

El derecho sajón sostiene que los temas que deben estudiarse en el conflicto de leyes son los siguientes:

- Jurisdicción.
- Elección de ley, también denominada conflicto de leyes.
- Reconocimiento y ejecución.

Nótese que doctrinariamente los temas que estudia el sistema sajón son iguales a los analizados por la doctrina española e incluso siguen el mismo orden. Así, en el derecho sajón tiene prioridad la elección del foro, posteriormente se resuelve cuál será el derecho aplicable y se concluye con el reconocimiento y ejecución de la resolución judicial.

Jurisdicción. Aquí se plantea el problema de quién debe resolver el litigio; para ello hay dos posibilidades: acudir al tribunal o someter el litigio a lo que se denomina *cuerpo cuasijudicial*, consistente en solicitar un arbitraje o acudir a la vía administrativa.

La vía jurisdiccional¹⁰ del sistema sajón es complicada, porque cuando se elige la vía judicial, ésta a su vez tiene dos categorías:

- Jurisdicción por la materia.
- Jurisdicción por la persona.

Igualmente en la jurisdicción por la materia hay las subcategorías siguientes:

- Jurisdicción general vs jurisdicción limitada.
- Jurisdicción federal.

La jurisdicción por persona también tiene las subcategorías siguientes:

- Requisitos del debido proceso.
- Buena fe y crédito.

De acuerdo con estas clasificaciones, se presenta el cuadro siguiente:

¹⁰ Cfr *Ibidem*, págs 37 a 49.

Vía jurisdiccional del sistema sajón

Jurisdicción por la materia	- Jurisdicción general vs Jurisdicción limitada - Jurisdicción federal
Jurisdicción por la persona	- Requisitos del debido proceso - Buena fe y crédito

Elección de ley. Éste es el más difícil de los temas debido a que difieren las leyes de cada Estado. Cuando dos o más Estados entran en contacto por un caso en que sus leyes son diferentes, se debe elegir la ley que se aplicará, lo cual es un verdadero problema porque cada foro elige las disposiciones que formuló en casos anteriores.

Las reglas de elección de la ley se refieren al derecho sustantivo de cada área, cuya clasificación es por materia, por lo que debe acudir a los precedentes.

Reconocimiento y ejecución. Éste es el último tema por estudiar en el conflicto de leyes sajón. El reconocimiento y ejecución se basa en el principio de *comity*, consistente en un acto voluntario del juez, quien dará crédito completo a la sentencia que reciba y en tal sentido la reconocerá y ejecutará. Se encuentra aquí la cooperación judicial. Otra vía por la que el derecho sajón reconoce y cumple una sentencia es mediante un tratado, con el cual las partes se obligan a reconocer y a ejecutar sus mutuas resoluciones. En este documento se establece el procedimiento de reconocimiento y ejecución de las resoluciones.

2.6 Doctrinas aplicadas en México

De los cuatro marcos jurídicos doctrinales propuestos para el estudio del derecho internacional privado, cabe decir que en México ha habido variaciones. En tal sentido, durante un tiempo se ha seguido la doctrina francesa y en ocasiones la italiana y alemana, con la aclaración de que cuando se aplicó en los programas de estudio la doctrina de Italia y Alemania, al percatarse de la ausencia de los temas de nacionalidad y de extranjeros, con el fin de llenar tal vacío doctrinal se incluyó como asignatura independiente el derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros.

Actualmente la enseñanza del derecho internacional privado en México sigue la doctrina francesa. En consecuencia, estudia los cuatro grandes temas siguientes:

- Derecho de la nacionalidad.
- Condición jurídica de los extranjeros.
- Conflictos de leyes sustantivos.
- Conflicto de competencia judicial o de leyes adjetivas.

UNIDAD 3

Derecho de la nacionalidad

Introducción

La nacionalidad es un tema de estudio del derecho internacional privado ya que mediante ella se establece una relación entre el Estado y las personas a quienes les otorga tal atributo de la personalidad. La doctrina francesa destacó la necesidad de estudiar la nacionalidad en atención a que implicaba la pertenencia a un Estado con las consecuencias inherentes de adquirir tanto derechos como obligaciones. La nacionalidad es una situación jurídica regulada por el derecho, pero ¿qué son la nación, el Estado, la nacionalidad y la ciudadanía? y ¿significan lo mismo o son instituciones diferentes? En la sección siguiente se aclararán dichas interrogantes.

3.1 Nación, Estado, nacionalidad y ciudadanía

Muchos estudios y escritos se han realizado en busca de explicar la naturaleza de estas figuras jurídicas; sin embargo, nación, Estado, nacionalidad y

ciudadanía son la denominación que se ha dado a instituciones transformadoras de la humanidad. Así, se ha dicho que nación es un concepto sociológico; sin embargo, expresado de ese modo, sólo se tiene el efecto, pero no se explica la causa ni se responde a la pregunta ¿qué es una nación?, sino sólo se limita a calificar, sin decir por qué la nación corresponde a la sociología, lo cual no es suficiente.

3.1.1 ¿Qué es la nación?

Ernest Renan delineó con claridad y precisión lo que es una nación. En una conferencia dictada en la Sorbona el 11 de mayo de 1882 responde a la pregunta ¿qué es la nación? y explica con detalle qué es, cómo se formó y qué fines tiene. En tal sentido enseguida se sintetiza lo que para **Renan**¹ es una nación:

La esencia de una nación radica en que muchos individuos tengan muchas cosas en común y hayan olvidado muchas cosas. Ningún ciudadano francés sabe si es burgundio, alano, taifalo o visigodo; todo ciudadano francés debe haber olvidado la noche de San Bartolomé y las matanzas del siglo XVIII.

La nación moderna es el resultado histórico producto de un conjunto de hechos que han coincidido sin importar su origen. Hay hechos que unen y los hay que separan; los que unen forman las naciones, los que separan mantienen la individualidad de los grupos.

Como ejemplos, **Renan** invoca las derrotas sufridas por Italia que dieron lugar a su unión; por el contrario, las víctimas de Turquía propiciaron la separación. El mejor ejemplo de una nación —dice, **Renan**— es Francia e invoca también a Suiza, Inglaterra y Alemania, naciones de origen diferente. Como nación, Francia tuvo su origen en la creencia establecida en el siglo X de que todos los habitantes de Francia eran franceses, declaración que implicaba el distinto origen étnico de sus habitantes.

Asimismo, **Renan** se pregunta: ¿sobre cuál criterio se funda una nación? Para responder, dicho autor analiza cinco criterios: la raza, la lengua, la religión, la comunidad de intereses y la geografía.

Raza. De la raza, **Renan** afirma que esta consideración etnográfica se halla ausente de las constituciones modernas. La raza fue un elemento fundamental y original que poco a poco se perdió pues actualmente no hay ra-

¹ Ernest Renan, *¿Qué es una nación? Cartas a Strauss*, sne, Alianza Editorial, Madrid, 1987, pág. 66.

zas puras debido a que: "... más allá de los caracteres antropológicos están la razón, la justicia, lo verdadero y lo bello, que son iguales para todos".²

Lengua. De la lengua, **Renan** sostiene que "... invita a la unión, pero no fuerza a ella"; como ejemplo señala a Suiza, la cual tiene cuatro lenguas y constituye una nación, en tanto que la América española y España hablan una misma lengua sin integrar una nación. Con estas premisas, **Renan** concluye: "Hay en el hombre algo superior a la lengua: es la *voluntas*, la voluntad de Suiza de permanecer unida, pese a la variedad de idiomas..."³

Religión. En cuanto a la religión, **Renan** menciona que ésta no es una base lo suficientemente fuerte como para crear una nación. Antigüamente la religión determinaba la permanencia al grupo, lo orientaba y era su punto de cohesión; se era ateniense sólo si se practicaban los ritos de la familia y de la Ciudad-Estado. Actualmente la religión, si bien es un punto de unión por sí misma, no implica la base para ser considerada una nación para quienes practican la misma religión, aunque sin duda será una comunidad religiosa.

Comunidad de intereses. "La comunidad de intereses, dice **Renan**,⁴ es seguramente un lazo poderoso entre los hombres; sin embargo, ¿bastan los intereses para hacer una nación? No lo creo. La comunidad de intereses hace los tratados comerciales, lo que no es suficiente para crear una nación, en la nación; hay un lado sentimental: es alma y cuerpo a la vez."

Geografía. En cuanto a este punto, **Renan**⁵ hace un excelente razonamiento al sostener que las fronteras tienen un importante papel en la división de los territorios; por tal motivo:

La geografía es uno de los factores esenciales de la historia. Los ríos han conducido a las razas; las montañas las han detenido.

No, no es la tierra en mayor medida que la raza la que hace una nación. La tierra aporta el sustrato, el campo de la lucha y el trabajo; el hombre aporta el espíritu. El hombre lo es todo en la formación de esa cosa sagrada que se llama *pueblo*; nada material es suficiente.

Concluida la explicación expuesta, **Renan** define a la nación como sigue:

Una nación es un principio espiritual, resultante de profundas complicaciones de la historia; es una familia espiritual, no un grupo determinado por la configuración del suelo.

² *Ibidem*, pág. 28.

³ *Cfr. ibidem*, pág. 30.

⁴ *Ibidem*, págs. 82 y siguientes.

⁵ *Idem*.

Una nación es el alma, un principio espiritual. Dos cosas que, a decir verdad no son más que una, constituyen esta alma; este principio espiritual. Una está en el pasado, la otra en el presente. Una es la posesión en común de un rico legado de recuerdos; la otra es el consentimiento actual, el deseo de vivir juntos, la voluntad de continuar haciendo valer la herencia que se ha recibido indivisa.

La nación, como el individuo, es la consecuencia de un largo pasado de esfuerzos, de sacrificios y de desvelos. El culto a los antepasados es el más legítimo de todos, los antepasados nos han hecho lo que somos. Un pasado heroico, grandes hombres, la gloria, he aquí el capital social sobre el cual se asienta una idea nacional. Tener glorias comunes en el pasado, una *voluntas* común en el presente, haber hecho grandes cosas juntos, querer hacerlas todavía, he aquí las condiciones esenciales para ser un pueblo.

Una nación es, pues, una gran solidaridad, constituida por el sentimiento de los sacrificios que se han hecho y los sacrificios que todavía se está dispuesta a hacer.

La existencia de una nación es un plebiscito de todos los días, del mismo modo que la existencia del individuo es una perpetua afirmación de vida.

3.1.2 ¿Qué es el Estado?

El Estado es tanto una creación humana como una institución vinculada estrechamente con la naturaleza social del hombre.

González Uribe⁶ afirma en su obra:

... el Estado es una comunidad que por su organización y fines ayuda al individuo humano a la plena expansión de su personalidad y crea el ambiente propicio para la cooperación social en el orden, la paz y la justicia. Es, en verdad, una sociedad que por su amplitud, la diversidad de sus funciones y la gran variedad de recursos materiales y espirituales con que cuenta puede considerarse la única sociedad que cubre integralmente el ámbito de los fines existenciales humanos en el plano de lo temporal, intramundano.

El derecho natural considera que el Estado es la sociedad perfecta. El Estado tiene estructura, organización, fines y un poder de mando supremo que le permite regular la cooperación en todos los campos y ponerlos al servicio del ser humano para que realice sus fines. En este orden de ideas, **González Uribe** expone que el Estado interviene en el campo social y establece una política familiar y demográfica, la educación, la salud, la vivienda, el campo, y su producción, a saber:

⁶ Héctor González Uribe, *Teoría política*, 3a ed, Editorial Porrúa, México, 1980, págs 231 y siguientes.

- En el campo económico interviene en la producción industrial, establece la política financiera y bancaria, impulsa las fuerzas económicas, regula la iniciativa privada y la intervención pública.
- En el campo cultural y educativo organiza, imparte y vigila la educación básica, crea centros de estudio y estimula la preparación educativa del pueblo.
- En el campo científico y técnico fomenta la investigación en la industria, la agricultura, la minería, las comunicaciones, el desarrollo y la aplicación de la tecnología.
- En el campo de las relaciones internacionales mantiene contacto con otros Estados en todos los aspectos señalados anteriormente, participa por medio de los organismos internacionales y, con el fin de mantener el orden y la paz mundial, coopera con la comunidad internacional.

De lo anterior se desprende que el Estado participa en todas las actividades del ser humano, al propiciarlas, protegerlas y regularlas. Esta participación la realiza mediante las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, en ejercicio de las atribuciones que la ley le otorga. El Estado tiene dos actividades fundamentales: administrar bienes y gobernar personas. Así, el Estado, si bien es una forma de organización de una comunidad de seres humanos, debe estar regulado por normas; en otras palabras, el derecho regula y limita la actividad del Estado mediante la Constitución, lo cual lo convierte en un Estado de derecho. Por su parte, la Constitución determina las funciones del Estado, crea los órganos y las instituciones que lo conforman y las atribuciones que debe cumplir. Éste debe limitarse a ellas con el fin de que haya un verdadero Estado de derecho. **Jellinek**⁷ señala: La organización estatal nace como organización social y la concepción jurídica del Estado se propone completar la concepción social del mismo...

Entre las atribuciones del Estado está —como se señaló— la situación demográfica, lo cual implica conocer, regular y ejercer control sobre el pueblo que lo forma y sobre los extranjeros que habitan o transitan por su territorio; de esta forma ejerce el control demográfico, con fundamento en el *imperium* que le otorga la Constitución. Mediante el control demográfico regula quiénes son sus nacionales y quiénes extranjeros, además de sus actividades, derechos y obligaciones, todo ello con fundamento en el *imperium* que le otorga la Carta Magna.

⁷ Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, 2a ed, Albatros, Buenos Aires, Argentina, 1981, pág 103.

3.1.3 ¿Qué es la nacionalidad?

La nacionalidad es un concepto derivado de nación; sin embargo, su significado es distinto ya que implica la pertenencia a un lugar, es una situación jurídica en relación con un Estado. **Miaja de la Muela**⁸ señala: "Reducida a su expresión más sencilla, la nacionalidad consiste en un vínculo entre una persona y una organización política, productor de obligaciones jurídicas y derechos subjetivos recíprocos." A su vez, **Niboyet** sostiene: "La nacionalidad es el vínculo político y jurídico que relaciona a un individuo con un Estado."⁹

Sin menospreciar la definición de **Miaja de la Muela**, la de **Niboyet** es la correcta, pues un nexo entre una persona y una organización política sin que ésta sea el Estado no implica que atribuya nacionalidad. Un partido es una organización política; sin embargo, tener un vínculo con él no conlleva la atribución de nacionalidad; en consecuencia, la única relación por la cual se obtiene la nacionalidad es por la relación que se establece entre un Estado y una persona.

Es primordial determinar la diferencia tanto entre una organización política y el Estado como entre Estado y nación. Una organización política existe, crea vínculos políticos y jurídicos y da lugar a derechos y obligaciones mutuos, pero nunca atribuirá nacionalidad. Un partido político reúne todos los elementos señalados, pero le falta el *imperium* que tiene el Estado.

El Estado es una organización política, de tal forma que, igual que el partido político, crea un vínculo del cual se derivan derechos y obligaciones recíprocos; sin embargo, este vínculo o relación es muy diferente pues los derechos y obligaciones que surgen entre las personas y el Estado son exigibles por ambas partes mediante la coacción. El Estado está capacitado para ejercerla en atención al *imperium* de que lo inviste la Constitución.

En tal sentido, tanto el Estado puede compeler mediante la coacción a sus nacionales para que cumplan con sus obligaciones, como los nacionales pueden exigir, con los medios jurídicos que el Estado le proporciona, para que —mediante la coacción que legalmente pueden ejercer los órganos a los que acuda— éstos obliguen al Estado y a sus órganos tanto al respeto del derecho de los gobernados como al cumplimiento de sus obligaciones.

⁸ Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, 5a ed., t. I, Editorial Atlas, Madrid, 1969, pág. 7.

⁹ J.P. Niboyet, *Principios de derecho internacional privado*, selección de la 2a ed. francesa del *Manual de A. Pillet y J.P. Niboyet*, traducida y adicionada con legislación española por Andrés Rodríguez Ramón, Editora Nacional, México, 1957, pág. 77.

Otra diferencia importante por establecer entre nación y Estado es su distinta naturaleza. En líneas anteriores se expuso lo que son la nación y el Estado, por lo cual sólo se recordará la distinta naturaleza de cada uno. La nación es una sociedad unida por lazos del pasado, con un presente basado en proyectos comunes a realizar en un futuro; esta relación implica una comunidad identificada por factores naturales, que se formó con el paso del tiempo y por el convencimiento de los miembros de esa comunidad. El Estado es una institución que surge con fines de orden y justicia, cuyo fundamento es una Constitución que deben cumplir tanto el Estado como sus miembros.

La relación Estado-persona existe con fundamento en el derecho y es independiente de la costumbre o de la identidad de sus miembros. De este modo, si bien el Estado puede tener las características de una nación —en cuyo caso sería un Estado nacional, lo cual sería óptimo— esto no necesariamente ocurre, pues hay Estados sin que su origen sea la nación y hay naciones que no son Estados.

El pueblo judío fue una nación y se constituyó en Estado hasta que al tener un territorio se organizó política y jurídicamente. Antes de que la Organización de las Naciones Unidas le diera territorio, el pueblo judío estaba disperso pero unido por lazos ancestrales, por lo cual sólo era nación. Actualmente es un Estado-nación, aun cuando durante años sólo fue una nación cuyos miembros actuaban por solidaridad e identidad, pero nunca por la unión jurídico-política que da el Estado, ya que éste no existía y, en consecuencia, no podía atribuir una nacionalidad.

Acorde con todo lo expuesto, la nacionalidad es un vínculo político-jurídico que se crea entre el Estado y una persona, porque así lo decide unilateral y discrecionalmente el Estado en ejercicio de su *imperium*. La nacionalidad es un atributo de la personalidad y tiene efectos en la vida política y privada; además, en el derecho internacional privado la nacionalidad es un principio y un punto de conexión con base en el cual algunos Estados determinan el derecho aplicable; de ahí la necesidad de su estudio.

3.1.4 ¿Qué es la ciudadanía?

Es importante determinar la diferencia entre nacionalidad y ciudadanía, debido a que suelen confundirse. Ciudadano es la persona que tiene la capacidad para ejercer derechos políticos y participar en la vida pública del Estado. El art. 34 de la Constitución establece:

Son ciudadanos de la República los varones y mujeres que, teniendo la calidad de mexicanos, reúnan además los siguientes requisitos:

- I. Haber cumplido 18 años, y
- II. Tener un modo honesto de vivir.

De esta norma se deriva una clara diferencia entre el nacional y el ciudadano. Se es nacional de un Estado por el solo hecho de cumplir los requisitos del *ius soli* o del *ius sanguinis*.

De acuerdo con los principios de la nacionalidad, ésta se adquiere con el nacimiento, lo que no ocurre con la ciudadanía, la cual exige como primer requisito tener la calidad de mexicano. Por tanto, se puede ser nacional sin ser ciudadano, en tanto que un requisito previo para ser ciudadano es tener la nacionalidad mexicana. El art 37 de la Constitución establece al respecto: "Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad."

Es conveniente aclarar que no ocurre lo mismo con la ciudadanía pues ésta se puede perder como lo establece el art 37 inc c) en sus seis fracciones.

La ciudadanía también podrá suspenderse, si se actualiza cualquiera de los seis supuestos del art 38. Tanto la pérdida como la suspensión de la ciudadanía significan la incapacidad jurídica para ejercer los derechos políticos. Para declarar cualquiera de estas dos situaciones es necesario llevar un juicio en el cual se prueben los supuestos de la pérdida o de la suspensión de la ciudadanía, juicio en el cual la persona afectada deberá ser oída y tener la posibilidad de defenderse, en cumplimiento de las garantías de audiencia y de legalidad.

Asimismo, es necesario distinguir entre pérdida y suspensión de la ciudadanía. De acuerdo con el art 37, el cual regula la pérdida de la ciudadanía, ésta no se podrá recuperar, en tanto que la suspensión sólo consistirá en la privación temporal del ejercicio de los derechos políticos. Al efecto el último párr del art 38 constitucional establece:

La ley fijará los plazos en que se pierden, y los demás en que se suspenden, los derechos del ciudadano y la manera de hacer la rehabilitación.

Reforma del artículo 37 constitucional de 2013 y decreto de 2014

El 30 de septiembre de 2013 el *DOF* publicó el decreto que reformó el art 37 constitucional, inc C) fraccs II, III y IV, se añadió un párrafo a la fracc III y se suprimió el último párr del mencionado inciso para quedar en los términos siguientes:

Artículo 37.

(...)

C) La ciudadanía mexicana se pierde:

(I...)

- II. Por prestar voluntariamente servicios o funciones oficiales a un gobierno extranjero, sin permiso del Ejecutivo Federal;
- III. Por aceptar o usar condecoraciones extranjeras sin permiso del Ejecutivo Federal.

El Presidente de la República, los senadores y diputados al Congreso de la Unión y los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrán libremente aceptar y usar condecoraciones extranjeras;

- IV. Por admitir del gobierno de otro país títulos o funciones sin previo permiso del Ejecutivo Federal, exceptuando los títulos literarios, científicos o humanitarios que pueden aceptarse libremente;

(...)

Estas reformas al art 37 en las fraccs II, III y IV y la adición a la fracc III constituyen una invasión del Ejecutivo a la función legislativa; además, no hay razón lógica ni jurídica para que las máximas autoridades del país dejen de cumplir con la autorización que correspondía al Congreso de la Unión en la fracc XVI del art 73 constitucional.

Decreto de 2014. El 3 de enero de 2014 se publicó en el *DOF* el acuerdo de la Secretaría de Relaciones Exteriores mediante el cual se dio a conocer el procedimiento para el trámite y resolución de las solicitudes de permiso a que se refieren las fraccs II, III y IV del inciso C) del art 37 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. El acuerdo abarca 16 artículos, tres transitorios y los formatos de solicitud.

3.2 Derecho de la nacionalidad

La nacionalidad, como derecho de toda persona, se rige por dos principios fundamentales:

- Toda persona debe tener nacionalidad.
- La nacionalidad se adquiere desde el nacimiento.

Los dos principios tienen como requisito previo que la persona haya sido registrada oficialmente en el lugar donde nació, pues mientras esto no ocurra, la persona no existe jurídicamente.

La nacionalidad es una figura jurídica que tiene aspectos internos e internacionales. El aspecto interno radica en que los Estados determinan quié-

nes serán sus nacionales y quiénes no; así, la ley interna regula los derechos y obligaciones de sus nacionales.

Aun cuando las normas acerca de la nacionalidad son fundamentalmente internas existen normas internacionales que limitan la libertad de los Estados en su normatividad interna, al ser disposiciones en las que se reconoce y respeta la nacionalidad de los extranjeros e incluso se les reconocen derechos.

En el terreno internacional, la regulación sobre nacionalidad se limita a una obligación de no hacer de los Estados entre sí. Esto significa que si bien es cierto todo Estado cuenta con absoluta libertad para determinar quiénes son sus nacionales, tiene a su vez la obligación de no inmiscuirse en la regulación referente a la nacionalidad que realicen otros Estados.

Otra obligación de no hacer que tienen los Estados radica en que les está prohibido atribuir la nacionalidad a personas que no guardan ninguna relación con ellos y que, por ende, no la solicitan. Al respecto es importante determinar lo que ocurre cuando los Estados se anexan o se independizan. Un principio que se aplica, ante situaciones de anexión de territorios, consiste en que el Estado anexionante debe dejar en libertad a las personas que ocupan el territorio anexado, para que decidan cuál nacionalidad desean tener: la del Estado anexado o la nueva del anexionante. Un ejemplo de anexión está en la pérdida de los territorios de México, en cuyo caso los habitantes del territorio anexado a Estados Unidos podían conservar la nacionalidad mexicana o aceptar la norteamericana; para tomar tal decisión tenían un año, pero en el supuesto de no declarar nada se entendía que adquirirían la nacionalidad norteamericana. Lo mismo ocurrió cuando Chiapas se unió a México: si en un año no declaraban continuar con su anterior nacionalidad, se entendía que aceptaban la nacionalidad mexicana.

Cuando los Estados se independizan surge una nacionalidad nueva, como ocurrió con la Nueva España al independizarse: en ese momento surgieron México y la nacionalidad mexicana.

El problema de la nacionalidad ha dado lugar a la creación de normas internacionales, que se encuentran en los tratados, disposiciones que tienen preeminencia sobre las disposiciones internas; por ejemplo: la Convención de La Haya del 15 de junio de 1955 para "Regular los Conflictos entre la ley nacional y la ley del domicilio", de la que México no es parte. En conclusión, la nacionalidad fundamentalmente se regula por el derecho interno; sin embargo, tiene efectos en el extranjero e incluso es un principio para determinar cuál derecho debe aplicarse.

3.2.1 Nacionalidad de origen y nacionalidad derivada

La doctrina distingue entre nacionalidad de origen y nacionalidad derivada: la primera es la que se adquiere al nacer y la segunda se obtiene al solicitarla. Cabe considerar que respecto a la nacionalidad de origen no hay problema alguno: sería la nacionalidad por nacimiento, mientras que la segunda se obtiene por solicitarla; como la adquirida o derivada.

Según lo señalado, la CPEUM regula en el art 30 dos clases de nacionalidad: por nacimiento y por naturalización.

3.2.2 Nacionalidad mexicana por nacimiento

El inc A del art 30 se refiere a la nacionalidad por nacimiento; al efecto dispone:

A. Son mexicanos por nacimiento:

- I. Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres.*
- II. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos nacidos en territorio nacional, de padre mexicano nacido en territorio nacional, o de madre mexicana nacida en territorio nacional.*

La primera forma de ser mexicano por nacimiento se ha denominado *ius soli*, supuesto en el cual la nacionalidad mexicana se adquiere por haber nacido en territorio nacional. Esta forma de atribuir la nacionalidad será correcta si se considera sólo a los niños cuyos padres no son mexicanos; a su vez, independientemente de la nacionalidad de los padres, sus hijos por nacer en territorio nacional son mexicanos. En consecuencia, tal atribución es perfectamente natural por la aplicación del *ius soli* como un acto discrecional y unilateral del Estado.

En la fracc I se puede presentar la situación de tener la nacionalidad mexicana artificialmente, lo cual ocurre cuando se atribuye a un niño cuyos padres se encontraban sólo de paso en México y él nace aquí accidentalmente. Este niño será hijo de padres extranjeros y vivirá en el extranjero ya que sus padres sólo estaban temporalmente en México; sin embargo, será mexicano por nacimiento. De acuerdo con la ley actual, nunca perderá tal nacionalidad, con la que no tiene relación alguna, pero dicha nacionalidad le otorga múltiples beneficios.

La fracc II regula la atribución de la nacionalidad si los padres son mexicanos, nacidos en México. Esta atribución de nacionalidad se denomina *jus sanguinis*, la cual en realidad es un supuesto absurdo y discriminador, pues los padres tienen que haber nacido en territorio mexicano. Esto significa que si no nacieron en territorio nacional faltará el segundo elemento y los hijos no podrán recibir la nacionalidad de sus padres. Esto es ilógico, sobre todo si se compara con la fracc III, que establece:

Serán mexicanos por nacimiento:

III. Los que nazcan en el extranjero, hijos de padres mexicanos por naturalización, de padre mexicano por naturalización, o de madre mexicana por naturalización.

De acuerdo con esta fracción, los hijos de padres naturalizados nacidos en el extranjero serán mexicanos por nacimiento, en tanto que los hijos de mexicanos nacidos en el extranjero, para ser mexicanos por nacimiento, deben haber nacido sus padres en territorio mexicano. Dicho supuesto para otorgar el *jus sanguinis* a los hijos exige previamente el *jus soli* a los padres.

De las fraccs II y III resulta evidente una desigualdad discriminatoria, debido a que —como lo señala la ley— el hijo de un naturalizado será mexicano por nacimiento aun cuando nazca en el extranjero, en tanto que los hijos de mexicanos por nacimiento serán mexicanos siempre y cuando sus padres sean mexicanos por el *jus soli*.

3.3 Atribución de la nacionalidad mexicana por nacimiento en embarcaciones y aeronaves: ficción jurídica

3.3.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La fracc IV del art 30 constitucional atribuye la nacionalidad mexicana por nacimiento sólo por el hecho de nacer en una embarcación o en una aeronave mexicana; ambas formas constituyen una ficción jurídica. En este sentido:

Son mexicanos por nacimiento:

IV. Los que nazcan a bordo de embarcaciones o aeronaves mexicanas, sean de guerra o mercantes.

Esta disposición aplica el *jus soli* en la atribución de la nacionalidad por considerar como extensión del territorio nacional los medios de transporte señalados.

3.3.1.1 Código Civil Federal

Este código regula en sus arts 70 a 73 cuatro supuestos respecto de los nacimientos que ocurran en naves nacionales o extranjeras, a saber:

Artículo 70. Si el nacimiento ocurriere a bordo de un buque nacional, los interesados harán extender una constancia del acto, en que aparezcan las circunstancias a que se refieren los artículos del 58 al 65, en su caso, y solicitarán que las autorice el capitán o patrono de la embarcación y dos testigos de los que se encuentren a bordo, expresándose, si no los hay, esta circunstancia.

Artículo 71. En el primer puerto nacional a que arribe la embarcación, los interesados entregarán el documento de que habla el artículo anterior al juez del registro civil para que a su tenor asiente el acta.

Artículo 72. Si en el puerto no hubiere funcionario de esta clase, se entregará la constancia antes dicha a la autoridad local, la que la remitirá inmediatamente al juez del registro civil del domicilio de los padres.

Artículo 73. Si el nacimiento ocurriere en un buque extranjero, se observará, por lo que toca a las solemnidades del registro, lo prescrito en el artículo 15.

Este dispositivo se refiere a la posibilidad de un fraude a la ley, por realizar los actos necesarios para que el nacimiento ocurra en barco extranjero con el fin de que la criatura adquiera la nacionalidad del buque en el que nació. De acuerdo con ello, es necesario consultar la *Ley de Navegación* y la *Ley de Aviación Civil* para determinar por qué los nacimientos en estos medios de transporte se consideran ocurridos en territorio mexicano.

3.3.1.2 Nacimientos en embarcaciones mexicanas: Ley de Navegación

Atribuir nacionalidad a una embarcación es importante porque se debe determinar cuál derecho se aplicará a todo lo que en ella suceda; en tal sentido, la nacionalidad de una embarcación la determina la *Ley de Navegación*; al efecto se aplican los arts 9 a 13.

Artículo 9. Son embarcaciones y artefactos navales mexicanos los abanderados y matriculados en alguna capitanía de puerto a solicitud de su propietario o naviero, previa la verificación de las condiciones de seguridad del mismo y presentación de la dimisión de bandera del país de origen de acuerdo con el reglamento respectivo.

La embarcación o artefacto naval se inscribirá en el Registro Público Marítimo Nacional y se le expedirá el certificado de matrícula, cuyo original deberá permanecer a bordo como documento probatorio de su nacionalidad mexicana.

Artículo 10. Las personas físicas mexicanas o morales constituidas conforme a las leyes mexicanas, podrán abanderar, matricular y registrar como mexicanos, embarcaciones y artefactos navales, de su propiedad o en posesión mediante contrato de arrendamiento financiero.

Los extranjeros, únicamente lo podrán hacer respecto a embarcaciones de recreo o deportivas para uso particular.

Artículo 11. La autoridad marítima podrá, a solicitud del propietario o naviero, abanderar una embarcación como mexicana; en cuyo caso expedirá un pasavante de navegación mientras se tramita la matrícula.

En el extranjero la autoridad consular mexicana podrá, a solicitud del propietario o naviero, abanderar provisionalmente embarcaciones como mexicanas; y, mediante la expedición de un pasavante autorizar la navegación para un solo viaje con destino a puerto mexicano, donde tramitará la matrícula.

Artículo 12. Se consideran embarcaciones de nacionalidad mexicana:

- I. Las abanderadas y matriculadas conforme a la presente ley;
- II. Las que causen abandono en aguas de jurisdicción nacional;
- III. Las decomisadas por autoridades mexicanas;
- IV. Las capturadas a enemigos y consideradas como buena presa; y
- V. Las que sean propiedad del Estado mexicano.

Artículo 13. El certificado de matrícula de una embarcación mexicana tendrá vigencia indefinida, y será cancelado por la autoridad marítima en los siguientes casos:

- I. Cuando la embarcación no reúna las condiciones de seguridad para la navegación y prevención de la contaminación del medio marino;
- II. Por naufragio, incendio o cualquier otro accidente que la imposibilite para navegar por más de un año;
- III. Por su destrucción o pérdida total;
- IV. Cuando su propietario o poseedor deje de ser mexicano, excepto para el caso de embarcaciones de recreo o deportivas para uso particular;
- V. Por su venta, adquisición o cesión en favor de gobiernos o personas extranjeras, con excepción hecha de las embarcaciones de recreo o deportivas para uso particular;
- VI. Por captura hecha por el enemigo, si la embarcación fue declarada buena presa;
- VII. Por resolución judicial, y
- VIII. Por dimisión de bandera, del propietario o titular del certificado de matrícula.

La autoridad marítima sólo autorizará la dimisión de bandera y la cancelación de matrícula y registro de una embarcación o artefacto naval, cuando esté cubierto o garantizado el pago de los créditos laborales y fiscales; y existe constancia de libertad de gravámenes expedida por el Registro Público Marítimo Nacional, salvo pacto en contrario entre las partes.

En este orden de ideas, la *Ley de Navegación* determina que el documento probatorio de la nacionalidad mexicana de una embarcación es el certificado de matrícula expedido por el Registro Público Marítimo Nacional, a cargo de la Secretaría de Marina.

3.3.1.3 Nacimientos en aeronaves: *Ley de Aviación Civil*

Respecto a las aeronaves ocurre lo mismo: quien nazca en una aeronave mexicana tendrá esta nacionalidad. La nacionalidad mexicana de la aeronave se prueba mediante el certificado de matrícula que expide el Registro Aeronáutico Mexicano a cargo de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes. Al efecto son aplicables los arts 2o, fracc VI, 45 párrs segundo y tercero:

Artículo 2. Para los efectos de esta Ley, se entenderá por:

VI. Certificado de matrícula: documento que identifica y determina la nacionalidad de la aeronave.

Artículo 45. La nacionalidad mexicana de la aeronave se adquiere con el certificado de matrícula de la aeronave, el que se otorgará una vez inscrita la documentación a que se refiere la fracción I del artículo 47 de esta Ley, en el Registro Aeronáutico Mexicano.

Las aeronaves matriculadas en otro Estado podrán adquirir matrícula mexicana, previa cancelación de la extranjera.

Cabe aclarar que dicho ordenamiento admite que se matriculen como mexicanas las aeronaves de extranjeros siempre que sean para transporte aéreo privado; por tanto, el transporte no puede ser comercial, según lo establece el art 45 párr primero, que a la letra dispone:

Podrán matricularse en los Estados Unidos Mexicanos las aeronaves propiedad o legítima posesión de mexicanos, así como las de extranjeros dedicadas exclusivamente al transporte aéreo privado no comercial.

Por su parte, el art 3o de la *Ley de Aviación Civil* establece:

La explotación, uso o aprovechamiento del espacio aéreo situado sobre el territorio nacional, es de jurisdicción federal.

Corresponderá a los tribunales federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley, sin perjuicio de que las controversias que surjan entre particulares se sometan a arbitraje, de conformidad con las disposiciones aplicables.

Los hechos ocurridos y los actos realizados a bordo de una aeronave civil con matrícula mexicana, se sujetarán a las leyes y autoridades mexicanas; y los que ocurran o se realicen a bordo de una aeronave civil extranjera durante el vuelo de la misma sobre territorio nacional, se regirán por las leyes y autoridades del Estado de matrícula de la aeronave, sin perjuicio de lo establecido en los tratados. En el caso de comisión de delitos en aeronaves, se estará a lo dispuesto por el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

Asimismo, el *Código Civil Federal* establece que son aplicables a la navegación aérea civil las disposiciones que sobre nacimientos y defunciones ocurran a bordo de un buque con bandera mexicana.

El art 3o de la *Ley de Aviación Civil* es muy importante porque en el párr segundo determina la competencia judicial y en el tercero, mediante una ficción jurídica, establece que los hechos y actos que ocurran en una aeronave con matrícula mexicana se someterán al derecho mexicano. Con esto se dispone concretamente que el derecho sustantivo aplicable será el mexicano.

3.4 Artículos 32 y 37 constitucionales y la nacionalidad por nacimiento

El art 32 se relaciona con el 37 por referirse a las personas que tienen dos nacionalidades; una por el *jus sanguinis* al ser hijos de mexicanos, y la otra por haber nacido en territorio extranjero. En tal sentido, el art 32 de la *CPEUM* dispone:

3.4.1 Artículo 32 constitucional

La Ley regulará el ejercicio de los derechos que la legislación mexicana otorga a los mexicanos que posean otra nacionalidad y establecerá normas para evitar conflictos por doble nacionalidad.

El ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la presente Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad. Esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión.

En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer al activo del ejército en

tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones, maquinistas, mecánicos y, de una manera general, para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mercante mexicana. Será también necesaria para desempeñar los cargos de capitán de puertos y todos los servicios de practica y comandante de aeródromo.

Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones de gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano.

En el primer párr del art 32, la situación que se presenta consiste en que una persona con dos nacionalidades estará en posibilidad de tener conflictos por la doble nacionalidad, problema que el art 32 trata de evitar, lo cual es una declaración de buena fe e idealista ya que no dice cómo se evitarán los conflictos.

Respecto a los párrs segundo y tercero, es muy importante distinguir entre la situación que surge cuando un Estado extranjero otorga su nacionalidad a una persona que ya es mexicana por nacimiento, y la situación que se presenta cuando el mexicano por nacimiento solicita otra nacionalidad. En el primer supuesto, cuando el Estado extranjero otorga la nacionalidad por el *jus soli* a un mexicano que por el *jus sanguinis* es mexicano por nacimiento, bastará con que esta persona renuncie a la nacionalidad extranjera y solicite al Estado mexicano un *certificado de nacionalidad*, documento con el cual ratificará su nacionalidad mexicana; ello le permitirá tener capacidad para acceder a los cargos oficiales, cuya regulación se encuentra en el documento anexo a la *Ley de Nacionalidad*, cargos que sólo pueden ocupar los mexicanos por nacimiento.

Muy distinto es el supuesto en el cual el mexicano por nacimiento obtiene voluntariamente otra nacionalidad, en cuyo caso no podrá obtener un *certificado de nacionalidad*; por tanto, no tendrá capacidad para acceder a los cargos reservados exclusivamente a los mexicanos por nacimiento.

Los párrs tercero, cuarto y quinto del art 32 se refieren a las funciones o puestos en que es necesario ser mexicano por nacimiento, cargos contenidos expresamente en el anexo de la *Ley de Nacionalidad*.

El párr quinto determina la preferencia que debe darse a los mexicanos frente a los extranjeros, siempre que estén en condiciones de igualdad. Ésta es una disposición que continuamente se incumple pese a encontrarse en la Constitución. Como previamente se dijo, el art 32 debe estudiarse, relacionado con el 37.

3.4.2 Artículo 37 constitucional

Las reformas de 1998 a la Constitución y la nueva *Ley de Nacionalidad* eliminaron las causales de pérdida de la nacionalidad mexicana para los mexicanos por nacimiento, lo cual se determina en el ap A del art 37 al establecer:

A) Ningún mexicano por nacimiento podrá ser privado de su nacionalidad.

Esta disposición coloca a los mexicanos por nacimiento en una situación óptima, ya que aun cuando se les otorgue o soliciten otra nacionalidad continuarán con la nacionalidad mexicana con los mismos derechos y obligaciones contenidos en la Constitución, la *Ley de Nacionalidad* y las leyes que se apliquen a los mexicanos. Sólo tendrán vedado el acceso a los cargos o concesiones que están reservados exclusivamente para los mexicanos por nacimiento y que no hayan adquirido otra nacionalidad.

La reforma de no pérdida de la nacionalidad mexicana por nacimiento dio lugar a interpretar que dicha nacionalidad era irrenunciable, lo cual no es verdad: el art 37 determina la no privación de la nacionalidad por nacimiento por el Estado, pero en ningún momento la Constitución o la *Ley de Nacionalidad* señalan la irrenunciabilidad de la nacionalidad. Por tanto, el mexicano por nacimiento puede renunciar a su nacionalidad, pero esa renuncia es inexistente para México.

Atento a lo anterior, un mexicano por nacimiento nunca perderá su nacionalidad cualesquiera que sean las acciones que realice, aun cuando nada le prohíbe renunciar a ella. Es necesario insistir en que si bien un mexicano por nacimiento nunca perderá su nacionalidad y conservará todos sus derechos aunque otro Estado le otorgue su nacionalidad, no podrá acceder a determinados cargos mientras continúe con ambas nacionalidades.

Los puestos a los que le será imposible acceder se encuentran en el anexo de la *Ley de Nacionalidad*; para determinarlos, fue necesario modificar las 31 leyes siguientes:

- *Ley del Servicio Exterior Mexicano* (arts 20, 32-1, 47 bis).
- *Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanas* (arts 4, fraccs I y II 117, 148 bis, 161 y 170 inc f).
- *Ley Orgánica de la Armada de México* (arts 57 y 105 inc e).
- *Código de Justicia Militar* (art 4).

- *Ley del Servicio Militar* (art 5 bis).
- *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* (arts 106 y 108).
- *Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación* (art 4).
- *Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal* (art 9).
- *Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República* (arts 20 inc a, 22 fracc I y 23 fracc I).
- *Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal* (arts 19 fracc I, 34 fracc I y 35 fracc I).
- *Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales* (arts 76 inc a, 91 inc a, 103 inc a, 114 inc a y 120 inc a).
- *Ley de Navegación* (arts 22 y 50).
- *Ley de Aviación Civil* (arts 7, 38 y 40).
- *Ley Federal del Trabajo* (arts 189, 216 y 612 fracc I).
- *Ley del Seguro Social* (art 267).
- *Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado* (arts 156 fracc I y 166).
- *Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas* (arts 28 y 50 fracc IV; el 51 fracc III se deroga).
- *Ley Federal de Entidades Paraestatales* (art 21 fracc I).
- *Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia Nuclear* (art 51).
- *Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos* (art 9 fracc I).
- *Ley Federal de Correduría Pública* (art 8 fracc I).
- *Ley Orgánica del Instituto Nacional de Antropología e Historia* (art 6).
- *Ley de Inversión Extranjera* (art 32 fracc I, incs a), b) y c) fracc II incs a), b) y fracc III).
- *Ley General que establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública* (art 14 fracc I).
- *Ley de la Comisión Reguladora de Energía* (art 51 fracc I).
- *Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro* (arts 10 fracc I, 14 fracc I).
- *Ley Orgánica de los Tribunales Agrarios* (art 12 fracc I).
- *Ley del Banco de México* (art 39 fracc I).
- *Ley Federal de Competencia Económica* (art 26 fracc I).
- *Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, Reglamentaria del Apartado B del Artículo 123 Constitucional* (art 121 fracc I).
- *Ley de la Comisión Nacional Bancaria y de Valores* (art 15 fracc I y último párr del Diario Oficial del 23 de enero de 1998).

3.5 Nacionalidad mexicana por naturalización

El art 30 ap B de la *CPEUM* regula sólo dos supuestos para adquirir la nacionalidad mexicana por naturalización, los demás se encuentran en la *Ley de Nacionalidad*.

En función de las diferencias legales, la doctrina ha dado nombre a las distintas vías por las que se puede obtener la nacionalidad mexicana, a saber:

- Ordinaria.
- Especial.
- Automática.

La diferencia de estos tres medios radica en el mayor o menor número de requisitos que exija la ley y de la relación que el solicitante tenga con el país, lo cual significa que a mayor relación, los requisitos serán menores.

3.5.1 Naturalización ordinaria

Previamente es necesario aclarar que la nacionalidad por naturalización nunca procederá en forma totalmente automática, sino que se darán más facilidades, pero siempre será necesario solicitarla y satisfacer un mínimo de requisitos.

La vía ordinaria está regulada en el art 30 párr B fraccs I y II de la Constitución. En tal sentido, serán mexicanos por naturalización:

- I. Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones Exteriores carta de naturalización.

La fracc I de este apartado regula la adquisición de nacionalidad por vía ordinaria ya que el supuesto no contiene ninguna situación particular. Normalmente un extranjero que pretende obtener la nacionalidad mexicana lo hace porque tiene un nexo previo con México, situación que lo ubica en los supuestos especiales que le permiten una vía más accesible y rápida para obtener la nacionalidad mexicana; empero, esto no ocurre de aplicarse la fracc I, la cual se refiere a la obtención de la nacionalidad por vía ordinaria.

Los requisitos que exige la vía ordinaria son los siguientes:

- Solicitar la nacionalidad.
- Renunciar a la nacionalidad extranjera, a los derechos que se concedan a los extranjeros y a la sumisión a cualquier Estado extranjero.

- Protestar obediencia y sumisión a las autoridades y leyes mexicanas.
- Saber español, estar integrado a la cultura y conocer la historia de México.
- Haber residido en el país un mínimo de cinco años anteriores a la solicitud.

La vía ordinaria sólo es solicitada por los extranjeros que sin tener ninguna relación con el país desean adquirir la nacionalidad mexicana, razón por la cual el legislador consideró que los requisitos debían ser más estrictos, como haber vivido en el país durante cinco años, según lo dispone el art 20.

3.5.2 Naturalización especial

La vía especial se sigue cuando el extranjero tiene por diversas razones un vínculo con el país. El art 30 constitucional, fracc II, dispone:

- II. La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional y cumplan con los demás requisitos que al efecto señale la ley.

En cumplimiento de la norma constitucional, el art 20¹⁰ fracc I de la *Ley de Nacionalidad* señala los supuestos en que no será necesaria la residencia de cinco años exigidos en la vía ordinaria. Textualmente dispone:

- I. Bastará una residencia de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud cuando el interesado:
 - a) Sea descendiente en línea recta de un mexicano por nacimiento";
Quedarán exentos de comprobar la residencia que establece la fracción I, aquellos descendientes en línea recta en segundo grado de un mexicano por nacimiento, siempre que no cuente con otra nacionalidad al momento de la solicitud; o bien no le sean reconocidos los derechos adquiridos a partir de su nacimiento (DOF del 23 de abril de 2012);
 - b) Tenga hijos mexicanos por nacimiento;
 - c) Sea originario de un país latinoamericano o de la Península Ibérica, o

¹⁰ Reforma del 25 de noviembre de 2013 del Reglamento de la Ley de Nacionalidad:

Artículo 14. Para efectos de lo dispuesto en los artículos 20 y 21 de la Ley, el interesado deberá acreditar la residencia en territorio nacional con cualquiera de los siguientes documentos:

- I. Con la tarjeta expedida por la Secretaría de Gobernación que acredite la condición de estancia de residente temporal, o
- II. Con la tarjeta expedida por la Secretaría de Gobernación que acredite la condición de estancia de residente permanente.

d) *A juicio de la Secretaría, haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, social, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la Nación. En casos excepcionales, a juicio del Titular del Ejecutivo Federal, no será necesario que el extranjero acredite la residencia en el territorio nacional a que se refiere esta fracción.*

El solo enunciado de la disminución del tiempo de cinco a dos años es suficiente prueba de que ésta es una vía más expedita y, por tanto, especial; además, la ley exige el cumplimiento de los requisitos, que demuestren el motivo especial invocado por el extranjero para acceder a esta vía especial.

Otro caso similar es el de la fracc II del art 20, en el que también son suficientes dos años de residencia, a saber:

La mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos, deberán acreditar que han residido y vivido de consuno en el domicilio conyugal establecido en territorio nacional, durante los dos años inmediatamente anteriores a la fecha de la solicitud.

El requisito de vivir en el territorio nacional dos años antes de presentar la solicitud no se exige cuando el cónyuge mexicano radique en el extranjero en cumplimiento de un cargo, puesto o comisión del gobierno.

Este último supuesto se podría considerar una vía automática de adquirir el extranjero la nacionalidad mexicana, debido a que los requisitos consisten en casarse con mexicano y que éste se encuentre en servicio activo en el extranjero. En tal supuesto no es necesario el tiempo de dos años, aunque un requisito *sine qua non* es que el cónyuge extranjero debe solicitar la nacionalidad mexicana.

Otro supuesto de naturalización por vía especial es el del art 20 fracc III relativo al adoptado y a los menores descendientes hasta el segundo grado que estén sujetos a la patria potestad de mexicanos.

III. *Bastará una residencia de un año inmediato anterior a la solicitud, en el caso de adoptados, así como de menores descendientes hasta segundo grado, sujetos a la patria potestad de mexicanos.*

Si los que ejercen la patria potestad no hubieren solicitado la naturalización de sus adoptados o de los menores, éstos podrán hacerlo dentro del año siguiente contado a partir de su mayoría de edad, en los términos de esta fracción.

La Carta de Naturalización producirá sus efectos al día siguiente de su expedición.

Nótese la facilidad que se otorga a los adoptados y a los menores para obtener la nacionalidad mexicana al sólo exigir que la residencia sea de un año en el país. Esta norma tiene como *ratio legis* la integración del núcleo familiar al que se ingresa.

Cabe aclarar que la *Ley de Nacionalidad* determina en el art 30 que ser adoptado o adoptante no tiene como consecuencia la pérdida o la obtención de la nacionalidad. Esto parece contrario a la idea de la integración familiar; sin embargo, tiene un fin protector.

La adopción no entraña para el adoptado ni para el adoptante la adquisición o pérdida de la nacionalidad. Ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 20, fracción III, de esta Ley.

Lo anterior significa que el adoptante y el adoptado conservarán su nacionalidad. Respecto al adoptante no hay problema pues se trata de una persona mayor de edad, en tanto que el adoptado será un menor o un incapacitado; en el supuesto de que el adoptado fuera un menor, al continuar con la nacionalidad mexicana tendría la protección del Estado y el derecho a optar por una de las dos nacionalidades al cumplir la mayoría de edad; en el supuesto del incapaz, ésta le impediría tomar la decisión del cambio de nacionalidad.

3.5.3 Naturalización automática

Esta vía no es clara en la *Ley de Nacionalidad*; sin embargo, puede considerarse que el inc d) de la fracc I del art 20 permite obtener rápidamente la nacionalidad mexicana, pues cuando el Ejecutivo considere que el extranjero tiene méritos personales valiosos y útiles para el país, lo exentará del requisito de los dos años de permanencia anteriores a la presentación de la solicitud. Textualmente el párrafo establece:

d) *A juicio de la Secretaría, haya prestado servicios o realizado obras destacadas en materia cultural, social, científica, técnica, artística, deportiva o empresarial que beneficien a la Nación. En casos excepcionales, a juicio del Titular del Ejecutivo Federal, no será necesario que el extranjero acredite la residencia en el territorio nacional a que se refiere esta fracción.*

En el supuesto anterior, el plazo de dos años puede interrumpirse hasta por seis meses, pero no ocurre lo mismo con el de un año, relativo a los menores y adoptados, el cual debe ser continuo.

Una vez cumplidos los requisitos para obtener la nacionalidad mexicana, se otorgará la carta de naturalización; la ley establece que ésta producirá sus efectos al día siguiente de su expedición. Procede mencionar lo incomprensible e ilógico de la disposición respecto a que la carta surta efectos hasta el día siguiente de ser expedida. Tal documento debería surtir efectos inmediatamente que se otorga la nacionalidad, ya que, como lo señala la ley, habrá un periodo en el cual el solicitante será apátrida por haber renunciado a su nacionalidad y el documento que lo acredite como mexicano surtirá efectos hasta el día siguiente.

¿Qué ocurrirá si en el tiempo en que es apátrida éste fallece? La *Ley de Nacionalidad* regula seis aspectos más acerca de la naturalización.

- Conservación de la nacionalidad.
- Suspensión.
- No expedición de la carta.
- Nulidad del otorgamiento.
- Pérdida de la nacionalidad.
- Sanciones.

3.6 Conservación de la nacionalidad

La conservación de la nacionalidad la regula el art 22, relacionado con el art 20 fracc II y se dirige al extranjero que contrae matrimonio con mexicano o con extranjero que hubiera adquirido la nacionalidad mexicana con anterioridad al matrimonio. En tales supuestos, la nacionalidad se adquirió por vía especial en virtud de contraer matrimonio con un mexicano, pero ¿qué ocurre si se divorcian: se pierde o se conserva la nacionalidad?

La ley prevé la posible disolución del matrimonio, acto que fue la causa para solicitar y obtener la nacionalidad por vía especial. ¿Qué ocurre con el cónyuge que la adquirió? Es natural que quien adquirió la nacionalidad de buena fe por la vía especial la conserve, como también resulta lógico y natural que se le sancione por fraude a la ley si el matrimonio lo realizó con el único fin de obtener la nacionalidad mexicana.

Pese al posible fraude a la ley, en el momento de juzgar a la persona, de acuerdo con el principio de individualización, el art 26 exige una audiencia previa con el fin de que la autoridad analice debidamente las causas del matrimonio, ya que éstas no necesariamente serán ilícitas. La ley resuelve el problema al determinar que la nacionalidad obtenida por este medio sigue vigente salvo que hubiese un supuesto de nulidad imputable al natura-

lizado. En consecuencia, aun cuando el matrimonio se disuelva, el cónyuge que obtuvo la nacionalidad por la vía especial al contraer matrimonio con un mexicano o mexicana continuará como nacional mexicano, salvo que haya realizado fraude a la ley con el fin de obtenerla.

3.7 Suspensión del procedimiento de naturalización

La suspensión del procedimiento de naturalización es una medida preventiva para evitar que quien haya solicitado la nacionalidad pretenda un fraude a la ley, cuya causa sea ilícita e incluso delictiva. En consecuencia, la suspensión se actualizará al darse los supuestos del art 24, que a la letra establece:

El procedimiento para la obtención de la carta de naturalización se suspenderá cuando al solicitante se le haya decretado auto de formal prisión o de sujeción a proceso en México, o sus equivalentes en el extranjero.

Resulta natural y lógica la suspensión del procedimiento de naturalización, pues será necesario que el solicitante resuelva su situación legal previamente al otorgamiento de la nacionalidad mexicana; de lo contrario, se podría otorgar la nacionalidad a un delincuente.

La suspensión será temporal y durará sólo el tiempo que se requiera para probar la inocencia o culpabilidad de la persona; de ser inocente, se reanudará el procedimiento. Si cubre los requisitos, se le otorgará la nacionalidad; de resultar culpable, el procedimiento de naturalización dejará de tramitarse definitivamente.

3.8 No expedición de la carta de naturalización

La no expedición de la carta de naturalización obedece a razones totalmente claras y lógicas ya que de no cumplirse los requisitos o resultar su otorgamiento un peligro para el país, no deberá proceder la naturalización y, por tanto, no se entregará la carta. El art 25 regula esta situación al disponer los siguientes supuestos:

No se expedirá carta de naturalización cuando el solicitante se encuentre en cualquiera de los siguientes supuestos:

- I. No cumplir con los requisitos que establece esta Ley;
- II. Estar extinguiendo una sentencia privativa de la libertad por delito doloso en México o en el extranjero.

La pregunta que surge en esta fracción es la siguiente: ¿qué ocurre si la pena privativa de libertad es por delito culposo? Dado que la ley se refiere a delito doloso, cuando éste es culposo ¿se otorgará la carta de naturalización? La ley no lo aclara, pero debe aplicarse el principio jurídico que expone: "donde la ley no distingue no se debe distinguir".

En el supuesto del art 25 de la ley se establece la distinción al determinar que por delito doloso no se expedirá la carta; en consecuencia, *a contrario sensu* puede afirmarse que por delito culposo, aun cuando haya sanción privativa de libertad, deberá expedirse la carta de naturalización. La última fracc del art 25 dispone al respecto:

III. Cuando no sea conveniente a juicio de la Secretaría, en cuyo caso deberá fundar y motivar su decisión.

Esta fracción otorga una facultad discrecional a la autoridad para conceder o negar la carta de naturalización. Afortunadamente, la discrecionalidad se ve limitada al exigir que se funde y motive la decisión; de esta forma, cumple con el art 16 constitucional y se evita una arbitrariedad.

3.9 Nulidad de la carta de naturalización

Toda nulidad implica la existencia de un vicio que, de ser subsanable, sólo habrá nulidad relativa; de no ser posible subsanar la causa de nulidad, ésta será absoluta. El art 26 determina la procedencia de la nulidad, pero la limita a dos supuestos:

- Por incumplimiento de los requisitos.
- Por violación a la ley.

Este dispositivo respeta los derechos adquiridos de buena fe de terceros y cumple con la garantía de audiencia del afectado por la nulidad, quien debe ser oído; también estará en capacidad de evitar la nulidad absoluta ante el supuesto de tener la posibilidad de desvirtuar las causales de nulidad que se le imputen. Al efecto, el art 26 dispone:

La Secretaría declarará, previa audiencia del interesado, la nulidad de la carta de naturalización cuando se hubiere expedido sin cumplir con los requisitos o con violación a esta Ley.

La declaración de nulidad fijará la fecha a partir de la cual dicha carta será nula. En todo caso se dejarán a salvo las situaciones jurídicas creadas durante la vigencia de la carta a favor de terceros de buena fe.

3.10 Pérdida de la nacionalidad mexicana por naturalización

Contrario a lo que ocurre con la nacionalidad mexicana por nacimiento, la cual nunca se pierde, la nacionalidad mexicana por naturalización puede perderse. Esto ocurrirá cuando se actualice cualquiera de los dos supuestos del art 37 ap B de la Constitución, que disponen:

La nacionalidad mexicana por naturalización se perderá en los siguientes casos:

- I. *Por adquisición voluntaria de una nacionalidad extranjera, por hacerse pasar en cualquier instrumento público como extranjero, por usar un pasaporte extranjero o por aceptar o usar títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero; y*
- II. *Por residir cinco años continuos en un Estado extranjero.*

De acuerdo con la norma transcrita, los supuestos de pérdida de la nacionalidad mexicana son cinco; sin embargo, tales supuestos no operan por ministerio de ley, sino que es necesario cumplir los requisitos de los arts 28 y 32 de la *Ley de Nacionalidad*, consistentes en:

- Una denuncia.
- Una audiencia previa del interesado.

La denuncia la regula el art 28 de la *Ley de Nacionalidad*:

Las autoridades y fedatarios públicos están obligados a comunicar a la Secretaría aquellos casos en que tengan conocimiento de que un mexicano por naturalización se encuentre en alguno de los supuestos del artículo 37, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dicho aviso deberá realizarse dentro de los cuarenta días hábiles siguientes, contados a partir de la fecha de que se tuvo conocimiento de los hechos mencionados.¹¹

¹¹ Esta norma resulta obsoleta con la nueva *Ley de Migración* (DOF del 25 de mayo de 2011) en atención a que el art 67 dejó de tener vigencia al publicarse el *Reglamento de la Ley de Migración* (DOF del 28 de septiembre de 2012).

Aquí proceden las preguntas siguientes: ¿qué ocurre si pasaron los 40 días y no se hizo la denuncia? y ¿prescribió la acción tanto para quien no dio parte a la autoridad como para quien violó el art 37 ap B de la Constitución?

Toda persona cuya conducta dé lugar a la pérdida de la nacionalidad siempre debe ser oída y vencida en juicio, ya que de lo contrario se violaría el derecho inherente a tener nacionalidad pues éste es un atributo de la persona. En tal sentido, el art 32 dispone:

Cuando se den los supuestos de pérdida de la nacionalidad mexicana, la Secretaría, previa audiencia del interesado, revocará la carta de naturalización.

3.11 Sanciones

Las sanciones pueden ser administrativas o penales y su regulación se encuentra en los arts 33 a 37 de la *Ley de Nacionalidad*.

Las sanciones administrativas consisten en multas; las autoridades las fijarán de acuerdo con el salario mínimo vigente en el Distrito Federal al cometerse la infracción. Cabe aclarar que la determinación de la multa puede ser en algún supuesto injusta pues se calculará con base en el salario del Distrito Federal; así, se sabe que, de acuerdo con la división territorial en zonas laborales, hay lugares donde el salario es menor. El legislador previó este problema, pues en el art 37 regula la individualización de la pena, lo cual permite a la autoridad considerar la situación económica del infractor y, de acuerdo con ella, fijar la multa. A su vez, el art 33 tiene tres supuestos de sanción aplicables tanto a los mexicanos como a los extranjeros.

3.11.1 Sanciones a los mexicanos

La fracc I del art 30 de la *Ley de Nacionalidad* se aplica a los mexicanos, quienes a pesar de haber obtenido otra nacionalidad conservan la mexicana por nacimiento; por ello, en el supuesto de regresar a México, deberán presentar su pasaporte mexicano, como lo dispone el art 12 de la ley. De no cumplir con esto, se impondrá una multa de 300 a 500 salarios mínimos.

3.11.2 Sanciones a los extranjeros

La fracc II del art 33 de la *Ley de Nacionalidad* determina:

La multa será de 400 a 800 salarios mínimos y sólo se aplicará a los extranjeros cuando:

- Las renunciaciones que deben hacer de acuerdo con el art 19 fracc II sean fraudulentas.
- Cuando intenten obtener u obtengan documentos o testigos falsos para adquirir la nacionalidad; la sanción se agrava al doble si logran su objetivo.
- Cuando la carta de nacionalidad sea falsa o esté alterada.

La sanción será de 500 a 2 000 salarios mínimos y se aplicará a la persona que contraiga matrimonio con mexicano, con el único fin de obtener la nacionalidad mexicana.

Las sanciones que señala la ley, cuando se *intente* conseguir documentos falsos o contraer matrimonio sólo para obtener la nacionalidad mexicana, resultan sólo ideales, porque es imposible sancionar con base en la intención debido a que ésta no es comprobable.

La imposición de una multa deberá fundarse siempre en la violación de una norma, lo cual no ocurrirá si sólo existe el *animus*, debido a que se requiere también el *corpus*. En otras palabras, toda sanción para aplicarse sólo procederá si se prueba la conducta violatoria de la ley.

3.11.3 Sanción administrativa y sanción penal

El art 36 es ecléctico debido a que regula la sanción administrativa y la penal. Administrativamente nulificará la carta de naturalización si se hubiera expedido y penalmente se aplicará la sanción que proceda. La *Ley de Nacionalidad* concluye con el art 37, que dispone la individualización de la pena.

UNIDAD 4

Las personas jurídicas en el derecho de la nacionalidad

4.1 Naturaleza de las personas jurídicas

Las personas jurídicas son seres ficticios creados por el derecho con el fin de satisfacer necesidades propias de todo orden jurídico; en tal sentido, hay personas jurídicas civiles, mercantiles, políticas, fiscales y económicas.

Las actividades las realizarán siempre las personas físicas, aun cuando las consecuencias se atribuyan a las personas jurídicas; por ende, las que respondan serán siempre las personas físicas, debido a que las morales son ficciones creadas por el derecho, por lo tanto, están incapacitadas para actuar. Las personas jurídicas son sociedades o asociaciones, con los elementos siguientes:

- Se integran por un conjunto de personas cuyo número puede ser determinado o indeterminado y cuya personalidad individual desaparece para dar lugar a la persona jurídica.
- Tienen un fin que puede ser de interés privado o de utilidad pública.

- Pueden ser públicas o privadas.
- Son creadas por el derecho. Este elemento las ubica en una situación única y da lugar al surgimiento de una persona distinta de las personas físicas que la integran.

La voluntad humana de quienes crean a la persona jurídica sólo opera para dar lugar a su existencia material o fáctica, en tanto que la existencia jurídica con todas sus consecuencias sólo la otorga el derecho.

Las personas jurídicas se constituyen con personas físicas que voluntariamente se reúnen y deciden formar una persona distinta de cada uno de sus miembros; sin embargo, el derecho les da verdadera existencia mediante la regulación de sus elementos y su reconocimiento por medio del registro. Sólo como ejemplo, se hará referencia de algunas ramas del derecho, cuya normatividad contempla a las personas jurídicas.

El derecho civil regula las asociaciones y las sociedades en los arts 2670 y 2688, respectivamente, de los códigos Civil Federal y del Distrito Federal que en tal sentido establecen:

Artículo 2670. *Cuando varios individuos convinieren en reunirse de manera que no sea enteramente transitoria para realizar un fin común que no esté prohibido por la ley y que no tenga carácter preponderantemente económico, constituyen una asociación.*

Artículo 2688. *Por el contrato de sociedad, los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.*

4.2 Atributos de las personas jurídicas

Las sociedades y las asociaciones son personas ficticias creadas por el derecho para satisfacer necesidades de las personas físicas, por lo que surge la pregunta: ¿reconoce el derecho personalidad a las personas jurídicas? En otras palabras, ¿las personas jurídicas tienen atributos de la personalidad? La respuesta es sí.

Las personas jurídicas son entes con derechos y obligaciones; así, al crearlas, el derecho les atribuye personalidad. Por ello, al igual que las personas físicas, tienen todos los atributos de la persona: a) nombre, que de acuerdo con la naturaleza de su constitución será razón social o denominación; b) un patrimonio, constituido por sus activos y pasivos; c) están ubi-

cadadas en un lugar, con un domicilio en el cual responden del cumplimiento de sus obligaciones, y d) ejercen sus derechos. Todo esto muestra que tienen capacidad tanto de goce como de ejercicio; pero respecto a la nacionalidad, ¿la tienen las personas jurídicas?

4.3 Nacionalidad de las personas jurídicas

Problema de gran polémica ha sido el de la nacionalidad de las personas jurídicas. En tal sentido, se sostiene que es absurdo reconocerles el atributo de nacionales o extranjeras debido a que no tienen un vínculo jurídico-político con el Estado donde se constituyen; sin embargo, a esto se opone el argumento de que pagan impuestos al Estado y, en caso de infringir las normas, son sujetos de sanción (como su disolución o la imposición de multas).

Las personas jurídicas no tienen un vínculo jurídico político con el Estado como las personas físicas, en consecuencia no ejercen derechos políticos; sin embargo, se relacionan con el Estado al que pertenecen o donde realizan actividades, porque éste determina los requisitos de su creación o aceptación, los actos que pueden realizar y sus límites, derechos y obligaciones. En consecuencia, las personas jurídicas tienen un vínculo con el Estado donde se crearon y por ello deben tener nacionalidad.

Las teorías que han surgido con el fin de especificar si el Estado atribuye o no nacionalidad a las personas jurídicas son diversas; de ser afirmativa la respuesta, la pregunta es: ¿cuáles son los elementos determinantes que toma en cuenta un Estado para atribuir nacionalidad a una organización jurídica?

Se ha afirmado que la nacionalidad de las personas jurídicas se puede atribuir con base en lo siguiente:

- La nacionalidad de los socios.
- La incorporación al derecho del Estado donde se constituyen.
- El domicilio de la sociedad.
- El lugar donde se asienta el control de la sociedad.

El otorgamiento de nacionalidad a las personas jurídicas depende de las normas de cada Estado. De acuerdo con esto, la legislación mexicana acepta que las personas jurídicas tengan nacionalidad.

De las posturas señaladas, la ley mexicana decidió otorgar nacionalidad a las sociedades con base en la teoría de la incorporación al derecho, por

constituirse de acuerdo con la ley nacional mexicana y ubicar su domicilio en el territorio nacional. Esto se encuentra en los arts 8º y 9º de la *Ley de Nacionalidad*.

Artículo 8. *Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.*

Artículo 9. *Las personas físicas y morales extranjeras deberán cumplir con lo señalado en el artículo 27 constitucional.*

Esta última norma remite a la Constitución.

4.4 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La fracc I del art 27 de la *CPEUM* contiene la cláusula Calvo, que dispone:

Los extranjeros, sean personas físicas o jurídicas, deberán considerarse mexicanos y acudir a la autoridad judicial mexicana cuando surja algún conflicto en relación con los bienes que hayan adquirido en México, por lo que no deberán invocar la protección de su país. En caso de hacerlo, violarán el derecho mexicano y, en consecuencia, perderán los bienes en litigio, los que pasarán al Estado.

Nótese que la norma constitucional se refiere tanto a las personas físicas como a las personas jurídicas extranjeras, por lo tanto, les reconoce nacionalidad.

4.5 Nacionalidad de las personas jurídicas en los códigos civiles Federal y del Distrito Federal

El art 25 de los códigos civiles Federal y del Distrito Federal establece:

Artículo 25. *Son personas morales:*

- I. *La nación, los estados y los municipios;*
- II. *Las demás corporaciones de carácter público reconocidas por la ley;*
- III. *Las sociedades civiles o mercantiles;*
- IV. *Los sindicatos, las asociaciones profesionales y las demás a las que se refiere la fracción XVI del artículo 123 de la Constitución federal;*

- V. Las sociedades cooperativas y mutualistas;
- VI. Las asociaciones distintas de las enumeradas que se propongan fines políticos, científicos, artísticos, de recreo o cualquiera otro fin lícito, siempre que no fueran desconocidas por la ley; y
- VII. Las personas morales extranjeras de naturaleza privada en los términos del artículo 2736.

El artículo transcrito determina en las seis primeras fracciones quiénes son personas jurídicas y en la séptima se refiere a las personas morales extranjeras. Lo mismo ocurre en el art 2736, al que remite:

La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal aquel del Estado (sic) en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que se le otorgue al derecho conforme al cual se constituyó.

Cuando alguna persona extranjera de naturaleza privada actúe por medio de algún representante, se considerará que tal representante, o quien lo sustituya está autorizado para responder a las reclamaciones y demandas que se intenten en contra de dicha persona con motivo de los actos en cuestión.

De lo anterior se desprende que al referirse el derecho mexicano a las personas morales extranjeras, a *contrario sensu*, reconoce la existencia de personas morales nacionales, cuya nacionalidad estará determinada por la ley del Estado donde se constituyan; por tanto, se aplica el principio *lex loci constitutionis*.

Las personas jurídicas son, entes ficticios; en consecuencia, los hechos o actos lícitos, ilícitos o delictivos sólo se podrán atribuir a las personas físicas que las integran, aun cuando las sanciones (como multas, clausura o disolución) se aplican a la persona jurídica, pese a que quienes realmente incumplieron o violaron la ley fueron las personas físicas por ser ellas quienes actúan en nombre de la persona jurídica.

4.6 Nacionalidad de las personas jurídicas en el derecho mercantil

El derecho mercantil, como el derecho civil, también reconoce nacionalidad a las sociedades extranjeras; en tal sentido, el art 24 del *Código de Comercio* dispone:

Las sociedades extranjeras deberán acreditar, para su inscripción en el Registro Público de Comercio, estar constituidas conforme a las leyes de su país de origen y autorizadas para ejercer el comercio por la Secretaría, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenciones internacionales.

La *Ley de Sociedades Mercantiles* también reconoce nacionalidad a las sociedades al establecer en los arts 250 y 251:

Artículo 250. Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República.

Artículo 251. Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro.

La inscripción sólo se efectuará previa autorización de la Secretaría de Economía en los términos de los arts 17¹ y 17 A de la *Ley de Inversión Extranjera*. A su vez, el art 251 exige los requisitos siguientes:

- I. Comprobar que se han constituido de acuerdo con las leyes del Estado del que sean nacionales, para lo cual se exhibirá copia auténtica del contrato social y demás documentos relativos a su constitución y un certificado de estar constituidas y autorizadas conforme a las leyes, expedido por el representante diplomático o consular que en dicho Estado tenga la República.
- II. Que el contrato social y demás documentos constitutivos no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos por las leyes mexicanas.
- III. Que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal.

Las sociedades extranjeras estarán obligadas a publicar anualmente un balance general de la negociación, visado por un contador público titulado.

¹ Los artículos se incluyen en el punto 4.8, relativo a la nacionalidad de las personas jurídicas en la *Ley de Inversión Extranjera*.

4.7 Nacionalidad de las personas jurídicas en la Ley de Inversión Extranjera

La *Ley de Inversión Extranjera* instituyó una nueva persona jurídica a la que denominó *entidad extranjera sin personalidad jurídica* en el art 2 fracc III, que a la letra establece:

Para efectos de esta ley, se entenderá por:

III. *Inversionista extranjero: la persona física o moral de nacionalidad distinta a la mexicana y las entidades extranjeras sin personalidad jurídica.*

De acuerdo con lo anterior, la *Ley de Inversión Extranjera* admite que las personas morales extranjeras tienen personalidad y determina la obligación de obtener la autorización para operar; así lo dispone en los arts 17 y 17 A:

Artículo 17. Sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, deberán obtener autorización de la Secretaría:

- I. Las personas morales extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en la República, y
- II. Las personas a que se refiere el artículo 2736 del Código Civil para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, que pretendan establecerse en la República y que no estén reguladas por leyes distintas a dicho Código.

Artículo 17 A. La autorización a que se refiere el artículo anterior, se otorgará cuando se cumplan los siguientes requisitos:

- a) Que dichas personas comprueben que están constituidas de acuerdo con las leyes de su país;
- b) Que el contrato social y demás documentos constitutivos de dichas personas no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos en las leyes mexicanas, y
- c) En el caso de las personas a que se refiere la fracción I del artículo anterior, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal; o en el caso de las personas a que se refiere la fracción II del artículo anterior, que tengan representante domiciliado en el lugar donde van a operar, autorizado para responder de las obligaciones que contraigan.

Toda solicitud que cumpla con los requisitos mencionados deberá otorgarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada.

La Secretaría deberá remitir a la Secretaría de Relaciones Exteriores una copia de las solicitudes y de las autorizaciones que otorgue con base en este artículo.

4.8 Convención sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas

La importancia de las personas jurídicas, así como la determinación de su existencia y reconocimiento como entes con derechos y obligaciones son tales que la Organización de los Estados Americanos, en la Tercera Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado, celebró la Convención sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, en la cual se regulan dos de los atributos de la personalidad: nacionalidad y capacidad. La convención se llevó a efecto en La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984. México la aprobó el 6 de febrero de 1987 y la promulgó el 19 de agosto de ese año, por lo cual es parte del derecho interno mexicano. Veamos la transcripción del decreto siguiente:

Decreto por el que se aprueba la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado. (DOF del 6 de febrero de 1987).

Decreto de Promulgación Sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, realizada en la ciudad de La Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984. (DOF del 19 de agosto de 1987).

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos, Presidencia de la República.

Miguel de la Madrid H., Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed: que la Cámara de Senadores del honorable Congreso de la Unión se ha servido dirigirme el siguiente decreto: "La Cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, en ejercicio de la facultad que le concede el art. 76, frac. I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos decreta:

Artículo único. Se aprueba la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, adoptada en La Paz, Bolivia el veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro con la siguiente:

Declaración

"Los Estados Unidos Mexicanos consideran que el art 2o de la presente convención es aplicable a casos análogos, tales como la transformación, liquidación y escisión."

México, D.F., 27 de diciembre de 1986. Sen. **Gonzalo Martínez Corbalá**. Presidente. Sen. **Fernando Mendoza Contreras**, secretario. Sen. **Norma Elizabeth Cuevas Melken**. Secretaria (Rúbricas).

En cumplimiento de lo dispuesto por la frac. I del art. 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y para su debida publicación y observancia, expido el presente Decreto en la residencia del poder Ejecutivo Federal, en la ciudad de México, Distrito Federal, a los veintiocho días del mes de diciembre de mil novecientos ochenta y seis. **Miguel de la Madrid H.** (Rúbrica). El Secretario de Gobernación, **Manuel Bartlett D.** (Rúbricas.)

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos. Presidencia de la República.

Miguel de la Madrid H., presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, a sus habitantes, sabed: el día veinticuatro del mes de mayo del año de mil novecientos ochenta y cuatro, en la ciudad de La Paz, Bolivia, se adoptó la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.

La citada Convención fue aprobada por la Cámara de Senadores del honorable Congreso de la Unión, el día veintisiete del mes de diciembre del año de mil novecientos ochenta y seis, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el día seis del mes de febrero del año de mil novecientos ochenta y siete.

El instrumento de ratificación, firmado por mí, el día once del mes de febrero del año de mil novecientos ochenta y siete, fue depositado ante el Secretario General de la Organización de Estados Americanos, el día doce del mes de junio del propio año, con la siguiente declaración: "Los Estados Unidos Mexicanos consideran que el art. 2o de la presente Convención es aplicable a casos análogos, tales como la transformación, liquidación y escisión".

Por lo tanto, para su debida observancia en cumplimiento de lo dispuesto en la fracción primera del artículo ochenta y nueve de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgo el presente Decreto, en la residencia del Poder Ejecutivo federal, el día primero del mes de julio del año de mil novecientos ochenta y siete. **Miguel de la Madrid H.** (Rúbrica). El secretario de Relaciones Exteriores, **Bernardo Sepúlveda Amor**. (Rúbrica).

El ciudadano licenciado **Alfonso de Rosenzweig Díaz**, subsecretario de Relaciones Exteriores, certifica: que en los archivos de esta Secretaría obra copia certificada de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, hecha en la ciudad de La Paz, Bolivia, el día veinticuatro del mes de mayo del año de mil novecientos ochenta y cuatro, cuyo texto y forma en español son los siguientes: Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado.

Los Gobiernos de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos, deseosos de concertar una convención sobre personalidad y capacidad de personas jurídicas en el Derecho Internacional Privado, han acordado lo siguiente:

Artículo 1o. La presente Convención se aplicará a las personas jurídicas constituidas en cualquiera de los Estados parte, entendiéndose por persona jurídica toda entidad que tenga existencia y responsabilidad propias, distintas a las de sus miembros o fundadores, y que sea calificada como persona jurídica según la ley del lugar de su constitución.

Se aplicará esta convención sin perjuicio de convenciones específicas que tengan por objeto categorías especiales de personas jurídicas.

Artículo 2o. La existencia, la capacidad para ser titular de derecho y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución.

Por "la ley del lugar de su constitución" se entiende la del Estado parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

Artículo 3o. La personas jurídicas privadas, debidamente constituidas en un Estado parte, serán reconocidas de pleno derecho en los demás Estados parte. El reconocimiento de pleno derecho no excluye la facultad del Estado parte para exigir la comprobación de que la persona jurídica existe conforme a la ley del lugar de su constitución.

En ningún caso, la capacidad reconocida a las personas jurídicas privadas, constituidas en un Estado parte, podrá exceder de la capacidad que la ley del Estado parte de reconocimiento otorgue a las personas jurídicas constituidas en este último.

Artículo 4o. Para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, regirá la ley del Estado parte donde se realicen tales actos.

Artículo 5o. Las personas jurídicas privadas con administración en otro Estado parte, podrán ser obligados a cumplir con los requisitos establecidos en la legislación de este último.

Artículo 6o. Cuando la persona jurídica privada actúe por medio de representante en un Estado distinto del de su constitución, se entenderá que ese representante, o quien lo sustituya, podrá responder de pleno derecho a los reclamos y demandas que contra dicha persona pudieran intentarse con motivo de los actos en cuestión.

Artículo 7o. Cada Estado parte y las demás personas jurídicas de derecho público organizadas de acuerdo con su ley, gozarán de personalidad jurídica privada de pleno derecho y podrán adquirir derechos y contraer obligaciones en el territorio de los demás Estados parte, con las restricciones establecidas por dicha ley y por las leyes de estos últimos, en especial en lo que respecta a los actos jurídicos referentes a derechos reales y sin perjuicio de invocar, en su caso, la inmunidad de jurisdicción.

Artículo 8o. Las personas jurídicas internacionales creadas por un acuerdo internacional entre Estados parte o por una resolución de una organización internacional, se regirán por las estipulaciones del acuerdo o resolución de su creación y serán reconocidas de pleno derecho como sujetos de derecho priva-

do en todos los Estados parte del mismo modo que las personas jurídicas privadas y sin perjuicio de invocar, en su caso, la inmunidad de jurisdicción.

Artículo 9o. La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados miembros.

Artículo 10. La presente Convención estará abierta a la firma de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 11. La presente Convención está sujeta a ratificación. Los instrumentos de ratificación se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 12. La presente Convención quedará abierta a la adhesión de cualquier otro Estado. Los instrumentos de adhesión se depositarán en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos.

Artículo 13. Cada Estado podrá formular reservas a la presente Convención al momento de firmarla, ratificarla o al adherirse a ella, siempre que la reserva verse sobre una o más disposiciones específicas.

Artículo 14. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el segundo instrumento de ratificación.

Para cada Estado que ratifique la Convención o se adhiera a ella después de haber sido depositado el segundo instrumento de ratificación, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o adhesión.

Artículo 15. Los Estados parte que tengan dos o más unidades territoriales en las que rijan distintos sistemas jurídicos relacionados con cuestiones tratadas en la presente Convención podrán declarar, en el momento de la firma, ratificación o adhesión, que la Convención se aplicará a todas sus unidades territoriales o solamente a una o más de ellas.

Tales declaraciones podrán ser modificadas mediante declaraciones ulteriores, que especificarán expresamente la o las unidades territoriales a las que se aplicará la presente Convención. Dichas declaraciones ulteriores se transmitirán a la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos y surtirán efecto treinta días después de recibidas.

Artículo 16. La presente Convención regirá indefinidamente, pero cualquiera de los Estados parte podrá denunciarla. El instrumento de denuncia será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos. Transcurrido un año, contado a partir de la fecha de depósito del instrumento de denuncia, la Convención cesará en sus efectos para el Estado denunciante, quedando subsistente para los demás Estados parte.

Artículo 17. El instrumento original de la presente Convención, cuyos textos en español, francés, inglés y portugués son igualmente auténticos, será depositado en la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos, la que enviará copia auténtica de su texto a la Secretaría de las Naciones Unidas, para su registro y publicación, de conformidad con el art. 102 de su Carta constitutiva. La Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos notificará a los Estados miembros de dicha Organización y a los Estados

que se hayan adherido a la Convención, las firmas, los depósitos de instrumentos de ratificación, adhesión y denuncia, así como las reservas que hubiere. También les transmitirá las declaraciones previstas en el art 15 de la presente Convención.

En fe de lo cual los plenipotenciarios infrascritos, debidamente autorizados por sus respectivos gobiernos, firman la presente Convención.

Hecha en la ciudad de La Paz, Bolivia, el día veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y cuatro.

La presente es copia fiel y completa en español de la Convención Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de Personas Jurídicas en el Derecho Internacional Privado, hecha en la ciudad de La Paz, Bolivia, el día veinticuatro del mes de mayo del año de mil novecientos ochenta y cuatro.

Extiendo la presente, en cinco páginas útiles, en la ciudad de México, Distrito Federal, el día primero del mes de julio del año de mil novecientos ochenta y siete, a fin de incorporarla al Decreto de Promulgación respectivo. El subsecretario de Relaciones Exteriores. **Alfonso de Rosenzweig Díaz** (Rúbrica).

El contenido de esta convención se introdujo en el derecho interno mexicano en 1988 con las reformas y adiciones al entonces *Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal*.

UNIDAD 5

Condición jurídica de extranjeros

5.1 Consideraciones previas

La condición jurídica de los extranjeros es el segundo gran tema por estudiar en el curso de derecho internacional privado. La regulación de esta segunda parte se encontraba fundamentalmente en el art 33 de la Constitución en la *Ley de Población* y su reglamento. A partir de 2011 hubo un cambio radical que inició con la norma constitucional y la cuasisustitución de la *Ley General de Población* por la *Ley de Migración* y su reglamento.

El 10 de junio de 2011 se reformó la Constitución al incluirse en el art 1o la normatividad referente a los derechos humanos, de la cual se derivó una serie de reformas, adiciones y derogaciones de las normas reguladoras de los extranjeros, lo que dio lugar a los cambios de las leyes siguientes: *Ley General de Población*, *Código Penal Federal*, *Código Federal de Procedimientos Penales*, *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*, *Ley de Policía Federal*, *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público*, *Ley de Inversión Extranjera* y *Ley de Turismo*.

Cabe aclarar que la desintegración de la *Ley de Población* empezó en 2008 con la derogación de diversos artículos en la forma siguiente:

- a) El 21 de julio de 2008 se reformaron los arts 118, 125 y 127 y se derogaron del 119 al 124.
- b) El 11 de noviembre de 2008 se publicó el acuerdo cuyo objeto era establecer los criterios conforme a los cuales los extranjeros de cualquier nacionalidad que se encontraran de manera irregular en territorio nacional y manifestaran su interés de residir en él, podían promover la obtención de sus documentos migratorios en la calidad de inmigrante, con las características de profesional y cargo de confianza (científico, técnico, familiar, artista, deportista o asimilado).
- c) El 27 de enero de 2011 se publicó la *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria* y se adicionaron y reformaron las siguientes disposiciones de la *Ley General de Población*.
 - El inc f) del art 118, reformado el 21 de julio de 2008.
 - Se adicionó un segundo párr al art 52 y se derogaron el art 35 y la fracc VI del art 42.
- d) Posteriormente, el 7 de junio de 2011 se publicó la circular mediante la cual se instruía el procedimiento que debería seguir el Instituto Nacional de Migración en la detención, identificación y atención de personas extranjeras víctimas del delito.

Con fundamento en esta circular y las disposiciones que a continuación se enuncian, la *Ley de Población* prácticamente desapareció:

- Art 20 constitucional ap C.
- *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* del 1o de febrero de 2007.
- *Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas* del 27 de noviembre de 2007.
- *Convenio Marco*, cuyo objeto es establecer las bases para una actuación coordinada e intercambio de información a fin de fortalecer y consolidar las redes de atención a las víctimas del delito a nivel nacional en cumplimiento a los compromisos establecidos en el Acuerdo Nacional por la Seguridad, la Justicia y la Legalidad del 17 de febrero de 2009.
- *Reglamento de la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas* (DOF del 27 de febrero de 2009).

- *Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro*, reglamentaria de la fracc XXI del art 73 de la Constitución (DOF del 30 de noviembre de 2010).
- *Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas*, especialmente Mujeres y Niños, del 8 de enero de 2011.
- *Ley sobre Refugiados y Protección Complementaria* (DOF del 27 de enero de 2011).
- *Reglamento de la Ley Sobre Refugiados y Protección Complementaria* (DOF del 21 de febrero de 2012).
- *Ley de Migración* del 25 de mayo de 2011.
- *Reglamento de la Ley de Migración* del 28 de septiembre de 2012.
- *Circular 001/2010*, publicada en el DOF el 12 de febrero de 2012, mediante la cual se atribuye el procedimiento para la atención de los niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados.

En este orden de ideas, se expondrá primero lo dispuesto antes de la reforma constitucional y posteriormente se analizará la *Ley de Migración*.

5.2 Régimen jurídico de los extranjeros

Por régimen jurídico de los extranjeros se entiende el estudio de las normas que se aplican a toda persona que no es nacional. La *CPEUM* determinaba breve y claramente en su art 33 la situación de los extranjeros, sus derechos y obligaciones, así como lo que les estaba absolutamente prohibido. En tal sentido, el art 33 de la Constitución disponía:

Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero, de la presente Constitución, pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

En esta breve norma, el Estado mexicano otorgaba a los extranjeros los mismos derechos que a los nacionales; en consecuencia, aquéllos disfrutaban de libertad, educación, derecho a formar una familia y decidir libremente su descendencia, además de trabajo, libertad de credo, de asociación, pose-

sión de armas y libertad de tránsito; asimismo, los protegían las garantías de audiencia y legalidad.

De acuerdo con la Constitución, el extranjero —como todo mexicano— tiene los dos grandes derechos que le permiten asegurar el ejercicio de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática de la carta Magna: el de petición y el de acción. El derecho de petición se encuentra en el art 80 de la Constitución, que establece:

Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición siempre que éste se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa, pero en materia política sólo podrán hacer uso de este derecho los ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.¹

El primer párr de esta norma establece el derecho de petición del extranjero; sin embargo, también le impone una limitación en el art 33, lo cual significa que le está totalmente vedado formular peticiones o inmiscuirse en asuntos políticos del país, so pena de ser expulsado.

Antes de la reforma del art 1º constitucional, la orden de expulsión la decretaba el titular del Ejecutivo tenía que estar debidamente motivada y fundada (éstos eran los únicos requisitos). Con la reforma constitucional del 1º de junio de 2011 se favoreció al extranjero al exigir que para ordenar la expulsión, previamente se le debía respetar la garantía de audiencia. En tal sentido, el art 33 constitucional actualmente dispone:

Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.

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.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

¹ De acuerdo con el art 8 constitucional, si la autoridad no contesta lo violará. En tal sentido, tanto la afirmativa ficta como la negativa son anticonstitucionales, además de que propician la indolencia de los funcionarios obligados a dar respuesta a las peticiones de los particulares.

5.3 Niveles de estudio de los extranjeros

Los niveles de estudio de la condición jurídica de los extranjeros son los siguientes:

- Los extranjeros como personas.
- Los extranjeros en cuanto a sus bienes.
- Los extranjeros en cuanto a sus hechos y actos jurídicos.

Los extranjeros como personas

Estudiar a los extranjeros en el primer nivel exige determinar la diferencia entre personas físicas y jurídicas, debido a que la normatividad que las rige es diferente. Decir que persona es todo ente susceptible de tener derechos y obligaciones es una definición que incluye tanto a las personas físicas como a las jurídicas. Por ello, como género es un concepto claro, pero no determina la diferencia específica entre las personas físicas y las jurídicas.

Persona física. Es una realidad material, existe como un ser humano, puede ser hombre, mujer, niño, niña, adulto o anciano, con voluntad propia, capacidad de comprensión y de realizar conductas con el deseo de lograr objetivos y fines. A las personas físicas se les conoce también como personas naturales, por ser resultado de la naturaleza y tener vida propia, derivada de un acto natural del ser humano.

Persona jurídica. Es un ser ficticio creado por el derecho, se le atribuye personalidad con el único fin de satisfacer necesidades de las personas físicas. Su nacimiento depende de la voluntad de las personas físicas y del cumplimiento de los requisitos que determine la ley para su constitución, requisitos de los que derivarán los derechos y obligaciones que deberá cumplir y que sólo podrán ejercer las personas físicas.

La persona jurídica se constituye con personas físicas que voluntariamente se reúnen y deciden formar una persona distinta a la de cada uno de sus miembros. El derecho da verdadera existencia jurídica a esta persona ficticia, mediante su reconocimiento y regulación.

Las personas físicas y las jurídicas son distintas, pese a ello, ambas tienen los atributos que conforman la personalidad. Las personas físicas tienen seis: capacidad, nombre, domicilio, patrimonio, nacionalidad y estado civil. Las personas jurídicas tienen los mismos atributos, excepto el estado civil, por lo tanto su número se reduce a cinco.

5.4 Los extranjeros como personas físicas

El extranjero como persona física no sólo es el extraño a la comunidad, sino también la persona a la que se ve con temor por ser distinta y porque ancestralmente se le consideró dañina; en consecuencia, era difícil aceptarla, situación que llevó a limitar su ingreso a las primitivas comunidades. Al integrarse los Estados nacionales, se formularon normas que, si bien permitían recibir a los extranjeros, los condicionaban a cumplir requisitos que con el paso del tiempo fueron más rígidos. Tal situación ha cambiado en la normatividad mexicana, al grado de que la *Ley de Migración* otorga la residencia permanente por medio de la obtención de puntos.

Acorde con lo anterior, en México la regulación de los extranjeros se encuentra en la Constitución, la *Ley de Migración*, su reglamento y en algunas otras leyes y circulares. Tales ordenamientos contienen normas referentes al ingreso, permanencia, actividades, límites y salida de los extranjeros. Existen también disposiciones especiales contenidas en acuerdos del Ejecutivo, creadas para determinados extranjeros, con el fin de regular la situación especial de las personas originarias de los países con los que México ha celebrado tratados de libre comercio, como ocurre con el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, el Acuerdo con la Comunidad Europea, los países de América del Sur y el Foro Económico Asia-Pacífico.

5.5 Marco jurídico de los extranjeros

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El art 1o de la Constitución establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisi-

lidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

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.

5.6 Ley de Migración: generalidades

La *Ley de Migración* se publicó en el *DOF* el 25 de mayo de 2011, contiene 162 artículos, divididos en ocho títulos. A su vez, el reglamento se publicó el 28 de septiembre de 2012 y paralelamente iniciaron su vigencia todas las disposiciones de dicha ley, cuya exigibilidad estaba condicionada a la publicación del reglamento.

5.6.1 Reformas

La *Ley de Migración* reformó las leyes siguientes:

- *Ley General de Población.*
- *Código Penal Federal.*
- *Código Federal de Procedimientos Penales.*
- *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.*
- *Ley de Policía Federal.*
- *Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.*
- *Ley de Inversión Extranjera.*
- *Ley General de Turismo.*

La *Ley de Migración* es idealista, fuera de la realidad, desordenada estructuralmente, de contenido disperso y en ocasiones repetitiva. Pese a las anomalías mencionadas y en un análisis objetivo, dicha ley se puede dividir en tres aspectos: los ideales, como la protección a los derechos humanos, que se violan de manera constante, los favorables y los incongruentes.

5.6.2 Análisis de la Ley de Migración

El título primero contiene las disposiciones preliminares e incluye cinco artículos. Como toda ley, dispone que su naturaleza es de orden público, regula a los mexicanos y a los extranjeros, por ser México un país de origen, tránsito, destino y retorno.

5.6.3 Principios

En la *Ley de Migración* resaltan el respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, con fundamento en estas declaraciones, se incluyen 12 principios que deben regir la política migratoria de México. Es conveniente destacar la carencia de técnica legislativa de la ley al incluir principios en la normatividad; ya que los principios deben estar en la exposición de motivos.

En síntesis los 12 principios son los siguientes:

- *Respeto irrestricto a los derechos humanos* de los migrantes nacionales y extranjeros sin distinción de ninguna especie, aun si se trata de indocumentados.
- *Congruencia:* garantía de reconocer y respetar los derechos que México reclama para sus nacionales.
- *Enfoque integral,* es decir, atender todos los momentos y situaciones que se presentan en el aspecto migratorio.
- *Responsabilidad compartida* con los gobiernos de expulsión y recepción.
- *Hospitalidad y solidaridad internacional* con los migrantes que buscan un cambio de vida.
- *Facilitación de movilidad internacional* con orden, seguridad y cooperación.
- *Complementariedad de los mercados laborales* en cooperación con otros Estados.
- *Equidad entre nacionales y extranjeros en la aplicación de la ley.* Éste es un aspecto fundamental de justicia hacia cualquier persona.
- *Reconocimiento de los derechos adquiridos de los extranjeros,* salvo que se viole el orden público.
- *Unidad familiar e interés superior del niño, la niña y el adolescente.* Éste es un aspecto muy favorable por mantener unida a la familia y apoyar a los menores.

- *Integración social y cultural entre nacionales y extranjeros.* Éste es un punto totalmente ajeno a la ley, pues las personas deben buscar de buena fe su integración al nuevo país.
- *Facilitación del retorno y reinserción de los nacionales.*

5.6.4 Conceptos

La ley da el significado de algunos de los nuevos conceptos que considera más importantes, otros los incluye en el articulado de la ley y otros más se encuentran indebidamente en el reglamento, a saber:

- *Condición de estancia:* es la autorización mediante la cual se encuentran los extranjeros en el país.
- *Presentación:* es la medida que toma el Instituto de Migración, por la cual detiene y aloja temporalmente a un extranjero indocumentado.
- *Retorno asistido:* es el acto por el que se hace abandonar el país a un extranjero, y darle protección desde que sale de México hasta que es entregado a las autoridades de su país o de su residencia habitual.
- *Filtro de revisión:* es el lugar de tránsito internacional donde se acepta o rechaza a los extranjeros.
- *Protección complementaria:* consiste en no remitir a los refugiados al país donde corre peligro su vida o su integridad. Aun cuando la ley se refiere a la protección de refugiados, es obvio que también otorga protección a los asilados políticos.
- *Tarjeta de residencia:* es el documento que acredita la estancia temporal o permanente de los extranjeros. Esta tarjeta sustituye a las formas migratorias o FM que se entregaban a los extranjeros.

5.6.5 Aspectos favorables de la ley: protección

Como aspectos favorables de la ley, el art 8o se refiere a la total protección de los derechos humanos, la no discriminación por raza, sexo, ideología o religión, y la protección de grupos vulnerables, entre los que incluye a los ancianos, mujeres, menores y adolescentes que viajan solos, mujeres embarazadas, víctimas de delito y testigos.

La unidad familiar es otro aspecto favorable pues tanto en la internación como en el retorno, la ley dispone que se velará por que la familia ingrese o salga completa.

5.6.6 Aspectos incongruentes: nueva terminología y excesiva flexibilidad

Resulta incomprensible el cambio que la *Ley de Migración* hace de la terminología que tradicionalmente había utilizado, con lo cual se sustituyen las calidades de inmigrante, no inmigrante e inmigrado por las de residente temporal y residente permanente, así como la inserción de varias nuevas figuras en la institución del visitante. A ello se suman algunos conceptos nuevos, cuyo significado está distorsionado (como ocurre con el de vinculación a proceso cuyo significado real es el de auto de formal prisión).

5.6.7 Autoridades que participan

La ley incluye tres clases de autoridades a las que clasifica como participantes: directas, auxiliares y complementarias.

Autoridades que intervienen directamente. Son la Secretaría de Gobernación, la Secretaría de Relaciones Exteriores, el Instituto Nacional de Migración y el Centro de Evaluación del Instituto. Es importante destacar que el Centro de Evaluación no es una autoridad, aunque su creación es un gran acierto debido a que su función consiste en capacitar a los servidores públicos del instituto con el fin de que su actividad sea profesional. Con tal idea, se les someterá a instrucción y certificación previas a la presentación de los exámenes correspondientes que deberá sustentar todo funcionario del instituto tanto para ingresar como para permanecer y ser ascendido. Para dar cumplimiento a la profesionalización se creó el Centro de Evaluación, que sin duda es también un acierto.

Autoridades auxiliares. Estas autoridades son las siguientes:

- Secretaría de Turismo.
- Secretaría de Salud.
- Procuraduría General de la República.
- Instituto para el Desarrollo Integral de la Familia.

Esta última es muy importante porque tendrá a su cargo a los niños, las niñas y los adolescentes que viajen solos, función que asumirá mientras se aclara la situación de estos migrantes.

Autoridades complementarias. Estas cinco autoridades darán un apoyo especial, ante el supuesto de ser necesario:

- Secretaría de Hacienda y Crédito Público.
- Secretaría de Comunicaciones y Transportes.
- Secretaría de Agricultura y Ganadería.
- Secretaría de Desarrollo Rural y Pesca.
- Secretaría de Marina.

5.6.8 Regulación migratoria

Por regulación migratoria debe entenderse el conjunto de normas cuyo objeto es atender la situación de los extranjeros que arriben, permanezcan o salgan del país y resolver los problemas que se presenten con tal motivo. Es necesario recordar dos aspectos importantes: la *Ley de Migración* suprimió las calidades de no inmigrante, inmigrante e inmigrado y sus respectivas características, así como creó dos condiciones de estancia que sustituyeron las calidades de no inmigrante e inmigrante, a saber:

- Residente temporal.
- Residente permanente.

5.6.8.1 Residente temporal en sentido amplio

En esta condición de estancia, la ley creó las figuras siguientes:

- Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas.
- Visitante con permiso para realizar actividades remuneradas.
- Visitante regional.
- Visitante trabajador fronterizo.
- Visitante por razones humanitarias.
- Visitante con fines de adopción
- Residente temporal.
- Residente temporal estudiante.

Visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas. En esta especie está el extranjero que ingresa al país y puede permanecer ininterrumpidamente 180 días. El art 60 transitorio de la *Ley de Migración* aclara que en esta especie quedarán comprendidas las características de la *Ley de Población* siguientes:

- Turista.
- Transmigrante.

- Visitante en todas sus modalidades,² excepto visitante local.
- Ministro de culto.
- Visitante distinguido.
- Visitante provisional y corresponsal.

Visitante con permiso para realizar actividades remuneradas. El ingreso bajo esta especie exige que el extranjero tenga una oferta de trabajo o la invitación para laborar con alguna autoridad o institución académica, artística, deportiva o cultural o que su ingreso tenga como causa la celebración de un acuerdo interinstitucional. En esta condición de estancia, el visitante puede permanecer 180 días ininterrumpidamente.

Visitante regional. Esta figura se presenta cuando ingresan los extranjeros que residen en países fronterizos, pero en su caso no les está permitido trabajar y su permanencia será sólo de tres días. La fracc II del art 60 transitorio de la *Ley de Migración* equipara al visitante regional con la característica de visitante local que tenía la *Ley de Población*.

Visitante trabajador fronterizo. En esta figura se incluye al extranjero que vive en un país limítrofe, puede trabajar, percibir remuneración, con una permanencia hasta de un año y puede salir y entrar libremente del país.

Visitante por razones humanitarias. Esta figura es nueva y abarca tres supuestos:

- Ofendido, víctima o testigo de un delito cometido en territorio nacional.
- Niño, niña o adolescente migrante no acompañado.
- Solicitante de asilo político de refugio o de protección complementaria.

En el primer supuesto, si el instituto acepta el ingreso del ofendido, la víctima o el testigo, la ley los autorizará a trabajar; por supuesto, reciben remuneración y tienen la posibilidad de obtener la residencia definitiva.

Respecto a los niños, niñas y adolescentes no acompañados, si no hay posibilidad de regresarlos a su país, se les ofrecerá la residencia definitiva; lo mismo ocurre con los asilados políticos y refugiados, a quienes se les ofrece también la residencia permanente, aun cuando puedan regresar a su país.

² Aquí surge la pregunta respecto a si dichas modalidades incluyen las creadas con motivo del *Tratado de Libre Comercio* celebrado por México, de las cuales las primeras fueron con el *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* y las modalidades incorporadas con el Asia-Pacífico.

Aceptar la residencia permanente es una decisión importante, razón por la cual la ley otorga a la víctima y al testigo un periodo de reflexión, respecto del cual ni la ley ni el reglamento determinan su duración. La *Ley de Migración* es muy generosa tanto para ofrecer la residencia definitiva como para otorgarla por razones humanitarias, pero estas últimas no las especifica concretamente, aunque autoriza a trabajar a quienes ingresen en este supuesto.

Visitante con fines de adopción. Esta condición de estancia es nueva, útil y benéfica para el menor, se otorga a los extranjeros que tienen una adopción en trámite, cuya estancia durará el tiempo que se lleven el proceso adoptivo, su inscripción y la obtención del pasaporte del adoptado. La estancia sólo se autorizará a los extranjeros cuyo país haya celebrado convenio de adopción con México.

Residente temporal. Esta condición de estancia permite a los extranjeros permanecer en el país hasta cuatro años; además, pueden trabajar y obtener remuneración siempre y cuando hayan recibido una oferta de trabajo. Durante su permanencia en el país, los extranjeros pueden entrar y salir libremente, lo cual es uno de los supuestos en que la ley regula la posibilidad de mantener la unidad familiar, al autorizar el ingreso de los hijos de ambos cónyuges, del concubino o concubina y el de los padres del residente temporal.

Un aspecto real considerado por la ley es la situación de que cada uno de los cónyuges o concubinos pueda tener hijos individualmente. Ello demuestra conocimiento acerca de la situación actual de los frecuentes divorcios y segundas nupcias, lo cual puede generar que cada cónyuge tenga hijos del primer matrimonio o del concubinato anterior.

Residente temporal estudiante. Esta condición de estancia autoriza al estudiante permanecer en el país todo el tiempo que dure el curso o la investigación; en este último supuesto, debe haber sido becado por una institución educativa nacional.

La permanencia del estudiante está sujeta a que compruebe cada año la continuidad de la condición de estancia con la cual ingresó. El estudiante residente temporal tiene autorización para trabajar y percibir remuneración, siempre y cuando satisfaga los requisitos siguientes.

- Los estudios que curse deben ser de nivel superior. Como la ley no aclara qué debe entenderse por nivel superior, se concluye que se refiere al nivel de licenciatura o posgrado.

- El estudiante debe tener una oferta de trabajo en el área de los estudios que cursa.
- La oferta debe aprobarla la institución donde realiza los estudios.

De este último requisito se colige que quien ofrezca el trabajo al estudiante deberá ser una institución distinta de aquella donde estudia. La condición de estancia de estudiante es privilegiada, ya que además éste tiene el derecho a la preservación de la familia, con la posibilidad de salir y entrar libremente.

5.6.8.2 Residente permanente

Esta condición de estancia permite a los extranjeros trabajar mediante remuneración. En esta categoría ubica la ley al asilado político, al refugiado, al apátrida y al que requiera protección complementaria. Esto es así en atención a que se ignora el tiempo que permanecerán en el país.

También pueden tener la condición de residentes permanentes las personas que siguen:

- Los pensionados o jubilados.
- Los que estén bajo el régimen de puntos.
- Quienes tengan hijos mexicanos por nacimiento.
- Los ascendientes en línea recta hasta el segundo grado.
- Los residentes temporales que hayan vivido cuatro años en el país.

Los residentes permanentes pueden introducir su menaje de casa y tienen derecho a la preservación familiar.

Otorgamiento de visa. La visa es el documento que el Estado otorga a las personas que desean ingresar al país. El derecho a exigir la visa se origina en una facultad discrecional del Estado, el cual puede decidir exigirla o no; también existe la práctica de aplicar el principio de reciprocidad.

De acuerdo con la *Ley de Migración*, si la visa se solicita ante una oficina consular, el tiempo para obtenerla es de 10 días; si la petición es ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, el tiempo de entrega se duplica. La ley define a la visa como:

La autorización que se otorga en una oficina consular que evidencia la acreditación de los requisitos para obtener una condición de estancia en el país y que se expresa en un documento que se imprime, adhiere o adjunta a un pasaporte u otro documento. La visa también se puede otorgar a través de medios y

registros electrónicos, pudiéndose denominar *visa electrónica o virtual*. La visa autoriza al extranjero para presentarse a un lugar destinado al tránsito internacional de personas y solicitar, según el tipo de visado, su estancia, siempre que se reúnan los demás requisitos para el ingreso.

5.6.9 Derechos y obligaciones de los extranjeros

De acuerdo con la *Ley de Migración*, los extranjeros tienen derecho a:

- Obtener valores de renta fija.
- Hacer depósitos bancarios.
- Adquirir inmuebles o derechos reales sobre ellos, siempre que cumplan con la Cláusula Calvo del art 27 de la Constitución.

Respecto a las obligaciones, los extranjeros deben pagar impuestos, cumplir con el derecho nacional mientras no obtengan la residencia permanente deberán notificar al instituto cualquier cambio que realicen en su estado civil, domicilio, trabajo, escuela o nacionalidad. Este aviso debe darse dentro de los 90 días a partir de haber ocurrido el cambio.

5.6.10 Ingreso de los extranjeros al país

Los extranjeros pueden ingresar al país regular o irregularmente.

Ingreso regular. Un ingreso es regular cuando el extranjero lo solicita y el Estado autoriza la entrada mediante la entrega de la tarjeta de residencia en la que se especifica su condición migratoria. En el supuesto de que el extranjero proporcione información falsa, la situación bajo la que ingresó haya cambiado o el tiempo de permanencia autorizado haya vencido, el Estado recogerá la tarjeta y deportará al extranjero.

Ingreso irregular. El ingreso de un extranjero es irregular cuando se interna sin el permiso correspondiente, lo cual es un acto ilegal, cuya consecuencia será la deportación. Aun cuando el ingreso haya sido ilegal, no se debe agredir al extranjero. En el supuesto de que la ilegalidad de su ingreso lo lleve a un procedimiento administrativo o judicial, tiene derecho que lo representen; de ser necesario tendrá un intérprete, se debe notificar a su consulado, y tiene derecho a que se le entregue una copia de todo lo actuado en el procedimiento.

5.6.11 Funciones del Instituto Nacional de Migración

El Instituto Nacional de Migración es el organismo oficial cuya función consiste en controlar el ingreso, permanencia y salida de los extranjeros; en consecuencia, tiene a su cargo la vigilancia de los transportes aéreos, terrestres y marítimos. En este orden de ideas, los extranjeros sólo abandonarán el transporte en el que arriben cuando las autoridades migratorias lo autoricen. Lo mismo ocurrirá con los medios de transporte particulares, los cuales también están sujetos a control, por lo que sólo podrán ingresar o abandonar el país con la autorización de la autoridad migratoria.

Los extranjeros que ingresen al país deberán pasar por el filtro de revisión, el cual, como lo define la ley, es el lugar destinado al tránsito internacional de personas, donde mediante la revisión de los documentos se les admitirá o rechazará; esto último ocurrirá cuando los documentos presenten una irregularidad; en tal situación, los extranjeros serán regresados al lugar donde abordaron el transporte. La empresa transportista tiene la obligación de regresar al extranjero al lugar donde lo tomó y deberá pagar una multa por no haber revisado debidamente los documentos.

En el supuesto de ingreso irregular, la *Ley de Migración* dispone de dos vías para controlar a los extranjeros: administrativa y judicial.

5.6.12 Vía administrativa

La vía administrativa es un procedimiento que se inicia con la detención y presentación del extranjero. La ley determina que la presentación es

La medida dictada por el Instituto mediante la cual se acuerda el alojamiento temporal de un extranjero que no acredita su situación migratoria, para la regularización de su estancia o la asistencia para el retorno.

La autoridad migratoria tiene un plazo de 24 horas para dictar la presentación, tiempo que empieza a correr a partir de que el extranjero es puesto a su disposición. Una vez dictado el acuerdo de presentación, el extranjero puede ser entregado en custodia: a la representación diplomática de su país o a una institución tutelar de derechos humanos.

El extranjero permanecerá bajo custodia mientras se resuelve si se regulariza su situación, se le deporta, se le expulsa o se le somete al retorno asistido, consistente este último en regresarlo con una serie de medidas que le proporcionen máxima seguridad.

Retorno asistido. El retorno asistido es un beneficio que se otorga fundamentalmente a las personas consideradas vulnerables, como los menores o adolescentes que viajan solos, los ancianos, las mujeres, las embarazadas, las víctimas y los testigos protegidos. Esta protección especial también se puede proporcionar a cualquier persona que se deporta o expulse, siempre que la solicite.

5.6.13 Vía judicial

Este procedimiento se sigue cuando el extranjero realiza una conducta ilícita o presuntamente delictiva; en tales circunstancias, la autoridad toma medidas precautorias con el fin de evitar la evasión. Toda medida precautoria que dicte la autoridad deberá estar fundada y motivada, con la obligación de dar aviso inmediato al Instituto de Migración. Ante el supuesto de que el extranjero sea considerado presunto delincuente, el juez dictará el auto de vinculación, concepto que la ley equipara al auto de formal prisión.

Independientemente del procedimiento seguido, sea éste administrativo o judicial, una vez cumplida la sanción se hará un examen médico al extranjero a fin de comprobar el estado de salud en que es entregado y enseguida se deberá poner a disposición del instituto para su deportación o expulsión.

La deportación puede ser temporal o definitiva. La deportación temporal permite al extranjero ingresar nuevamente al país, mientras que la deportación definitiva equivale a la expulsión, la cual procede cuando el extranjero compromete la soberanía, la seguridad nacional o la seguridad pública. A su vez, la expulsión debe dictarla el titular del Ejecutivo, orden que, de acuerdo con el nuevo art 33 de la Constitución, deberá ser el resultado de un juicio previo en el que se cumplan todas las formalidades del procedimiento.

5.6.13.1 Sanciones

Las sanciones establecidas en la *Ley de Migración* son de dos clases: administrativas o judiciales y penales.

Las sanciones se aplican a personas físicas, personas jurídicas y servidores públicos.

5.6.13.2 Sanciones administrativas o judiciales a personas físicas

Las personas físicas son sancionadas con multa o deportación; en este último supuesto podrá negárseles el regreso al país sólo por un tiempo o en

forma indefinida. La deportación será temporal como resultado de cualquiera de las causas siguientes:

- Internarse sin la documentación o ingresar por lugar distinto del establecido.
- Ser deportado e internarse nuevamente sin autorización.
- Ostentarse como mexicano sin serlo.
- Proporcionar información falsa.
- Incumplir una orden de deportación y permanecer en el país.

La deportación será definitiva cuando por los antecedentes del extranjero exista el peligro de comprometer la soberanía, la seguridad nacional o la seguridad pública. Esta situación se denomina *expulsión*.

De acuerdo con la naturaleza de la infracción, la multa será de veinte a cuarenta o de veinte a cien días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. A su vez, serán sancionadas con multa de quinientos a dos mil días de salario mínimo las personas que tengan en custodia a un extranjero y permitan su evasión. Igualmente, se impondrá multa de quinientos salarios mínimos a quien contraiga matrimonio con extranjero en fraude a la ley; en otras palabras, el fraude consiste en que el matrimonio sólo tenga como finalidad facilitar la estancia al extranjero, en cuyo caso la multa se impondrá tanto al nacional como al extranjero.

5.6.13.3 Sanciones administrativas a las personas jurídicas

Serán objeto de sanción las personas jurídicas con una multa de diez a diez mil días de salario mínimo. En consecuencia, se multarán a las empresas transportistas internacionales, aéreas, terrestres y marítimas cuando permitan el desembarco de los pasajeros y la tripulación, o abandonen el puerto de entrada sin las debidas autorizaciones migratorias y sanitarias. Se aplicará la misma sanción al medio de transporte que se niegue a regresar al extranjero al lugar donde lo abordó.

5.6.13.4 Sanciones administrativas a los servidores públicos

Los servidores públicos serán acreedores a una sanción económica consistente en una multa de mil a diez mil días de salario mínimo cuando indebidamente retengan la documentación de identidad de un extranjero. La multa será de veinte mil días de salario mínimo cuando sin causa justificada nieguen los servicios o lesionen los derechos de los extranjeros.

En caso de laguna en la *Ley de Migración*, a las personas físicas se les aplicará supletoriamente la *Ley Federal del Procedimiento Administrativo*, en tanto que a los servidores públicos se les aplicará la ley que corresponda, de acuerdo con la naturaleza del servicio público que deba prestarse.

5.6.14 Sanciones penales

Personas físicas. Este tipo de sanción es doble: económica y privativa de libertad. Procede su aplicación cuando por obtener un lucro en forma directa o indirecta se trafica con extranjeros, se les introduce al país sin documentación, se les ayuda a evadir la revisión migratoria o se les alberga o transporta por el país.

La pena será de ocho a dieciséis años de prisión y la multa de cinco a quince mil días de salario mínimo, cantidad que se duplicará si se considera que las personas transportadas son vulnerables. Respecto al tráfico de personas y obtención de lucro, la *Ley de Migración* dispone en el art 159 segundo párrafo:

Para efectos de la actualización del delito... será necesario que quede demostrada la intención del sujeto activo de obtener un beneficio económico en dinero o en especie, cierto, actual o inminente.

Es conveniente aclarar que, en este punto, el legislador ignoró que para aplicar una sanción se requieren dos elementos; el *animus* y el *corpus*. El *animus* o la intención no es un elemento comprobable objetivamente, por lo cual no se puede sancionar. En consecuencia, la disposición transcrita está redactada en forma incorrecta. Se considera que el legislador, al referirse a que la intención se demostrará, quiso decir que debía existir un acto que manifestara la intención, pero no lo dijo así y se limitó a la prueba de la intención, la cual será indemostrable si no hay conducta.

Personas jurídicas. Respecto a las personas jurídicas, resulta imposible aplicarles una pena privativa de libertad, por lo que la ley sólo sanciona con multa a la empresa propietaria, a los representantes y a sus consignatarios; sin embargo, podrá sancionar con privación de libertad a la persona que hubiera cometido directamente la conducta típica y antijurídica.

Servidores públicos. El art 160 de la *Ley de Migración* establece una sanción agravada hasta en 50%, aplicable al servidor público. La sanción podrá ser de doce a veinticuatro años de prisión y una multa de siete mil quinientos a veintidós mil quinientos pesos, de acuerdo con los arts 159 y

160, fracc III. Posteriormente, el art 161 sólo señala la sanción privativa de libertad de cuatro a ocho años y multa de quinientos a mil salarios mínimos si se viola la *Ley de Migración*. Se considera que esta sanción es demasiado benigna, ya que es muy grave que los servidores públicos abusen de sus funciones o las desvíen. Finalmente, la ley dispone que los delitos se persiguen de oficio.

5.7 Los extranjeros en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte

Con motivo de la celebración del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte* se emitió el 9 de mayo de 1994 la Circular REI, en la cual se creó la modalidad de persona de negocios con fundamento en la fracc III del art 42 de la *Ley de Población*, que regulaba la característica de visitante. Circulares con similar contenido se crearon para aplicarlas a los demás tratados de libre comercio celebrados por México. La razón de legislar mediante circulares radica en que, por aplicarse exclusivamente a los originarios de los países con los que México celebró los tratados, no era posible tener una ley general y abstracta.

Con la nueva *Ley de Migración*, aun cuando no se aclara nada concretamente, las circulares deben quedar vigentes; así parece demostrarlo el art 52 fracc I de la *Ley de Migración*, que se refiere a las modalidades en forma tangencial, en la condición de estancia visitante sin permiso para realizar actividades remuneradas.

Acorde con lo anterior, es necesario analizar la circular REI publicada en el DOF el 9 de mayo de 1994, la cual ha tenido dos reformas: el 30 de noviembre de 1994 y el 3 de octubre de 2007. El objeto de esta modalidad es facilitar la internación y permanencia de los estadounidenses y canadienses que ingresen al país para realizar las actividades establecidas en la circular. Las actividades que contempla la circular son cuatro:

- Visitantes de negocios.
- Comerciantes e inversionistas.
- Transferencia de personal.
- Profesionales.

Las reglas generales de la circular exigen que los extranjeros prueben su nacionalidad con pasaporte o copia certificada del acta de nacimiento. Cabe

aclarar que el pasaporte es un documento que permite identificar a la persona, lo cual no ocurre con el acta de nacimiento, porque al no tener fotografía resulta imposible *identificar a quien la presenta*.

Visitantes de negocios. El visitante de negocios es no sólo la primera figura derivada de la modalidad de persona de negocios, sino también la clase más importante, debido a que su regulación es muy detallada y abarca las fases siguientes:

- Investigación y diseño.
- Cultivo, manufactura y producción.
- Comercialización.
- Ventas.
- Distribución.
- Servicios posteriores a la venta.
- Servicios generales.

Del análisis de cada una de estas especies se colige que en total incluyen desde la planeación de un negocio o producción hasta la prestación del servicio de mantenimiento.

Como regla general se exige a los visitantes de negocios ser únicamente estadounidenses o canadienses quienes deben probar la naturaleza internacional de la actividad que van a realizar en México; sin embargo, ante el supuesto de carecer de los documentos probatorios, bastará con que se declare que el negocio o empresa que representan se encuentra en Canadá o Estados Unidos.

Los visitantes de negocios ingresan al país para desempeñar actividades de investigación, diseño, cultivo, manufactura, producción, comercialización, ventas, distribución, servicios posteriores a la venta y servicios generales. Este breve párrafo contiene una gama de actividades que van desde la investigación del producto que el país receptor requiere, su diseño y planeación —que puede ser fabril o de cultivo— hasta la producción y distribución de los bienes.

Concluida la cosecha o manufactura del bien, se pasa a la comercialización, fase en la que se realiza un estudio de mercado o ferias. La siguiente fase se lleva a cabo con la venta de los productos; al efecto se realizan ferias o exposiciones y en tal momento se ofrecen los servicios de capacitación de personal en caso de ser necesario, así como se proporcionan mantenimiento y supervisión de los instrumentos o aparatos fabricados, distribuidos y vendidos.

Como servicios generales se ofrecen relaciones públicas, publicidad y turismo. En el turismo están los servicios de transporte que se prestan en cualquiera de los tres Estados parte del tratado. El servicio de transporte es muy limitado ya que sólo está permitido llevar y regresar el mismo pasaje o sólo llevarlo o traerlo, por lo cual el transporte tendrá que retornar vacío. Lo mismo ocurre en el supuesto de transportar bienes, los que se deberán dejar en el lugar de entrega sin poder tomar otra carga; por ello, también en este caso los transportes regresarán vacíos a su lugar de origen.

Comerciantes e inversionistas. Estas dos figuras, como su nombre lo indica, se dedican al comercio de bienes o a la prestación de servicios entre los Estados parte del tratado.

Según la circular REI, *los inversionistas tienen por objeto desarrollar, administrar, dar asesoría o prestar servicios técnicos clave en funciones de supervisión ejecutivas o que conlleven habilidades esenciales para llevar a cabo o administrar una inversión en la cual la persona o su empresa hayan comprometido o estén en vías de comprometer un monto importante de capital*.

En este punto procede preguntar: ¿qué se entiende por monto importante de capital? Dichos conceptos son muy abstractos, por lo que la norma debería señalar con precisión cantidades específicas flexibles, como podría hacerse con base en el salario mínimo.

Transferencia de personal. Respecto a quien transfiere el personal, la circular REI dispone:

Es la persona de negocios empleada por una empresa para desempeñar funciones gerenciales ejecutivas o que conlleven conocimientos especializados esenciales en esa empresa o en una de sus subsidiarias o filiales (ser transferida por su compañía a México).

Aun cuando la circular señala únicamente la transferencia de personal a México, es obvio que también puede ocurrir ésta de México a Estados Unidos o Canadá. Dicha modalidad es una práctica muy común de las transnacionales, cuya realización no causa problemas.

Profesionales. Esta última modalidad es de gran importancia debido a que en ella se contemplan las distintas profesiones agrupadas en cuatro grandes clases:

- Científicos.
- General (profesionales).
- Profesionales médicos/asociados.
- Profesores.

Dada la importancia de esta modalidad, se transcribe su contenido.

Profesionales

Persona de negocios que pretenda llevar a cabo una actividad a nivel profesional en el ámbito de una profesión.*

Científicos

Agrónomo; apicultor; astrónomo; biólogo; bioquímico; científico en animales; científico en aves de corral; científico en lácteos, criador de animales; edafólogo; entomólogo; epidemiólogo; farmacólogo; físico; fitocultor; genetista; geofísico (incluye oceanógrafo); geólogo; geoquímico; horticultor; meteorólogo; químico y zoólogo.

General

Abogado; administrador de fincas (conservador de fincas); administrador hotelero; ajustador de seguros contra desastres (empleado por una compañía ubicada en el territorio de una parte o de un ajustador independiente); analista de sistemas; arquitecto; arquitecto de paisaje; asistente de investigación (que trabaje en una institución educativa a nivel posbachillerato); bibliotecario; consultor en administración; contador; diseñador de interiores; diseñador gráfico; diseñador industrial; economista; escritor de publicaciones técnicas; ingeniero; ingeniero forestal; matemático (incluye a los estadígrafos); orientador vocacional; planificador urbano (incluye geógrafos); silvicultor (incluye especialista forestal), técnico/técnico científico; topógrafo y trabajador social.

Profesionales médicos/asociados

Dentista; enfermera registrada; farmacéutico; médico (sólo enseñanza o investigación); médico veterinario zootécnico; nutriólogo; psicólogo; tecnólogo en laboratorio médico (Canadá)/tecnólogo médico (E.U.A. y México); terapeuta fisiólogo y físico; terapeuta ocupacional y terapeuta recreativo.

* El otorgamiento de esta categoría migratoria no los autoriza a ejercer la profesión respectiva sin haber cumplido previamente los requisitos establecidos en las disposiciones reglamentarias del art 5o constitucional en materia de profesiones o, en su caso, sin sujetarse a las prevenciones reguladas en el TLC.

Las personas de negocios que ingresen como profesionales les queda expresamente prohibido realizar cualquier actividad que implique ejercicio profesional sin haber obtenido previamente cédula profesional de la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública.

Profesor

College, seminario o universidad.³

Respecto a las profesiones caben tres comentarios:

- Los abogados se clasifican en el rubro *General*, lo cual resulta absurdo ya que por tradición es una de las profesiones liberales. En consecuencia, indebidamente se les ubica junto al ajustador de seguros, el tipógrafo y el trabajador social.
- En cuanto a los médicos, se protege a este grupo profesional en sus respectivos países, ya que sólo se permite a los médicos extranjeros trabajar en la docencia o la investigación, lo cual significa que se les impide tener el ejercicio libre de la profesión.
- Un requisito indispensable para ejercer una profesión es cumplir con la *Ley Reglamentaria del Artículo 5o Constitucional*, lo cual significa que la Secretaría de Educación, por medio de la Dirección General de Profesiones, deberá expedir la cédula correspondiente cuando así lo exija la *Ley de Profesiones*.

El régimen jurídico preferencial de la circular no implica tolerancia ante su incumplimiento; en consecuencia, tanto los canadienses como los estadounidenses serán sancionados si infringen esta circular, cuyo contenido tiene su origen en el Capítulo XVI del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*.

Acorde con lo anterior, la autoridad mexicana puede negar el ingreso, imponer multas, deportar y aun expulsar, ante el supuesto de que los extranjeros se ubiquen en la hipótesis sancionable. El extranjero que ingresa bajo la modalidad de visitante persona de negocios, recibirá un documento con las letras FMN, cuyo significado es: forma migratoria negocios. Con dicho documento, el extranjero puede permanecer hasta 180 días en México. La propia circular determina que, agotado tal periodo, el extranjero debe abandonar el país o solicitar una FM3, forma que desapareció con la *Ley de Migración* y su reglamento, lo cual significa que la circular debe aclarar qué ocurrirá después de los 180 días y especificar concretamente cuál será la condición de estancia que se otorgue al canadiense o estadounidense.

³ Circular R.E.I. en la que se detallan las reglas a las que se sujetarán el ingreso temporal de personas de negocios de conformidad con el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, TLCAN, DOF del 9 de mayo de 1994. Ha tenido dos reformas: DOF del 20 de noviembre de 1994 y DOF del 3 de octubre de 2007.

5.8 Personas de negocios pertenecientes al Foro de Cooperación Asia-Pacífico

Esta modalidad tiene su origen en el acuerdo publicado en el *DOF* el 3 de noviembre de 2008, cuyo fundamento eran los arts 51, 78 fracc III y 95 de la *Ley General de Población* y el 136 del reglamento; sin embargo, debido a la *Ley de Migración* del 25 de mayo de 1911 y a su reglamento del 28 de septiembre de 2012, se derogaron estos artículos. Tal situación debió aclararse para evitar la inseguridad jurídica.

De ese acuerdo derivó la modalidad de personas de negocios pertenecientes al Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico, conocido por las siglas APEC (por sus siglas en inglés). La modalidad tiene por objeto facilitar el movimiento de personas entre tales economías; así, el documento que se les otorga es la tarjeta de viajes para personas de negocios, cuyas siglas en inglés son ABTC.

Posteriormente, en la Quinta Reunión Ministerial celebrada del 17 al 19 de noviembre de 1993 en Seattle, Washington, México ingresó a la Cooperación Económica Asia-Pacífico. El 26 de junio de 2007 en Cairns, Australia, el Grupo de Movilidad de Personas de Negocios acordó la creación de la tarjeta de viaje para personas de negocios de la Cooperación Económica Asia-Pacífico (ABTC), documento que permite a su titular ingresar legalmente sin realizar trámite migratorio. En la reunión del Grupo de Cooperación Asia-Pacífico celebrada el 8 y 9 de septiembre de 2007, México aceptó la tarjeta como nuevo documento migratorio para las personas de negocios.

En consonancia con el proceso anterior, México publicó en el *DOF* del 3 de noviembre de 2008 el siguiente documento:

Acuerdo que tiene por objeto establecer facilidades, para el ingreso al país de extranjeros considerados personas de negocios titulares de un ABTC, establecer las reglas para aprobar esta tarjeta a extranjeros cuya nacionalidad corresponda a una economía de las que forman la Cooperación Asia-Pacífico y que deseen ingresar a México como personas de negocios, en su caso expedir la misma tarjeta a mexicanos que, de acuerdo con los estándares establecidos por los líderes de las economías, cumplan con la condición de personas de negocios.

Con el fin de otorgar la tarjeta mencionada, la autoridad migratoria consultará la base de datos del Sistema Integral de Operación Migratoria (SIOM) sin perjuicio de recurrir a otras bases de datos si la autoridad lo considera necesario.

La tarjeta puede ser provisional o definitiva: la primera se entrega cuando algunos Estados aprobaron el ingreso de un Estado y la segunda cuando todos los Estados están de acuerdo. La permanencia con este documento es de 180 días máximo:

Con la tarjeta ABTC pueden presentarse las situaciones siguientes:

- Reposición por pérdida.
- Retención por ofensa al Estado.
- Retiro de la aprobación.
- Cancelación.

UNIDAD 6

Límitaciones en la estancia y permanencia de los extranjeros

6.1 Consideraciones previas

En la unidad anterior se trató la situación de los extranjeros como personas en la *Ley de Migración*. En esta unidad se estudiará la situación de los extranjeros en cuanto a su estancia en circunstancias muy especiales, como ocurre con:

- Los supuestos de los grupos vulnerables.
- Los que se encuentran sin documentos.
- Quienes representan un peligro para el país.
- Quienes están en situación de traslado.
- Quienes se hallan sometidos a la ejecución de una sentencia.

En este orden de ideas, se estudiarán las instituciones jurídicas siguientes:

- Retorno asistido.
- Deportación.

- Expulsión.
- Extradición.
- Traslado de personas condenadas.
- Ejecución de sentencias penales.

Debido a que la *Ley de Migración* no define todas las instituciones por estudiar, será necesario hacerlo para estar en posibilidad de establecer sus características, así como sus diferencias y similitudes.

6.2 Del retorno asistido y la deportación de los extranjeros que se encuentren irregularmente en territorio nacional

Bajo este rubro, el capítulo VII de la *Ley de Migración* se refiere a la nueva figura del retorno asistido y la deportación; sin embargo, el art 114 menciona también la expulsión sin incluirla en el título y a continuación alude al retorno asistido para concluir con la deportación. A este desorden legal se le dará un orden lógico, por lo que inicialmente se estudiará el retorno asistido, en seguida se verá la deportación y por último se tratará la expulsión.

6.2.1 Retorno asistido

El art 3o fracc XXIV de la *Ley de Migración* lo define en los siguientes términos:

Retorno asistido es el procedimiento por el que el Instituto Nacional de Migración hace abandonar el territorio nacional a un extranjero, remitiéndolo a su país de origen o de su residencia habitual.

Esta definición es tan general que en ella caben perfectamente el retorno asistido, la deportación y la expulsión. Posteriormente la ley regula el retorno asistido en los arts 118 a 121.

6.2.1.1 Naturaleza jurídica del retorno asistido

El retorno asistido tiene la naturaleza jurídica de un derecho, por lo cual implica un beneficio, pues la ley crea un procedimiento especial que debe aplicarse a las personas consideradas vulnerables; sin embargo, extiende el beneficio a toda persona que se encuentre en el país irregularmente.

La diferencia entre otorgar el beneficio a las personas vulnerables y a quienes no lo son radica en que a los primeros se les aplica el retorno asistido de oficio y a los demás sólo a petición de parte. A *contrario sensu*, el retorno asistido es también una obligación que el Estado tiene de otorgar tal beneficio a las personas vulnerables, sin que éstas lo soliciten, por lo cual implícitamente la ley les otorga un derecho. Respecto a las demás personas que se encuentren irregularmente en el país, el Estado no tiene la obligación de darles el beneficio del retorno asistido, sino se los otorgará siempre que lo soliciten, lo cual confirma la existencia de un derecho que se reconoce a los extranjeros.

6.2.1.2 Personas vulnerables

La *Ley de Migración* dispone que son personas vulnerables las que integran las siguientes categorías:

- Niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados.
- Mujeres embarazadas.
- Adultos mayores.
- Discapacitados.
- Indígenas.
- Víctimas de delito.
- Testigos.

*Niños, niñas y adolescentes migrantes no acompañados*¹

Los niños, niñas y adolescentes no acompañados que ingresan al país sin documentos están en situación ilegal; sin embargo, la ley les da un trato especial: los detiene, los interroga respecto a las causas que los hicieron huir de su país y mientras se define su situación se les envía a la institución que corresponda del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, donde se les ubicará en el lugar reservado a menores, ya que no se les debe mezclar con adultos.

El instituto tiene la obligación de notificar la detención de los menores al Consulado o representación diplomática correspondiente, con el fin de

¹ Con fecha 2 de diciembre de 2013 se reformó el *Reglamento de la Ley de Migración* en los arts 42, fracc II, segundo párr, fracc V, 55 segundo párr y 247 en vigor a partir del 1o de enero de 2014. Estas disposiciones protegen a los menores que viajan solos o con persona que no ejerce la patria potestad ni la tutela. En tales casos tiene la obligación de presentar documento en el que los padres autoricen el viaje con personas ajenas; en su defecto, se debe presentar la autorización de la autoridad competente.

localizar a los padres. Una vez conocida la identidad y causa de huida de los menores, la ley les ofrece: la legalización de su estancia o el retorno asistido.

El ofrecimiento siempre estará sujeto a la decisión de los padres, quienes seguramente estarán de acuerdo con el retorno asistido, por lo que la oferta de legalización de estancia sólo se presentaría ante la ausencia de aquéllos.

Embarazadas, adultos mayores, indígenas víctimas de delito y testigos

Se considera que estas personas son vulnerables por estar bajo un estado emocional que les impide tomar una decisión razonada; en consecuencia, se les dará atención médica, psicológica y, —de ser necesario— psiquiátrica con el fin de que puedan recuperar su estado natural. Este periodo, jurídicamente llamado *estado de enajenación mental transitorio*, lo denomina *periodo de reflexión* la *Ley de Migración* en el art 130.

Una vez determinada la situación vulnerable, también a estos extranjeros se les ofrecerá el retorno asistido o la regularización de su estancia, siempre que cumplan con los requisitos legales. En el supuesto de extranjeros indocumentados, una vez detenidos se les llevará a una estación migratoria en la que se les deberá dar alimento y un trato digno. Cuando se resuelva su situación se les regresará a su lugar de origen o podrán quedarse en el país, previo cumplimiento de los requisitos de ley.

6.3 Deportación

La *Ley de Migración* no define la figura de la deportación ni lo hace el reglamento, sino que ambos se limitan a regular la protección de los derechos del extranjero a deportar. En tal sentido, es necesario dar una definición: la deportación es el acto de autoridad mediante el cual se ordena a un extranjero abandonar el país por carecer del documento migratorio que autorice su legal estancia, por haberse vencido el tiempo de permanencia legal en el país o por violar disposiciones sanitarias.

6.3.1 Naturaleza jurídica de la deportación

La deportación procede cuando se viola la ley, por lo cual su naturaleza jurídica es la de una sanción. Así lo establece el art 144 de la *Ley de Migración* en las seis fracciones del capítulo III, referente a las sanciones. Como se es-

tableció en la definición, la deportación procede por incumplimiento o violación a las disposiciones administrativas o sanitarias. La persona a quien se deporta en realidad no implica un peligro para el Estado, pues si cumple los requisitos migratorios podrá regresar al país, debido a que la deportación no implica la prohibición de regresar en una futura ocasión, sino sólo significa que el extranjero debe abandonar el país por no satisfacer los requisitos de permanencia.

La orden de deportación, como todo acto de autoridad, debe estar motivada y fundada. En apoyo de lo expuesto, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una tesis en materia de deportación que se considera aplicable, a saber:

Extranjeros, deportación de los. La Secretaría de Gobernación tiene facultades legales para ordenar la deportación de los extranjeros como consecuencia de la ilegalidad de su estancia en el país, por lo que si un delegado de Migración comprueba plenamente que la estancia de un extranjero en el país es ilegal, el procedimiento que se siga con el fin antes indicado no puede violar garantías individuales y debe negarse el amparo que se pida contra él.²

6.3.2 Causas de deportación

La *Ley de Migración* señala como causas de deportación las siguientes:

Artículo 144. Será deportado del territorio nacional el extranjero presentado que:

- I. Se haya internado en el país sin la documentación requerida o por un lugar no autorizado para el tránsito internacional de personas;
- II. Habiendo sido deportado, se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido el Acuerdo de readmisión, aun cuando haya obtenido una condición de estancia;
- III. Se ostente como mexicano ante el instituto sin serlo;
- IV. Estar sujeto a proceso penal o haber sido condenado por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, o que por sus antecedentes en México o en el extranjero pudiera comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública;
- V. Proporcione información falsa o exhiba ante el instituto documentación apócrifa, alterada o legítima pero que haya sido obtenida de manera fraudulenta, y

² Ejecutoria, Samuel Anguez, tomo XVII, pág 2610, 17 de febrero de 1936.

VI. Haya incumplido con una orden de salida del territorio nacional expedida por el instituto.

En todos los casos, el instituto determinará el periodo durante el cual el extranjero deportado no deberá reingresar al país, conforme a lo establecido en el reglamento. Durante dicho periodo, sólo podrá ser readmitido por acuerdo expreso de la Secretaría.

Según la norma transcrita, aun cuando la deportación consiste en hacer abandonar el país a un extranjero, éste tiene la oportunidad de regresar. El art 121 de la *Ley de Migración* regula en forma similar la deportación y el retorno asistido. De acuerdo con esta norma, a la persona deportada sólo se le podrá enviar al país de origen o al país donde resida, salvo que solicite ser reconocida como asilado o refugiado.

El art 122 determina en seis fracciones los derechos que tiene quien vaya a ser deportado.

Artículo 122. En el procedimiento de deportación, los extranjeros tendrán derecho a:

- I. Ser notificados del inicio del procedimiento administrativo migratorio;
- II. Recibir protección de su representación consular y comunicarse con ésta, excepto en el caso de que hayan solicitado el asilo político o el reconocimiento de la condición de refugiado. En caso de que el extranjero desee recibir la protección de su representación consular, se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;
- III. Avisar a sus familiares o persona de confianza, ya sea en territorio nacional o fuera de éste, para tal efecto se le facilitarán los medios para comunicarse con ésta lo antes posible;
- IV. Recibir información acerca del procedimiento de deportación, así como del derecho de interponer un recurso efectivo contra las resoluciones del Instituto;
- V. Contar con un traductor o intérprete para facilitar la comunicación, para el caso de que no hable o no entienda el español, y
- VI. Recibir asesoría legal.

6.4 Expulsión

Sorprende que los diccionarios jurídicos omitan el concepto de expulsión, probablemente porque el término empleado fue el de *desterrar*; sin embargo, cabe aclarar que no pueden considerarse sinónimos en atención a

que desterrar significa dejar sin tierra. En otras palabras, se desterraba a los oriundos de una comunidad, lo cual significaba que dejaban de pertenecer a la tierra que ocupaba esa comunidad.

El destierro era una sanción impuesta por quien ejercía el *imperium* en una determinada comunidad. Actualmente el destierro no existe ya que un Estado no puede expulsar a un nacional. La expulsión es también un acto de *imperium* de quien ejerce el poder en un Estado, pero tal sanción se aplica sólo a los extranjeros que se inmiscuyen en asuntos políticos.

Por expulsión se entiende el acto soberano de los Estados mediante el cual envían a un extranjero a su país por considerarlo peligroso para su soberanía, seguridad o integridad nacional. La expulsión es una sanción prevista en el art 33 de la CPEUM, aplicable a los extranjeros que con su conducta o por intervenir en la política interna son considerados indeseables.

6.4.1 Naturaleza jurídica de la expulsión

La naturaleza jurídica de la expulsión es la de una sanción y sólo procede contra extranjeros por inmiscuirse en asuntos políticos internos que puedan afectar la soberanía, seguridad o integridad del Estado.

6.4.2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La expulsión está regulada constitucionalmente en el art 33, cuyo texto disponía:

Artículo 33. Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I, Título Primero de la presente Constitución, pero el Ejecutivo de la Unión tendrá la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

En dicho artículo nunca se incluyó el concepto *expulsión*; sin embargo, era tan contundente dicha atribución del Ejecutivo, que sólo podía considerarse expulsión el acto de hacer abandonar el territorio nacional —inmediatamente y sin necesidad de juicio previo— y sólo procedía por la violación del extranjero a la tajante prohibición de inmiscuirse en asuntos políticos o por considerar que su estancia era inconveniente. Este disposi-

tivo estuvo vigente muchos años, pese a la gran crítica de que fue objeto por hacer abandonar el país al extranjero sin someterlo a un juicio previo, lo cual violaba su garantía de audiencia. En cuanto a la orden de salida, ésta debía estar motivada y fundada.

Ante tal crítica, cabe considerar que si bien se privaba al extranjero de la garantía de audiencia, la expulsión sólo procedía por actos verdaderamente graves. Así, el extranjero tenía que estar muy consciente de la prohibición y del respeto que debía al derecho mexicano para evitar las consecuencias de su incumplimiento. Debido a la reforma constitucional del art 33 constitucional, éste dispone ahora:

Artículo 33. Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución.

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.

Los extranjeros no podrán de ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país.

Nótese la gran diferencia entre una y otra norma; la actual tiene tres grandes diferencias:

- Se refiere a los derechos humanos.
- Tiene el concepto *expulsar*.
- Otorga la garantía de audiencia.

6.4.3 Ley de Migración

La *Ley de Migración* une la deportación con la expulsión en un mismo dispositivo; así, en el art 114 establece:

Corresponde de manera exclusiva al titular del Poder Ejecutivo Federal expulsar del territorio nacional al extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En esta norma se hace referencia exclusivamente a la deportación y en el art 144 de la ley se regula formalmente la deportación y el último párr también se refiere a la deportación, aunque en realidad se trata de la expulsión.

Artículo 144. *Será deportado del territorio nacional el extranjero presentado que:*

[...]

IV. *Estar sujeto a proceso penal o haber sido condenado por delito grave conforme a las leyes nacionales en materia penal o las disposiciones contenidas en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano, o que por sus antecedentes en México o en el extranjero pudiera comprometer la seguridad nacional o la seguridad pública.*

La fracción transcrita la confirma el último párr del art 144, en el cual se contienen todos los elementos de la expulsión e indebidamente se alude a la deportación, cuando en realidad la que es definitiva es la expulsión. Al efecto se transcribe el párrafo:

En el supuesto de que el extranjero, por sus antecedentes en los Estados Unidos Mexicanos o en el extranjero, pudiera comprometer la soberanía nacional, la seguridad nacional o la seguridad pública, la deportación será definitiva.

El problema radica en que la ley mezcla la deportación con la expulsión.

6.4.4 Procedimiento de expulsión

Respecto al procedimiento de expulsión, la *Ley de Migración* ni el reglamento lo establecen, ni remiten a la *Ley Federal del Procedimiento Administrativo*, por lo que éste deberá seguirse ante un Juez de Distrito en Materia Administrativa a fin de cumplir con la garantía de audiencia del nuevo art 33 constitucional. Una vez resuelto, si la expulsión procede, el Ejecutivo de la Unión expedirá la orden debidamente motivada y fundada, con la aclaración de que no podrá regresar al país.

En el supuesto de que la sentencia sea absolutoria, el extranjero podrá permanecer en el país de acuerdo con la condición de estancia que le haya otorgado el Instituto Nacional de Migración. Lamentablemente, en materia de expulsión la Corte no se ha pronunciado por razones obvias, ya que, al no haber tenido el extranjero expulsado el derecho de audiencia, no hubo juicios al respecto; sin embargo, después de la reforma constitucional, en algún momento se presentará un juicio con motivo de la expulsión de un extranjero aun cuando es dudoso que el problema llegue a la corte, también por razones obvias.

6.5 Extradición

La extradición es la institución jurídica que tiene por objeto la colaboración entre los Estados para evitar que un delincuente o presunto delincuente se sustraiga a un juicio o al cumplimiento de una sentencia.³ Asimismo, es la institución internacional implementada entre dos o más Estados mediante la celebración de un tratado para lograr la colaboración en la entrega de un indiciado, procesado, acusado o presunto delincuente, con el fin de reprimir la delincuencia y evitar la impunidad.

6.5.1 Naturaleza jurídica y fines de la extradición

La extradición no es un juicio, sino un medio de cooperación entre los Estados para evitar la impunidad; en consecuencia, como institución jurídica debe estar regulada por leyes internas de los Estados o por tratados celebrados bilateral o multilateralmente. A estas dos vías formales se suma la reciprocidad basada sólo en un acto amistoso de cooperación informal entre los Estados, los cuales en ejercicio de su soberanía deciden unilateral y discrecionalmente si extraditan o no a la persona solicitada por otro Estado. Los fines fundamentales de la extradición son dos:

- La colaboración entre los Estados.
- Evitar la impunidad.

6.5.2 Principios que rigen la extradición

Como toda institución jurídica, la extradición se rige por tres principios fundamentales:

- *Especialidad.* Sólo se juzgará al extraditado por la conducta por la que se le solicitó.
- *Doble tipicidad.* La conducta por la que se solicita a la persona debe ser considerada delito tanto en el país solicitante como en el solicitado.
- *Penalidad.* La sanción que corresponda al delito por el que se solicita la extradición debe ser un delito considerado grave; sin embargo, si la gra-

³ María Elena Mansilla y Mejía, *Glosario jurídico internacional privado*, 1a ed, Iure Editores, México, 2008, págs 79 y siguientes.

vedad es tal que la sanción sea la pena de muerte, la extradición sólo se concederá si se conmuta la pena capital por la inmediata inferior.

6.5.3 Clases de extradición

En la práctica de la extradición se han detectado siete clases para realizarla.⁴

- *Activa*: cuando la autoridad competente realiza todos los actos necesarios para conceder la extradición.
- *Interna*: cuando se realiza entre las entidades de un Estado federal.
- *Impropia*: cuando se entrega a otro Estado una persona sin cumplir formalidades, lo cual es una violación a los derechos fundamentales.
- *Externa*: cuando ocurre entre Estados soberanos.
- *Pasiva*: consiste en el análisis de su procedencia cuando la solicita otro Estado. En consecuencia, la extradición será activa para el Estado solicitante y pasiva para el Estado solicitado.
- *Definitiva*: cuando al cumplirse todos los requisitos no existe obstáculo para otorgarla.
- *Temporal*: cuando la petición de extradición no se puede cumplir porque la persona solicitada se encuentra bajo proceso o en cumplimiento de una sentencia.

En este último supuesto y en función de la pena impuesta se puede extraditar a la persona para ser juzgada, sentenciada y regresarla al país que lo extraditó, donde una vez cumplida la pena, se le extraditará para que cumpla la sanción pendiente, o puede cumplirla en el país requerido una vez cumplida la sentencia en tal país.

En la extradición temporal deberá tenerse en cuenta la sanción de ambos Estados con el fin de decidir si se extradita temporalmente o si, al concluir la primera sanción, cumple la segunda en el mismo Estado. En México la extradición tiene como fundamento el art 119 constitucional. El procedimiento es mixto pues interviene la autoridad administrativa, que es la Secretaría de Relaciones Exteriores, la Procuraduría General de la República y el juez de distrito.

⁴ Cfr Guillermo Colín Sánchez, *Procedimientos para la extradición*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 1993, págs 10 y siguientes.

6.5.4 Procedencia de la extradición⁵

La procedencia de la extradición exige el cumplimiento de los elementos siguientes:

- La comisión de un delito en un Estado y el inicio de un procedimiento penal.
- Una persona presuntamente delincuente o sentenciada por la comisión de un delito.
- La persona solicitada para extraditar debe encontrarse en un país distinto de aquel donde se realizó la conducta delictiva.
- La petición de extradición del Estado solicitante, el cual debe tener jurisdicción para juzgar al presunto delincuente.
- Un Estado requerido que cumpla con todas las garantías legales que permitan la entrega de la persona solicitada.

Una vez solicitada la extradición y sometida la petición a la autoridad judicial, ésta debe analizar la situación y emitir un dictamen acerca de su procedencia o improcedencia. El juez sólo emite una opinión, pero la autoridad que toma la decisión de llevarla o no a efecto es la Secretaría de Relaciones Exteriores. México tiene desde 1975 una *Ley de Extradición Internacional*, también ha celebrado tratados con diversos países y acepta la reciprocidad.

6.5.5 Ubicación de la extradición

Un punto último por destacar es la duda respecto a la ubicación jurídica de la extradición: ¿pertenece al derecho internacional público o al derecho internacional privado? La duda la resolvió con toda claridad y sencillez el maestro César Sepúlveda en su obra *Derecho internacional público*, en la cual afirma:

Debe distinguirse el Derecho Internacional Público del Derecho Internacional Privado. Este último, impropriamente llamado así, está constituido por las normas que los tribunales internos de los Estados aplican cuando surge un conflicto entre los diferentes sistemas jurídicos. Debiera llamarse más correcta-

⁵ Cfr Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, 2a ed, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000, pág 16.

mente *derecho privado internacional*. Las normas de este último se aplican a los individuos, las del derecho de gentes a los Estados.⁶

De lo anterior se deduce que la diferencia entre el derecho internacional privado y el derecho internacional público está determinada por los sujetos: en el primero los sujetos son las personas físicas y las jurídicas, mientras que en el segundo son los Estados y los organismos internacionales. En consecuencia, la extradición es una figura jurídica del derecho internacional privado porque se les aplica a las personas físicas.

Según lo anterior, la extradición implica una situación mixta, debido a que participan en ella el derecho internacional y el derecho interno de los dos Estados, el solicitante y el solicitado. Por ello, en última instancia podría considerarse que la extradición constituye una situación jurídica de frontera del derecho internacional privado y del derecho internacional público.⁷

La violación a la soberanía e integridad del Estado mexicano en la sustracción dio lugar a sostener por el doctor **Álvarez Machain** que la extradición es una institución del derecho internacional público, lo cual es un error, pues el sujeto directamente afectado fue una persona, en este caso dicho profesional.

6.6 Caso Álvarez Machain

Ejemplo emblemático de extradición en el derecho mexicano fue el caso del doctor **Álvarez Machain**, a quien se le aplicó el principio *male captus benedetentus*, el cual es una muestra de absoluta arbitrariedad: significa que la captura indebida se convierte en una buena detención. Con ello, un acto ilícito como el secuestro se convierte en lícito al ser aceptado por la autoridad del Estado al que se traslada al procesado.

De esa máxima deriva el derecho que ha esgrimido Estados Unidos en la captura de **Álvarez Machain**, quien fue detenido y llevado a ese país por agentes de la CIA. Dicho profesional fue secuestrado en Guadalajara, con lo que se ignoró el tratado de extradición celebrado entre México y Estados Unidos en 1978. El argumento de Estados Unidos fue absurdo al invocar que el tratado no prohibía utilizar el mecanismo alternativo de detención,

⁶ César Sepúlveda Gutiérrez, *Derecho internacional público*, 8a ed, Editorial Porrúa, México, 1977, pág 4.

⁷ Cfr. Alonso Gómez Robledo Verduzco, *Los tratados de extradición y su supuesta ineficacia. Temas selectos de derecho internacional*, 4a ed, UNAM, México, 2003, págs 82 y siguientes.

mediante el cual un nacional era secuestrado en su Estado y llevado ante el tribunal del Estado secuestrador para ser juzgado. Con el secuestro de **Álvarez Machain** se cometieron tres violaciones:

- Se violó el procedimiento jurídico acordado en el tratado de extradición entre México y Estados Unidos.
- Se violaron la soberanía nacional y la integridad del territorio.
- Se violaron los derechos fundamentales de **Álvarez Machain**.

6.7 Traslado de personas y de personas condenadas

Se entiende por traslado de personas el acto mediante el cual se lleva de un lugar a otro a una persona. Así mismo, el traslado de personas condenadas es el acto con el cual una persona sentenciada en el país donde delinquiró, es llevada a su país de origen o en su defecto al país donde tiene su residencia habitual. De acuerdo con este concepto, hay traslado tanto en la extradición como en la ejecución de sentencias penales. Ambos traslados son producto de tratados o de la aplicación del principio de reciprocidad entre los Estados.

6.7.1 Naturaleza jurídica del traslado de personas condenadas

La naturaleza jurídica del traslado es análoga en cierta forma a la extradición: ambos son un acto de autoridad del Estado, pero tienen algunas reglas diferentes. La figura del traslado tomó importancia debido a la situación que se presentó con Florence Cassez, ciudadana francesa que delinquiró en México. Por ello, tanto en el proceso que se le siguió, como en su ejecución, el derecho aplicable era el mexicano en cumplimiento del principio *lex loci commissi delicti*. Así, por tratarse de una ciudadana francesa, a nivel internacional le era aplicable el Convenio de Estrasburgo. En atención a que el caso, en el momento de escribir estas líneas, se hallaba *subjudice*, es importante analizar el documento en relación con Cassez.

6.7.2 Análisis del Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas

El 7 de septiembre de 2007 el DOF publicó un decreto mediante el cual entraba en vigor el *Convenio de Estrasburgo sobre Traslado de Personas Condenadas*. El convenio es un documento que se puede calificar de *sui generis*,

pues rompe con el espíritu de los tratados sobre ejecución de sentencias en los que existe la plenitud de jurisdicción del Estado donde se cometió el delito y se juzgó al delincuente.

La plenitud de jurisdicción consiste en que, cuando se traslada al sentenciado a su país de origen o al Estado donde reside, para que cumpla la sentencia dictada en el Estado donde delinquiró, la pena impuesta en ese Estado se debe cumplir en todos sus términos.

De acuerdo con lo anterior, el Convenio de Estrasburgo se aparta del principio de plenitud de jurisdicción, debido a que en él se pactó que cuando el reo fuera trasladado a Francia, la sentencia dictada en México no se aplicaría. En este orden de ideas, el análisis de dicho problema se hará en dos momentos:

- En el primero se verá en relación con la Constitución, el *Convenio de Estrasburgo* y el *Código Penal Federal*.
- En el segundo se atenderá a la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, debido a que su violación fue el elemento internacional invocado por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación para solicitar la libertad de Florence Cassez.

6.7.2.1 Situación legal de Florence Cassez en México

Es importante determinar la situación legal de Florence Cassez en atención a que ella cometió diversos delitos en México y, como establece el principio latino *lex loci commissi delicti*, se le debe aplicar la ley del lugar donde cometió tales conductas. Pese a ello, se ha invocado el Convenio de Estrasburgo celebrado entre México y Francia, cuyo objeto es que las personas condenadas cumplan la sanción en su país de origen. De acuerdo con esto, si se trasladaba a Francia a la procesada, debería cumplir la sanción de 60 años de prisión dictada en México por un Tribunal Unitario de Circuito, cuyo magistrado, después de revisar la sentencia de primera instancia, redujo la sanción de 90 a 60 años, impuesta por los delitos de secuestro y delincuencia organizada.

Una vez concluido el juicio, Francia invocó el *Tratado de Estrasburgo* y solicitó el traslado de Cassez. Sin duda, procedía la petición, jerárquicamente la Constitución de México tiene un rango superior a un convenio internacional, por lo cual la norma fundamental debía regir la situación.

Respecto a lo anterior es conveniente destacar dos momentos en el asunto en estudio: El art 18, penúltimo párr, de la Constitución preceptúa:

Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de reinserción social. Esta disposición no se aplicará en caso de delincuencia organizada.

Este solo párr del art 18 de la Constitución era suficiente para negar el traslado, debido a que los delitos cometidos por Florence Cassez fueron tipificados como delincuencia organizada.

Si se ignorara el art 18 constitucional y se aplicara únicamente el convenio, cabe aclarar que el art 3, numeral 1, inc f) establece:

El Estado de condena —que es México— y el Estado de cumplimiento —que sería Francia— deberán estar de acuerdo en ese traslado.

En consecuencia, si México no estuviera de acuerdo con el traslado, éste no podría efectuarse.

En confirmación de lo anterior, el art 6, numeral 2, dispone:

Si se solicitare un traslado, el Estado de condena deberá facilitar al Estado de cumplimiento los documentos que a continuación se expresan, a menos que uno u otro de los dos Estados haya indicado que no está de acuerdo con el traslado.

En tal sentido, la autoridad mexicana competente tenía, sin discusión, el absoluto derecho a negar el traslado de Cassez. Si la autoridad mexicana aceptara el traslado, surgiría para la autoridad francesa el derecho que el convenio establece en el art 8, numeral 2, que le permite evadir la aplicación de la sentencia dictada en México mediante su modificación. En consecuencia, el fundamento de la autoridad francesa para no cumplir la sentencia mexicana se encuentra en el art 8, numeral 2 del convenio, el cual dispone:

El Estado de condena no podrá hacer que se cumpla la condena, cuando el Estado de cumplimiento considere el cumplimiento de la condena como terminado.

De acuerdo con esta norma, la autoridad francesa podría *decidir* que la condena se cumpliera sólo si lo considerara conveniente, que no estaría obligada a respetar la sentencia dictada por el juez de México o podría decidir que la sentencia se había cumplido, sin respetar la sanción de 60 años impuesta en México.

Con base en la no aplicación del principio de plenitud de jurisdicción, la autoridad mexicana se opuso al traslado de Florence Cassez, a fin de que la sentencia dictada se respetara y se cumpliera; de autorizarse el traslado, la sentencia dictada en México se podría modificar a criterio de la autoridad francesa, como claramente lo señala el convenio, y nada podría hacer la autoridad mexicana para evitarlo. La negativa de México para el traslado de Cassez se fundamenta en el art 3o, inc f), que dispone:

f) El Estado de condena y el Estado de cumplimiento deberán estar de acuerdo con ese traslado.

En este caso, la autoridad mexicana no estaba de acuerdo; por lo tanto, el traslado no se efectuó (en ese momento).

6.7.2.2 Indulto

La institución del indulto se encuentra en el art 89 fracc XIV de la Constitución, la cual otorga al Ejecutivo la facultad discrecional de dar el perdón a un delincuente; en consecuencia, el Ejecutivo podría:

XIV. Conceder, conforme a las leyes, indultos a los reos sentenciados por delitos de competencia de los tribunales federales...

El indulto, si bien procedería de acuerdo con la Constitución, resulta imposible de conformidad con el art 97 del Código Penal Federal, que dispone:

Artículo 97. Cuando la conducta observada por el sentenciado refleje un alto grado de readaptación social y su liberación no represente un peligro para la tranquilidad y seguridad públicas, conforme al dictamen del órgano ejecutor de la sanción y no se trate de sentenciado por traición a la Patria, espionaje, terrorismo, sabotaje, genocidio, delitos contra la salud, violación, delito intencional contra la vida y secuestro, ni de reincidente por delito intencional, se le podrá conceder indulto por el Ejecutivo Federal, en uso de facultades discrecionales, expresando sus razones y fundamentos...

De acuerdo con el análisis anterior en ese primer momento, se concluye:

- a) No era procedente el traslado, ni el otorgamiento del indulto a Florence Cassez, de acuerdo con los preceptos invocados de la CPEUM, el Convenio de Estrasburgo y el Código Penal Federal.

- b) En el segundo momento del análisis del caso de Cassez se verá la aplicación del *Convenio de Estrasburgo* acerca del traslado de personas condenadas en relación con la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, en virtud de ser éstos los elementos invocados por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación.⁸
- c) En el caso de Cassez, jurídicamente hay un delito de secuestro y otro de delincuencia organizada, conductas juzgadas en tres diferentes tribunales en los que se ha declarado su culpabilidad.
- d) Los defensores, mediante una interpretación subjetiva y errónea, han invocado en diversos momentos la violación a los dos tratados mencionados.

De lo anterior se infiere que el análisis de este segundo momento se limitará al problema internacional en forma totalmente objetiva, la cual incluye la presentación de los puntos siguientes:

- a) La correcta aplicación del *Convenio de Estrasburgo* por la autoridad mexicana.
- b) La debida aplicación de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* por la autoridad mexicana y, consecuentemente, la errónea interpretación de una convención que, dada su meridiana claridad, no requiere ser interpretada.
- c) La descuidada y morosa actividad del consulado francés cuando la autoridad mexicana le notificó la detención de Cassez.
- d) El caso Avena invocado varias veces y sólo parcialmente, sin llegar a la solución que realmente tuvo.

Internacionalmente el problema se inició cuando el titular del Ejecutivo de Francia solicitó el traslado de Cassez, con fundamento en el Convenio de Estrasburgo. A fin de tener completo el problema, se partirá brevemente del primer momento. En el primer momento, el titular del Ejecutivo de México negó el traslado de Cassez con fundamento en tres disposiciones del propio convenio. Al respecto las siguientes disposiciones legales establecen:

Artículo 3, inc f. *El Estado de condena y el Estado de cumplimiento deberán estar de acuerdo en ese traslado.*

⁸ Es conveniente aclarar que la H. Suprema Corte de la Nación indebidamente atrajo el asunto, tema que no se tocará aquí porque excede el análisis internacional.

Artículo 5, numeral 4. *El Estado requerido informará al Estado requirente, con la mayor diligencia posible, de su decisión de aceptar o denegar el traslado solicitado.*

Artículo 6, numeral 2. *Si se solicitare un traslado, el Estado de condena deberá facilitar al Estado de cumplimiento los documentos que a continuación se expresan, a menos que uno u otro de los dos Estados haya indicado ya que no está de acuerdo con el traslado.*

De lo anterior se concluye claramente que el traslado de Cassez sólo procedería con la aceptación de ambas partes; por ende, al no estar de acuerdo el titular del Ejecutivo de México, el traslado no era posible. En consecuencia, el *Convenio de Estrasburgo* lo respetó debidamente México ya que el Ejecutivo actuó conforme al documento internacional y, por tanto, Cassez permaneció en México.

Una vez dictada la sentencia condenatoria por el tribunal unitario, el asunto fue atraído por la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación y se turnó a la Primera Sala. Dicha Sala invocó, como uno de los agravios, el incumplimiento del art 36 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares* y al efecto expuso una serie de argumentos que, al partir de una interpretación incorrecta, llegó lógicamente a una conclusión también incorrecta.

Si se lee con todo cuidado la *Convención de Viena* en la parte indicada por el proyecto del H. ministro **Saldívar**, se comprobará el error cometido. El texto del art 36 inc b) regula lo siguiente:

Si el interesado lo solicita, las autoridades competentes del Estado receptor deben informar sin retraso alguno a la oficina consular competente en ese Estado cuando en su circunscripción un nacional del Estado que envía sea arrestado de cualquier forma, detenido o puesto en prisión preventiva.

El artículo es muy claro: el interesado debe solicitar se informe al consulado. Debido a que Cassez no lo solicitó, la autoridad mexicana —en cumplimiento al art 128 del *Código Federal de Procedimientos Penales*, notificó al Consulado de Francia la detención de la ciudadana francesa. Por ello, la autoridad mexicana no violó en ningún momento la convención ni la ley penal, ni actuó con retraso, como lo señala el proyecto del ministro **Saldívar**. Por el contrario, al notificar al Consulado francés aun sin la petición de la interesada, México actuó *motu proprio* (esto es, de oficio) y cumplió de esta forma con el principio de suplencia de la queja.

Respecto a la actuación del Consulado, cabe hacerse la siguiente reflexión: de los autos del juicio se desprende que la autoridad mexicana dio parte al Consulado cuando éste había concluido su día de trabajo, por lo que

la notificación sólo se pudo realizar hasta el día siguiente a las 9:10 horas. Ante ello, se supone que un miembro del Consulado francés debió asistir a Cassez inmediatamente; sin embargo, esto no ocurrió, ya que el representante del Consulado acudió hasta las 15:00 horas. La pregunta inmediata es: ¿cómo es posible que un miembro del consulado se haya presentado hasta las tres de la tarde, seis horas después de recibir el aviso de la detención? Sin duda, el moroso en atender a la ciudadana francesa fue el Consulado de Francia.

Atento a lo anterior, sólo se puede concluir que la autoridad mexicana no violó la Convención de Viena, por lo que la Corte no debió insistir en invocar esta supuesta violación para atraer el litigio y menos aún para resolver que por vicios de la detención debía quedar libre Florence Cassez. Suponiendo sin conceder que las violaciones indicadas en la detención fuesen ciertas ¿esto hace inocente a Cassez? Por supuesto que no y aquí procede recordar el caso Avena.

6.7.2.3 Los casos Cutting y Cassez

Cuando México acudió a la Corte Internacional de Justicia por la violación a la Convención de Viena de Relaciones Consulares, en las sentencias emitidas en contra de los mexicanos por el tribunal estadounidense, la resolución que la Corte Internacional de Justicia dictó fue reponer el procedimiento a partir de las violaciones cometidas, argumento totalmente jurídico.

La autoridad judicial estadounidense, en cumplimiento de tal resolución, repuso el procedimiento y dictó una nueva sentencia; sin embargo, es necesario destacar que la Corte Internacional de Justicia nunca propuso la libertad de los mexicanos, lo cual habría sido absurdo; lo que resolvió fue reponer el procedimiento a partir de las violaciones a la convención y ordenar que se dictara una nueva sentencia, que es lo mismo que la Corte de México debió resolver: la reposición del procedimiento a partir de la supuesta violación. Contrariamente a tal resolución —que hubiera sido conforme a derecho—, lamentablemente no ocurrió así por el cambio repentino de un voto, al descubrirse que la nueva sentencia de Cassez era un mal plagio de la primera sentencia emitida por la Corte. El solo cambio de un voto dejó libre a una persona sin haber repuesto el proceso.

En relación con este problema está el caso Cutting,⁹ litigio penal ocurrido en el siglo XIX entre un estadounidense que delinquiró en contra de un

⁹ Cfr Jorge Alberto Silva Silva (comp.), *El caso Cutting ¿Extraterritorialidad de la ley?* 1a ed, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, 2012.

mexicano. En ese juicio, a pesar de haberse comprobado la culpabilidad y dictar sentencia condenatoria, se dejó indebidamente libre al norteamericano, seguramente por presiones políticas o por temor. El resultado de esa libertad dictada contra todo derecho fue funesto para México, ya que al dejar libre al ciudadano estadounidense, con fundamento en una presunción de inocencia, se presentó contra México, una demanda por daños y perjuicios causados al estadounidense.

6.8 Ejecución de sentencias penales

La ejecución de sentencias penales es el acto por el cual, mediante la celebración de un tratado o con fundamento en el principio de reciprocidad, el Estado donde delinquiró y fue juzgada una persona la envía a su país de origen o de su residencia habitual con el fin de ayudar a su readaptación e inserción en la sociedad. Dicho acto es un medio de colaboración entre los Estados, al igual que la extradición, pero son diferentes.

Durante mucho tiempo se estudiaron y se resolvieron en los tratados de extradición algunos de los problemas de la ejecución de sentencias. Poco a poco se desentrañaron y distinguieron objetivos y fines; finalmente, se estableció la diferencia entre extradición y ejecución de sentencias, aunque también tienen aspectos comunes. La ejecución de sentencias tiene como objetivo cumplir una sanción con el fin de rehabilitar al delincuente, en tanto que la extradición tiene como finalidad aplicar una sanción y evitar la impunidad.

La rehabilitación se pretende obtener al dar la oportunidad al sentenciado de cumplir la pena en su medio, por lo cual se propuso regresarlo a su país para reincorporarlo a su cultura, costumbres, familia y amigos; sin embargo, en materia penal el principio que rige es el de *lex loci commissi delicti*, lo cual significa que se aplicará la ley del lugar de la comisión del delito. En este sentido, si bien el principio señalado debía cumplirse, no ayudaba a la rehabilitación del sentenciado.

Con el objeto de regresar al reo a su país, se propuso la celebración de tratados que permitieran a los sujetos cumplir la sentencia en su país y lograr su reincorporación social. Los primeros tratados que celebró México en materia de ejecución de sentencias penales fueron los de Estados Unidos, Canadá y España.

6.8.1 Naturaleza jurídica del Tratado de Ejecución de Sentencias Penales

Un tratado es un acuerdo de voluntades por el que ambos Estados se comprometen a respetar y ejecutar en su territorio las sentencias que un Estado parte haya dictado acerca de un nacional de otro Estado parte. De esta forma, hay una cooperación internacional entre los Estados y del tratado que se menciona surgen obligaciones de hacer y no hacer para los Estados.

6.8.2 Objeto y sujetos del tratado

El objeto del *Tratado de Ejecución de Sentencias Penales* tiene dos grandes aspectos:

- En relación con los Estados parte.
- En cuanto a los sujetos sentenciados.

Los Estados parte buscan cooperar entre sí mediante un instrumento internacional que permita que la sentencia dictada en un Estado se cumpla íntegramente en otro, con lo cual se respetaría el derecho y la soberanía del Estado que dictó la sentencia; a su vez, se evitaría la impunidad y, en cuanto a la ejecución de una sentencia, se considera que la rehabilitación del reo será más fácil si éste se encuentra en su medio.

Los sujetos en el tratado de ejecución de sentencia son tres:

- El Estado donde se cometió el delito o Estado requerido.
- El Estado donde se cumplirá la sentencia o Estado requirente.
- El sentenciado.

El Estado donde se cometió el delito es el requerido y ante él se presenta la solicitud de traslado del delincuente a su país de origen o de residencia habitual. Como la conducta y la sentencia se fundamentan en el derecho del Estado requerido, esta última debe respetarse y cumplirse.

El Estado solicitante es el receptor de su nacional o de su domiciliado. En el momento en que recibe al reo asume la obligación de ejecutar la sentencia en los términos en que la dictó el Estado trasladante.

El sentenciado es el sujeto activo del delito; por ello, está sujeto al cumplimiento de una sentencia privativa de libertad, a la vez que se beneficia con el traslado a su país.

6.8.3 Requisitos de procedencia

Para que el traslado de un sentenciado proceda es necesario atender los aspectos siguientes:

- Naturaleza del delito.
- Punibilidad.
- Nacionalidad.
- Domicilio.
- Consentimiento.
- Sentencia.
- Duración de la pena.
- Tramitación.

Naturaleza del delito. El delito debe ser del orden común, por lo cual no debe ser político ni militar. En el primer caso no se autorizaría el traslado en atención a que los delitos políticos dan lugar al asilo. Tampoco procede el traslado de los militares porque están sujetos a un régimen especial.

Punibilidad. Con fundamento en el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*, la conducta punible debe ser típica en ambos Estados, ya que, de no ser así, se prestaría a un fraude a la ley.

Nacionalidad. La persona a quien haya de trasladar debe ser nacional del Estado al cual se le trasladará; de lo contrario, el objetivo de favorecer la rehabilitación del delincuente no se lograría.

Domicilio. Es un atributo de la personalidad y un punto de vinculación con el territorio, en tal sentido podría presentarse la situación de que el reo viviera en un país distinto del de su nacionalidad, en cuyo caso procedería enviarlo al país de su domicilio por estar identificado con él, lo cual facilitaría su readaptación.

Consentimiento. Es un requisito de existencia para llevar a efecto el traslado. El reo debe dar su consentimiento y manifestarlo en la forma que disponga la ley del lugar donde fue sentenciado. Éste es un requisito *sui generis*, ya que el consentimiento del reo es determinante para efectuar el traslado. En el supuesto de no querer ser trasladado, los Estados deberán respetar tal decisión.¹⁰

¹⁰ El consentimiento del reo para ser trasladado se encuentra en el tratado entre México y España. Algunos Tratados de ejecución de sentencias penales exigen también el consentimiento de los Estados, como ocurre en el de Estrasburgo.

Sentencia. Es la resolución judicial que da fin a un conflicto o litigio.

Duración de la pena. El traslado sólo procederá si la sanción es de un mínimo de seis meses; si la sanción fuera menor, no valdría la pena realizar los trámites necesarios para el traslado; sin embargo, en casos muy especiales la pena puede ser inferior a los seis meses.

Tramitación. El traslado de un sentenciado debe solicitarse formalmente por cualquiera de los Estados, por el reo o por su representante. La solicitud debe ser por escrito y por vía diplomática; generalmente el trámite se realiza mediante la autoridad central.

6.8.4 Garantías del reo y del inimputable

Los sujetos contemplados en el tratado pueden ser el imputable sujeto a una sanción o el inimputable, a quien se le impuso una medida de seguridad. A ambos se les debe informar del derecho que tienen a ser trasladados, así como a conocer el resultado de los trámites. Asimismo, el inimputable debe estar representado. De acuerdo con el tratado, será necesario el consentimiento de las personas que lo representen y en su caso de los Estados.

La sentencia del país trasladante se debe respetar en todos sus términos, de tal forma que si la ley del Estado sentenciador les otorga beneficios, éstos habrá de cumplirlos el Estado receptor, aun cuando la legislación de éste no los contemple.

6.8.5 Derechos y obligaciones de los Estados parte

El Estado donde se cometió el delito y el Estado del que es nacional el delincuente o donde el reo tiene su domicilio están obligados a informarle acerca del derecho a ser trasladado.

Una vez trasladado el reo, el Estado receptor tiene la obligación de someterse y cumplir el principio de plenitud de jurisdicción, lo cual significa que debe:

- Acatar y ejecutar la sentencia en todos sus términos.
- Tomar todas las medidas necesarias para el total cumplimiento de la sentencia.
- Respetar la jurisdicción exclusiva del Estado trasladante.
- Cumplir con los beneficios que el Estado trasladante determine, los cuales pueden consistir en indulto, amnistía, conmutación o disminución de la pena.

- Recoger al sentenciado en el lugar convenido y;
- Pagar los gastos del traslado.

6.8.6 Derecho aplicable

Este punto es relevante para el derecho internacional privado. El problema del derecho aplicable lo resuelve el tratado mediante una serie de reglas que señalan cuál derecho habrá de aplicarse. En tal sentido, cada Estado se compromete a tomar las medidas legislativas necesarias para implementar el tratado en su derecho interno a fin de que surtan efecto en su territorio las sentencias dictadas en el extranjero.

De lo anterior se colige que si bien el Estado receptor debe acatar la sentencia extranjera en todos sus términos, tendrá que tomar las medidas legislativas necesarias o establecer los procedimientos adecuados para que la sentencia surta plenamente sus efectos. En consecuencia, el acto específico de la ejecución de la sentencia en cuanto a forma y procedimiento será de acuerdo con el derecho del Estado receptor, en cuyo caso se aplicará el principio *lex loci executionis*. A su vez, en el aspecto material o sustantivo, deberá ajustarse en su totalidad al derecho del Estado trasladante, por lo que se aplicará el principio *lex loci commissi delicti*, que da lugar a la aplicación del principio de plenitud de jurisdicción.

6.8.7 Vinculación con el Estado trasladante

En el *Tratado de Ejecución de Sentencias con España*, el Estado receptor se halla plenamente vinculado con la sentencia, por ello, no puede modificar la sanción o medida de seguridad impuestas. La obligación de no hacer del Estado receptor significa que no puede modificar la situación jurídica del sentenciado; así, aun cuando conforme a su derecho pudiera proceder la conmutación, disminución o extinción de la pena, no le está permitido disponerlo. En el caso contrario ocurriría lo mismo, lo cual significa que aun cuando en el Estado receptor no existiesen los beneficios del derecho extranjero, en el supuesto de que el Estado trasladante notificara su aplicación al Estado receptor, éste tendría que acatarlos. De acuerdo con esto, el Estado trasladante tiene plenitud de jurisdicción.

UNIDAD 7

Los extranjeros en cuanto a sus bienes

7.1 Capacidad de los extranjeros para adquirir bienes

El estudio de los extranjeros en cuanto a sus bienes conlleva la necesidad de recordar que hay bienes muebles e inmuebles, la adquisición de los primeros parece no presentar problema alguno, pero pueden surgir conflictos cuando se trata de los segundos. En México todo extranjero tiene libertad para adquirir bienes inmuebles; pese a tal principio, hay toda una regulación cuando se trata de determinados bienes raíces.

7.2 Derecho aplicable a los extranjeros en relación con los inmuebles

Estudiar a los extranjeros respecto a la adquisición de bienes inmuebles en México conduce a las normas constitucionales y a la *Ley de Inversión Extranjera*.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El art 27 fracc I de la Constitución establece:

- I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.*

La fracc I del art 27 es muy clara en las últimas líneas: está absolutamente prohibido a los extranjeros adquirir bienes en la conocida tradicionalmente como franja prohibida; sin embargo, pueden adquirirlos en cualquier otra parte del territorio con la condición de que, en el supuesto de existir un conflicto por tales bienes, los extranjeros deberán considerarse nacionales y como cualquier mexicano acudir a los tribunales nacionales. De ignorar esta disposición, el extranjero violaría la obligación contractual adquirida, cuya consecuencia sería la pérdida del bien en beneficio del Estado mexicano.

El origen histórico de dicha prohibición es la pérdida del territorio mexicano, como resultado de haber permitido el asentamiento de colonos norteamericanos en el espacio colindante con Estados Unidos, los cuales decidieron y lograron la separación de Texas del territorio de México para adherirlo al país del norte. A este problema se sumó la constante intervención del país beneficiado con la anexión, so pretexto de proteger a sus nacionales.

7.3 Cláusula Calvo

El párrafo constitucional transcrito con las limitaciones para adquirir bienes inmuebles en 100 km en las fronteras y 50 km en las playas se conoce como *Cláusula Calvo*, aprobada por unanimidad de 150 votos el 30 de enero

de 1917, la víspera de la clausura del Constituyente.¹ Con esta cláusula, el maestro Sepúlveda dice:

Calvo hizo notar con precisión que uno de los más socorridos pretextos para que las potencias interviniesen en los asuntos del Nuevo Mundo eran las quejas relacionadas con la falta de protección al interés extranjero, excusa que se usaba siempre para la conquista territorial y el despojo. Este jurista, de la independencia e igualdad de los Estados, dedujo la proposición de que los extranjeros tenían derecho a un tratamiento de la misma naturaleza que el de los nacionales, pero no mejor, y que en tanto que las instituciones de justicia locales estaban abiertas a ellos sobre las mismas bases que a los nacionales, no había pie para una queja internacional, de consecuencias tan peligrosas, más cuando se notaba que una reclamación por una pretendida denegación de justicia o maltrato a un nacional de otro país no se detenía en la obtención de dicha justicia, sino que iba mucho más lejos.²

Carlos Calvo declaró en apoyo de su doctrina:

... es cierto que los extranjeros que se establecen en un país tienen el mismo derecho a la protección que los nacionales, pero no deben reclamar una protección más amplia. Si sufren algún daño, deben contar con el gobierno del país donde residen y al que pertenecen los autores de la violencia y no reclamar más.³ La norma que se ha tratado de imponer en más de un caso, en los Estados americanos es que los extranjeros merecen más consideraciones y privilegios más marcados y más amplios que los concedidos a los nacionales del país donde residen.

La declaración del jurista argentino es una manifestación del derecho a la no intervención extranjera que debe tener todo Estado. En cumplimiento de la Cláusula Calvo, el derecho mexicano respeta a los extranjeros, quienes si bien —como toda persona— deben tener los mismos derechos que los nacionales, no pueden disfrutar de mayores privilegios que los oriundos del país.

7.4 Ley de Inversión Extranjera

La inversión extranjera es el medio por el cual los extranjeros ingresan capital a México, que puede dedicarse a la compra de bienes para uso personal,

¹ Cfr Felipe Tena Ramírez, *Leyes fundamentales de México 1808-1982*, 11a ed, Editorial Porrúa, México, 1982, pág 816.

² César Sepúlveda Gutiérrez, *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la Cláusula Calvo*, Tesis recepcional para obtener el grado de licenciado en derecho, Facultad de Derecho de la UNAM, México, 1944, pág 45.

³ Ibidem, pág 15.

como la adquisición de bienes muebles o de inmuebles. Respecto a la compra de muebles, parece que no hay problema; por lo que toca a la compra de inmuebles, ésta puede ser con diferente objetivo, como adquirirlo para habitarlo o para obtener beneficios si se dedica a la industria, al comercio o a la prestación de servicios. Otra forma de inversión es traer capital extranjero a México con el único fin de percibir intereses. Cada una de las situaciones mencionadas la regula principalmente la *Ley de Inversión Extranjera*, cuya vigencia inició el 27 de diciembre de 1993, por lo que será necesario analizarla. El art 1o de dicha ley establece:

Artículo 1o. *La presente ley es de orden público y de observancia general en toda la República. Su objeto es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional.*

De este dispositivo se desprende con toda claridad que el objetivo de aceptar inversión extranjera es propiciar el desarrollo nacional. En este sentido, la *Ley de Inversión Extranjera* regula la adquisición de bienes inmuebles tanto cuando están dedicados a uso residencial como cuando se destinan a un fin lucrativo.

7.4.1 Adquisición de bienes inmuebles por los extranjeros

En cumplimiento del principio de igualdad establecido en el art 1o constitucional, los extranjeros —como ya se dijo— pueden adquirir bienes inmuebles en cualquier parte del territorio nacional siempre que se sujeten a la Cláusula Calvo, la cual establece como único requisito que, en caso de conflicto respecto de tales bienes, deberán considerarse nacionales y someter la controversia a los tribunales internos; de lo contrario, perderán los bienes en beneficio del Estado. Además de esta condición, la Carta Magna impone dos limitaciones a los extranjeros, al establecer que por ningún motivo podrán adquirir inmuebles en una franja de 50 km en las playas y de 100 km en las fronteras; estos espacios tradicionalmente se denominan *franja prohibida*. Esta prohibición se dirige tanto a las personas físicas como a las jurídicas.

7.4.2 Artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera

Es importante destacar el art 10 de la *Ley de Inversión Extranjera*, a saber:

Artículo 10. *De conformidad con lo dispuesto por la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros o que hayan celebrado el convenio a que se refiere dicho precepto, podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles en el territorio nacional.*

Este párrafo plantea dos supuestos el primero alude a sociedades con cláusula de exclusión de extranjeros, en cuyo caso no hay problema alguno ya que se trataría de sociedades totalmente mexicanas.

En cuanto al segundo supuesto, la ley dispone:

... o que hayan celebrado el convenio a que se refiere dicho precepto, podrán adquirir bienes inmuebles en dicho territorio.

De lo expuesto se deduce la posibilidad de que haya: Sociedades mexicanas con socios extranjeros, en cuyo caso éstos tendrán que celebrar el convenio por el cual se comprometan a considerarse mexicanos y recurrir a los tribunales nacionales en el supuesto de surgir un conflicto relacionado con los bienes adquiridos, y también el compromiso de no acudir a la protección de su país, so pena de perder los bienes en beneficio del Estado mexicano. La protección de su país sólo podrán solicitarla después de agotar todas las instancias procesales internas y procederá únicamente por el rechazo en la impartición de justicia o por su denegación.

A su vez, el párr del art 10 de la *Ley de Inversión Extranjera* establece:

En el caso de las sociedades en cuyos estatutos se incluya el convenio previsto en la fracción I del artículo 27 constitucional se estará a lo siguiente:

- I. *Podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles en la zona restringida, destinados a la realización de actividades no residenciales, debiendo dar aviso de dicha adquisición a la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de los sesenta días hábiles siguientes a aquél en que se realice la adquisición, y*
- II. *Podrán adquirir derechos sobre bienes inmuebles en la zona restringida, que sean destinados a fines residenciales, de conformidad con las disposiciones del capítulo siguiente.*

La trascendencia de este artículo requiere un análisis.

7.4.3 Anticonstitucionalidad del artículo 10 de la Ley de Inversión Extranjera

Recuérdese que la fracc I del art 27 de la Constitución contiene dos supuestos; el primero dispone:

Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones Exteriores en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.

Esta primera parte admite la adquisición de tierras y aguas a dos clases de sujetos:

- Personas físicas.
- Sociedades que son personas jurídicas.

Respecto a las personas físicas, la Constitución admite que pueden ser:

- Mexicanas por nacimiento.
- Mexicanas por naturalización.
- Extranjeras.

En cuanto a las sociedades, procede decir lo mismo: pueden ser mexicanas o extranjeras. En el supuesto de ser extranjeras, deben cumplir con la Cláusula Calvo, lo cual significa que habrán de asumir el compromiso formal ante la Secretaría de Relaciones Exteriores de considerarse nacionales y recurrir a los tribunales internos ante el supuesto de surgir un conflicto en relación con las tierras, aguas o minas. En el mismo párrafo, la Constitución dispone:

... En una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.

Este segundo supuesto contiene una prohibición absoluta dirigida a los extranjeros, quienes *por ningún motivo* podrán adquirir tierras y aguas en las dimensiones señaladas. La prohibición constitucional es absoluta, contundente y tajante; sin embargo, la *Ley de Inversión Extranjera* la viola totalmente al transformar la franja prohibida en franja restringida y dispone al respecto:

- I. Podrán adquirir el dominio de bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, destinados a la realización de actividades no residenciales, debiendo dar aviso de dicha adquisición a la Secretaría de Relaciones Exteriores, dentro de los sesenta días hábiles siguientes a aquél en que se realice la adquisición.

Es notoria la violación constitucional por la *Ley de Inversión Extranjera*, al permitir a los extranjeros adquirir el dominio de tierras y aguas en la zona prohibida, zona que indebidamente denomina *restringida*. Adquirir el dominio significa tener disposición del bien, lo cual implica tener la propiedad.

A la anterior anticonstitucionalidad se suma la facilidad para adquirir los bienes, pues bastará con dar aviso de la adquisición a la Secretaría de Relaciones Exteriores. De esta forma se elimina el control que el Estado debe ejercer en la zona prohibida.

Respecto a los inmuebles con fines residenciales en la zona prohibida, la fracc II del art 10 de dicha ley dispone:

Podrán adquirir derechos sobre bienes inmuebles en la zona restringida, que serán destinados a fines residenciales, de conformidad con las disposiciones del capítulo siguiente.

En este punto hubiera sido muy importante determinar qué debe entenderse por fin residencial, pues la ley se refiere en el capítulo siguiente a los "Fideicomisos sobre bienes inmuebles en la zona restringida", sin aludir directamente a los inmuebles con fines residenciales, ya que fundamentalmente se refiere a las sociedades. Al efecto, el art 11 establece:

Se requiere permiso de la Secretaría de Relaciones Exteriores para que instituciones de crédito adquieran como fiduciarias, derechos sobre bienes inmuebles ubicados dentro de la zona restringida, cuando el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos, y los fideicomisarios sean:

- I. Sociedades mexicanas sin cláusula de exclusión de extranjeros en el caso previsto en la fracción II del artículo 10 de esta ley; y
- II. Personas físicas o morales extranjeras.

La fracc II del art 11 parece resolver de forma muy velada el problema de los inmuebles con fines residenciales al referirse a las personas físicas o morales extranjeras. A su vez, el art 5o del *Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera* resuelve el problema de los inmuebles con fines residenciales ubicados en la zona restringida, al disponer:

De la adquisición de bienes inmuebles

Artículo 5. Para efectos de lo establecido en el Título Segundo de la Ley, bien inmueble con fines residenciales es aquél destinado exclusivamente a vivienda para uso del propietario o de terceros.

De manera enunciativa pero no limitativa, se consideran bienes inmuebles destinados a la realización de actividades no residenciales:

- I. Los que se destinen a tiempo compartido;
- II. Los destinados a alguna actividad industrial, comercial o turística y que de manera simultánea sean utilizados para fin residencial;
- III. Los adquiridos por instituciones de crédito, intermediarios financieros y organizaciones auxiliares del crédito, para la recuperación de adeudos a su favor que se deriven de operaciones propias de su objeto;
- IV. Los que se utilicen por personas morales para el cumplimiento de su objeto social, consistente en la enajenación, urbanización, construcción, fraccionamiento y demás actividades comprendidas en el desarrollo de proyectos inmobiliarios, hasta el momento de su comercialización o venta a terceros; y
- V. En general, los bienes inmuebles destinados a actividades comerciales, industriales, agrícolas, ganaderas, pesqueras, silvícolas y de prestación de servicios.

En caso de duda respecto de si un inmueble se considera destinado a la realización de actividades residenciales, la Secretaría de Relaciones Exteriores resolverá la consulta respectiva en un plazo que no exceda de diez días hábiles. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá que en el inmueble de que se trate se realizan actividades no residenciales.

En el supuesto de que hubiere duda respecto a los bienes con fines residenciales, la ley lo resuelve en el último párr al disponer que la Secretaría de Relaciones Exteriores, mediante consulta, determinará la naturaleza del bien inmueble.

En cuanto al fideicomiso es importante destacar que el art 11 se refiere a lo siguiente:

.... el objeto del fideicomiso sea permitir la utilización y el aprovechamiento de tales bienes sin constituir derechos reales sobre ellos...

Nótese que la norma se refiere a la utilización y aprovechamiento de los bienes y aclara que tales situaciones no deben constituir derechos reales. Pese a esta prohibición, el art 12 de la ley define lo que debe entenderse por utilización y aprovechamiento de los inmuebles en la zona restringida, al efecto dispone:

Artículo 12. Se entenderá por utilización y aprovechamiento de los bienes inmuebles ubicados en la zona restringida, los derechos al uso o goce de los mismos, incluyendo en su caso, la obtención de frutos, productos y, en general, cualquier rendimiento que resulte de la operación y explotación lucrativa, a través de terceros o de la institución fiduciaria.

Nótese la supina ignorancia jurídica del legislador al determinar que no se constituirán derechos reales en los fideicomisos; además, permite el uso y goce del bien, así como la disposición de los frutos, productos y rendimientos. Con ello, el legislador facilita el uso y el usufructo del bien, ambos como derechos reales.

La *Ley de Inversión Extranjera*, disposición tras disposición, lejos de prevenir o evitar conflictos los crea al determinar que el fideicomiso durará 50 años, salvo que el interesado solicite la prórroga, la cual carecerá de límite si se autoriza.

A lo anterior se añade la violación al art 80 constitucional al incluir la *Ley de Inversión Extranjera* la afirmativa ficta. Dicha situación, además de anticonstitucional, propicia el incumplimiento del servidor público al dar por resuelta una situación sin haber estudiado su procedencia. Sólo como ejemplo de la afirmativa ficta se transcribe el art 16A:

Las solicitudes a que se refieren los artículos 15 y 16 de esta ley deberán ser resueltas por la Secretaría de Economía, dentro de los dos días hábiles inmediatos siguientes al de su presentación.

Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada la solicitud respectiva.

La pregunta es: ¿cómo es posible que si se solicita un permiso, éste se conceda mediante la afirmativa ficta? Resulta de elemental lógica jurídica que se debe solicitar un permiso, lo cual obedece a que para obtenerlo han de satisfacerse los requisitos que la ley determine. En consecuencia, resulta inverosímil que la autoridad, sin constatar el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos, conceda el permiso sólo por el simple transcurso de cinco días sin dar respuesta; en otras palabras, por simple prescripción otorga un permiso.

Del breve análisis realizado acerca de la *Ley de Inversión Extranjera* únicamente puede concluirse que el legislador no sólo desconoce la historia de México y la pérdida de su territorio, sino además con la afirmativa ficta apoya la abulia y desinterés en el cumplimiento del trabajo de los servidores públicos. Así, autoriza que la solicitud de un permiso se conceda favorablemente por el solo hecho de que el funcionario no dé respuesta a dicha solicitud en los cinco días establecidos en la ley.

7.5 Artículo 10A de la Ley de Inversión Extranjera

Como complemento del art 10 se incluyó el art 10A, que a la letra dispone:

Los extranjeros que pretendan adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida, u obtener concesiones para la exploración y explotación de minas y aguas en el territorio nacional, deberán presentar previamente ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y obtener el permiso correspondiente de dicha dependencia.

En este punto, el párr quinto del art 10A establece:

La Secretaría de Relaciones Exteriores podrá determinar, mediante acuerdos generales que se publicarán en el Diario Oficial de la Federación supuestos en los que los extranjeros, para tener el derecho a que se refiere este artículo, sólo deberán presentar ante dicha dependencia un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 constitucional, sin requerir el permiso correspondiente de dicha dependencia.

Con fundamento en este párrafo, la Secretaría de Relaciones Exteriores publicó en el DOF el 2 y 11 de mayo de 1998 dos acuerdos que, so pretexto de agilizar los trámites, eliminaron el requisito del permiso y lo transformaron en un simple aviso. Al efecto se transcriben los acuerdos:

Único. *Los nacionales de aquellos países con los que los Estados Unidos Mexicanos sostienen relaciones diplomáticas podrán beneficiarse de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 10A de la Ley de Inversión Extranjera, por lo que únicamente deberán presentar ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto en la fracción I del artículo 27 constitucional para adquirir bienes inmuebles fuera de la zona restringida.*

Este acuerdo se refiere a las tierras y aguas y textualmente dispone:

Los nacionales de aquellos países con los que los Estados Unidos Mexicanos sostienen relaciones diplomáticas podrán beneficiarse de lo dispuesto por el último párrafo del artículo 10A de la Ley de Inversión Extranjera, por lo que únicamente deberán presentar ante la Secretaría de Relaciones Exteriores un escrito en el que convengan lo dispuesto por la fracción I del artículo 27 Constitucional, con el objeto de obtener concesiones para la exploración y explotación de minas y aguas en el territorio nacional.

Nótese que dicho acuerdo abarca bienes de la nación.

UNIDAD 8

Los extranjeros y sus inversiones

Se aclara que, dada la actual discusión en el Congreso acerca de la inversión extranjera, tal vez este capítulo quede obsoleto; sin embargo, se deja tal como está en la inteligencia de que se corregirá cuando se publiquen las reformas constitucionales. El concepto *inversión* se refiere en términos económicos a la aplicación del capital en proyectos planeados a largo plazo con la finalidad de generar beneficios y multiplicar el capital inicial. La inversión puede ser nacional o extranjera y siempre la realizan personas físicas o jurídicas; en tal sentido, ambas están reguladas. Estudiar la inversión extranjera exige analizar el régimen jurídico aplicable, por lo cual se iniciará con la Constitución y se continuará con la *Ley de Inversión Extranjera*.

8.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La inversión nacional está permitida con el fin de lograr el desarrollo del país; en tal sentido, la CPEUM señala en los arts 25, 27 y 28 el régimen de

la inversión. De acuerdo con esto, los párrs tercero, cuarto, quinto y octavo del art 25* establecen:

Párrs tercero, cuarto y quinto:

Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.

El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el Gobierno Federal la propiedad y el control sobre los organismos que en su caso se establezcan.

Asimismo, podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar los áreas prioritarias del desarrollo.

El párr octavo establece:

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

De los párrafos transcritos se deduce que en el desarrollo nacional participan tres sectores: público, social y privado.

Igualmente, hay tres áreas de la producción económica nacional: estratégica, prioritaria y las demás.

8.1.1 Sector público

El sector público es el Estado, como lo determina claramente el párr segundo del art 25 constitucional, que dispone:

El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional, y llevará a cabo la regulación y el fomento de las actividades que demanden el interés general en el marco de las libertades que otorga esta Constitución.

Al sector público se le atribuye exclusivamente, por mandato constitucional, explotar el área estratégica como lo determina el párr cuarto del art 28, que a la letra expone:

* Véase reformas en el numeral 8.6.1.

No constituirán monopolios las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva en las siguientes áreas estratégicas: correos, telégrafos y radiotelegrafía; petróleo y los demás hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radiactivos y generación de energía nuclear, electricidad y las actividades que expresamente señalen las leyes que expida el Congreso de la Unión.

El párr séptimo señala también como actividad estratégica y, por tanto, exclusiva del Estado la acuñación de moneda y la emisión de billetes.

De acuerdo con lo expuesto, el sector público tiene a su cargo el desarrollo del país mediante el control del área estratégica que abarca los rubros señalados en el art 28 constitucional.

8.1.2 Sector social

La intervención del sector social se define en el párr séptimo del art 25, que determina:

La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritariamente o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.

Acorde con lo transcrito, el sector social podrá participar en la producción y desarrollo nacional en las áreas prioritarias.

8.1.3 Sector privado

En el sector privado se incluyen las personas físicas y las empresas que no forman parte del sector social. El párr octavo del art 25 determina con precisión el sector privado:

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, en los términos que establece esta Constitución.

En esta secuencia queda claro que tanto el sector privado como el social pueden participar en el área prioritaria, la cual se especifica en el párr cuarto del art 28 constitucional, que dispone:

... la comunicación vía satélite y los ferrocarriles son áreas prioritarias para el desarrollo nacional en los términos del artículo 25 de esta Constitución; el Estado, al ejercer en ellas su rectoría, protegerá la seguridad y la soberanía de la Nación, y al otorgar concesiones o permisos mantendrá o establecerá el dominio de las respectivas vías de comunicación de acuerdo con las leyes de la materia.

De lo anterior se concluye que, salvo las limitaciones expuestas, los particulares pueden invertir sus recursos económicos en las áreas prioritarias y les está vedado únicamente el sector estratégico; sin embargo, el párr sexto del art 25 establece:

Bajo criterios de equidad social y productividad, se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolas a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

De este párrafo se deriva la facultad del Estado para imponer modalidades que deben encontrarse en la ley. Como se ha señalado, la Constitución determina la participación del sector social y privado en el desarrollo de la economía nacional mediante la inversión de capitales, con el fin de producir bienes o prestar servicios que aumenten la riqueza del país y también beneficien al inversionista.

Es necesario destacar que la Constitución únicamente se refiere en los artículos transcritos a la inversión de particulares sin establecer distinción alguna respecto a la nacionalidad de quienes participan, lo cual llevaría a concluir que el sector privado o, en otras palabras, los particulares pueden ser tanto mexicanos como extranjeros. Esta conclusión que parece lógica de acuerdo con el principio de que donde la ley no distingue no se debe distinguir, sería aplicable de no existir una *Ley de Inversión Extranjera*.

8.2 Antecedentes de la Ley de Inversión Extranjera

Con la idea de que la inversión extranjera incluyera áreas de la producción que México no tenía, se pensó en alentarla para que de forma complementaria contribuyera al desarrollo del país. Paralelamente se creó el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, cuyo objetivo era otorgar becas en todos los campos del conocimiento y enviar a los becarios a los países más desarrollados con el fin de obtener los conocimientos de los que se careciera en

México. Con este ideal surgió en 1973 la *Ley para promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera*.

En la ley de 1973 se protegía la riqueza natural del país con fundamento en la Constitución y se marcaban límites a la inversión extranjera, por lo que la producción y explotación de los recursos naturales, la manufactura de bienes y la prestación de servicios se dividía en las áreas siguientes:

- Estratégica, que correspondía totalmente al Estado.
- Prioritaria, dedicada exclusivamente a los mexicanos.
- Social, en la que podían participar los extranjeros, con una inversión máximo de 49 por ciento.

Veinte años después, el 27 de diciembre de 1993 se inició un cambio, en el que poco a poco el área estratégica ha disminuido y en el área prioritaria se admite la inversión extranjera.

8.3 Ley de Inversión Extranjera de 1993

Al inicio de este capítulo se dijo que por inversión se entiende la aportación de capital en la producción de bienes o en la prestación de servicios, con el fin de propiciar el desarrollo. De acuerdo con esto, el 27 de diciembre de 1993 se publicó la *Ley de Inversión Extranjera*, cuyo art 1o establece:

Artículo 1o. *La presente Ley es de orden público y de observancia general en toda la República. Su objeto es la determinación de reglas para canalizar la inversión extranjera hacia el país y propiciar que ésta contribuya al desarrollo nacional.*

De dicho artículo se infiere que el objetivo fundamental de la inversión extranjera es propiciar el desarrollo nacional y, por supuesto, que el inversionista reciba beneficios.

8.3.1 Objeto de la inversión extranjera

Los objetivos que se han invocado para recurrir a la inversión extranjera son los siguientes:

- Ser complementaria de la inversión nacional.
- Dirigirla a nuevas actividades o industrias.

- Ser capital minoritario.
- Crear fuentes de trabajo.
- Capacitar a los nacionales en nuevos campos de la producción.
- Desarrollar al país con nuevas tecnologías.

Sin duda, la inversión extranjera puede aportar beneficios tanto para el país receptor como para el Estado del que proviene; sin embargo, para ello sería necesario someterla a un régimen fiscal justo según el capital aportado y la ganancia obtenida, a la vez que se deben crear normas que las controlen. Ahora cabe plantear las preguntas siguientes:

8.3.2 ¿Cuándo hay inversión extranjera? y ¿quiénes la realizan?

Dar respuesta a dichas preguntas requiere determinar quiénes son los sujetos de la inversión y cómo pueden realizarla. En tal sentido, las fracciones II y III del art 2o de la ley dan la respuesta a la primera pregunta, a saber:

Artículo 2o. Por inversión extranjera se entenderá:

[...]

II.

- a) La participación de inversionistas extranjeros en cualquier proporción en el capital social de sociedades mexicanas;
- b) La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero; y
- c) La participación de inversionistas extranjeros en las actividades y actos contemplados en esta Ley.

De lo transcrito se concluye que, de acuerdo con el art 2 fracc II incs a) y b), hay inversión extranjera en dos supuestos: cuando, a pesar de ser una sociedad mexicana, la aportación de capital extranjero sea social sin importar su cuantía y cuando el capital extranjero sea mayoritario.

Cabe aquí referirse al art 8o de la *Ley de Nacionalidad*, que atribuye la nacionalidad mexicana a las personas jurídicas sólo con dos requisitos:

- Constituirse conforme al derecho mexicano; y
- Establecer su domicilio en México.

De acuerdo con dicho artículo, los extranjeros pueden constituir una sociedad mexicana sólo con satisfacer los requisitos de la *Ley de Sociedades*

Mercantiles y establecer su domicilio en México. En este dispositivo no se exige requisito alguno en cuanto al capital social; por ello, una sociedad mexicana en cualquiera de los supuestos mencionados será jurídicamente mexicana porque satisface los requisitos del art 8o de la *Ley de Nacionalidad* y fácticamente será extranjera debido a que el capital extranjero tendrá el control de la sociedad, como se desprende de los incs a y b de la fracc II del art 2o de la *Ley de Inversión Extranjera*.

La segunda pregunta, relativa a quién realiza la inversión, la responde la fracc III del art 2o al aclarar quién es el inversionista:

III. *Inversionista extranjero es la persona física o moral de nacionalidad distinta de la mexicana y las entidades extranjeras sin personalidad jurídica.*

Esta fracción contempla dos clases de inversionistas: La persona física o moral distinta de la mexicana. Este supuesto es totalmente claro. El segundo supuesto es el que se debe analizar. La ley alude a las entidades extranjeras sin personalidad jurídica.

Ante esto surgen dos preguntas: ¿cuáles son las entidades extranjeras sin personalidad jurídica? y ¿dónde no tienen personalidad jurídica?

En la legislación mexicana, la personalidad jurídica de las sociedades se encuentra en la *Ley de Sociedades Mercantiles*, de tal forma que toda sociedad establecida en México y constituida de acuerdo con un ordenamiento legal distinto de la *Ley de Sociedades Mercantiles* deberá ser extranjera; por tanto, carecerá de personalidad por no satisfacer ninguno de los supuestos de la *Ley de Sociedades Mercantiles*. Sin embargo, es necesario recordar que quien reconoce y da personalidad jurídica a estas entidades extranjeras es la *Ley de Inversión Extranjera*.

Por lo anterior, las entidades extranjeras sin personalidad jurídica, al ser reconocidas en la *Ley de Inversión Extranjera*, pueden operar en México; para ello, sólo tendrán que presentar su acta constitutiva, inscribirse en el Registro Público de Comercio y cumplir los requisitos del art 27 constitucional, como lo disponen los arts 250 y 251 de la *Ley General de Sociedades Mercantiles* y el art 9o de la *Ley de Nacionalidad*, relacionados con los numerales 17 y 17A de la *Ley de Inversión Extranjera* y el 2736 del *Código Civil Federal*, normas que se transcriben a continuación:

Artículo 250. *Las sociedades extranjeras legalmente constituidas tienen personalidad jurídica en la República.*

Artículo 251. *Las sociedades extranjeras sólo podrán ejercer el comercio desde su inscripción en el Registro.*

El registro de las sociedades extranjeras exige el cumplimiento de los requisitos señalados en los arts 2736 del *Código Civil Federal*, 17 y 17A de la *Ley de Inversión Extranjera*. En tal sentido, se transcriben las normas invocadas.

Artículo 2736. *La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y función de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.*

En ningún caso el reconocimiento de la capacidad de una persona moral extranjera excederá a la que le otorgue el derecho conforme al cual se constituyó.

Artículo 17. *Sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte, deberán obtener autorización de la Secretaría:*

- I. Las personas morales extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en la República, y
- II. Las personas a que se refiere el artículo 2736 del *Código Civil* para el Distrito Federal en materia común, y para toda la República en materia federal, que pretendan establecerse en la República y que no estén reguladas por leyes distintas a dicho *Código*.

Artículo 17A. *La autorización a que se refiere el artículo anterior, se otorgará cuando se cumplan los siguientes requisitos:*

- a) Que dichas personas comprueben que están constituidas de acuerdo con las leyes de su país;
- b) Que el contrato social y demás documentos constitutivos de dichas personas no sean contrarios a los preceptos de orden público establecidos en las leyes mexicanas, y
- c) En el caso de las personas a que se refiere la fracción I del artículo anterior, que se establezcan en la República o tengan en ella alguna agencia o sucursal; o, en el caso de las personas a que se refiere la fracción II del artículo anterior, que tengan representante domiciliado en el lugar donde van a operar, autorizado para responder de las obligaciones que contraigan.

Toda solicitud que cumpla con los requisitos mencionados, deberá otorgarse dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de su presentación. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada.

La Secretaría deberá remitir a la Secretaría de Relaciones Exteriores una copia de las solicitudes y de las autorizaciones que otorgue con base en este artículo.

8.4 Interpretación del artículo 17 de la *Ley de Inversión Extranjera*

El profundo interés que se tiene en obtener inversión extranjera con base sólo en los posibles beneficios, sin reparar en los efectos negativos si no se tiene el debido control sobre ella, ha conducido a dar las máximas facilidades a los inversionistas. Con tal fin se emitió un criterio interpretativo del art 17 de la *Ley de Inversión Extranjera* el 8 de agosto de 2012. Dada la importancia del criterio, se incluye la circular textualmente:

Resolución General por la que se establece el criterio para la aplicación del artículo 17 de la Ley de Inversión Extranjera relativo al establecimiento de personas morales extranjeras en México.

Al margen un sello con el Escudo Nacional, que dice: Estados Unidos Mexicanos. Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras.

Resolución General por la que se establece el criterio para la aplicación del artículo 17 de la Ley de Inversión Extranjera, relativo al establecimiento de personas morales extranjeras en México.

La Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, en ejercicio de las atribuciones que le confiere el artículo 26, fracción IV de la *Ley de Inversión Extranjera*, y

CONSIDERANDO

Que conforme al artículo 17 de la *Ley de Inversión Extranjera* deberán obtener autorización de la Secretaría de Economía las personas morales extranjeras que pretendan realizar habitualmente actos de comercio en la República, así como las personas a que se refiere el artículo 2736 del *Código Civil Federal* que pretendan establecerse en la República y que no estén reguladas por leyes distintas a dicho *Código*;

Que el precepto aludido aplica sin perjuicio de lo establecido en los tratados y convenios internacionales de los que México sea parte;

Que, de conformidad con el artículo 13 del *Código de Comercio* los extranjeros serán libres para ejercer el comercio según lo que se hubiere convenido en los tratados con sus respectivas naciones;

Que conforme a lo establecido en el capítulo XI "Inversión del Tratado de Libre Comercio de América del Norte"; el capítulo 9 "Inversión del Tratado de Libre Comercio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos"; el capítulo XIII Inversión del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Costa Rica; el capítulo XVII de Inversión del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República de Colombia; el capítulo XVI de Inversión del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la

República de Nicaragua; el capítulo XIV del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y las Repúblicas de El Salvador, Guatemala y Honduras; el capítulo XIII Inversión del Tratado de Libre Comercio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay; el capítulo 7 Inversión del Acuerdo para el Fortalecimiento de la Asociación Económica entre los Estados Unidos Mexicanos y el Japón; y el capítulo XI Inversión del Acuerdo de Integración Comercial entre los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú; México se comprometió a otorgar a los inversionistas de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorga, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación, venta u otra disposición de las inversiones;

Que la autorización a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Inversión Extranjera es un requisito que aplica únicamente a las personas morales extranjeras en la fase del establecimiento;

Que la eliminación de la citada autorización constituye una medida de simplificación regulatoria que favorece las condiciones para hacer negocios en el país, y

Que mediante opinión por escrito de los integrantes de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras se tuvo a bien emitir la siguiente:

Resolución General por la que se establece el criterio para la aplicación del artículo 17 de la Ley de Inversión Extranjera, relativo al establecimiento de personas morales extranjeras en México.

Primero. Las personas morales extranjeras constituidas de conformidad con las leyes de los Estados Unidos de América, Canadá, República de Chile, República de Costa Rica, República de Colombia, República de Nicaragua, República de El Salvador, República de Guatemala, República de Honduras, República Oriental del Uruguay, Japón y República del Perú, no están obligadas a obtener la autorización a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Inversión Extranjera, siempre y cuando presenten, a través de su representante legal o apoderado, un escrito bajo protesta de decir verdad en el que declaren que:

- (i) Su contrato social y demás documentos constitutivos no son contrarios al orden público, debiendo proporcionar la actividad principal que pretenden realizar en el territorio nacional, misma que deberá adecuarse a lo previsto por la Ley de Inversión Extranjera,
- (ii) Han sido constituidas de conformidad con las leyes de su país de origen,
- (iii) En el caso de las personas a que se refiere la fracción I del artículo 17 de la Ley de Inversión Extranjera, que dichas personas se establecerán en la República o tendrán en ella alguna agencia o sucursal, debiendo proporcionar el domicilio correspondiente, y
- (iv) En el caso de las personas a que se refiere la fracción II del artículo 17 de la Ley de Inversión Extranjera, que dichas personas tendrán representan-

te domiciliado en el lugar donde van a operar, autorizado para responder de las obligaciones que contraigan, debiendo proporcionar el nombre y domicilio correspondientes.

Segundo. Para efectos de la inscripción en el Registro Público de Comercio a que se refieren los artículos 24 del Código de Comercio y 251 de la Ley General de Sociedades Mercantiles, en lo que respecta a la autorización establecida en el artículo 17 de la Ley de Inversión Extranjera bastará con presentar el escrito referido, que contenga el sello y fecha de recepción, así como el folio correspondiente otorgado por la Secretaría de Economía.

Tercero. Esta Resolución General se emite únicamente para los fines señalados y sin perjuicio de lo dispuesto por las leyes y demás disposiciones jurídicas aplicables.

TRANSITORIO

Único. La presente Resolución General entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación.

Una vez enterado y analizado el contenido del proyecto de la "Resolución General por la que se establece el criterio para la aplicación del artículo 17 de la Ley de Inversión Extranjera relativo al establecimiento de personas morales extranjeras en México", que entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, en mi carácter de presidente de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, otorgo mi aprobación a dicha Resolución, en los términos planteados.

Atentamente:

México, D.F., a 14 de junio de 2012. El Presidente de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, Bruno Francisco Ferrari García de Alba. Rúbrica.

8.5 Áreas de producción y clases de inversión

Es importante recordar que, de acuerdo con la Constitución, las áreas de producción son las siguientes:

- La estratégica, que corresponde exclusivamente al Estado.
- La prioritaria, que está reservada a los mexicanos con cláusula de exclusión de extranjeros.
- La social, en la que pueden participar los extranjeros.

Según lo anterior, al Estado le está reservada en forma exclusiva la explotación de las áreas estratégicas:

8.5.1 Áreas estratégicas

El art 5o de la *Ley de Inversión Extranjera* determina que las áreas estratégicas son las siguientes:

- Petróleo y demás hidrocarburos.
- Petroquímica básica.
- Electricidad.
- Generación de energía nuclear.
- Minerales radiactivos.
- Telégrafos.
- Radiotelegrafía.
- Correos.
- Emisión de billetes.
- Acuñación de moneda.
- Control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos.
- Las demás que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.

El control que el Estado debe tener sobre dichas áreas obedece a diversas razones; en tal sentido, unas son exclusivas por resultar indispensables para el desarrollo del país, como ocurre con el petróleo, los hidrocarburos, la petroquímica básica, la electricidad, la energía nuclear y los minerales radiactivos.

Respecto a los telégrafos, la radiotelegrafía y los correos, por ser medios de comunicación debe controlarlos el Estado para evitar transmisiones que pongan en peligro la tranquilidad o la seguridad del país mediante la información de noticias falsas o indebidamente alarmantes; sin embargo, la tecnología como internet, el teléfono celular con todas sus funciones y la comunicación vía satelital, han hecho obsoletos los telégrafos, la radiotelegrafía y los correos.

Por lo que toca a la emisión de billetes y acuñación de moneda, constituyen actividades que manifiestan la soberanía de un Estado y, por tanto, le son exclusivas.

En cuanto al control, supervisión y vigilancia de puertos, aeropuertos y helipuertos deben estar absolutamente a cargo del Estado en atención a que, por ser vías de ingreso y salida de personas y bienes, constituyen un medio de control que permite preservar la seguridad nacional.

8.5.2 Áreas prioritarias

El área prioritaria está regulada en el art 6o de la *Ley de Inversión Extranjera* e incluye las actividades que sólo pueden realizar los mexicanos o las sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros. Esta limitación obedece a que son áreas cuyo desarrollo es tan determinante para el Estado que no pueden delegarse a extranjeros. En tal sentido, la ley establece:

Artículo 6o. *Las actividades económicas y sociedades que se mencionan a continuación, están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros:*

- I. *Transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga, sin incluir los servicios de mensajería y paquetería;*
- II. *Comercio al por menor de gasolina y distribución de gas licuado de petróleo;*
- III. *Servicios de radiodifusión y otros de radio y televisión, distintos de televisión por cable;*
- IV. *(Se deroga).*
- V. *Instituciones de banca de desarrollo, en los términos de la ley de la materia; y*
- VI. *La prestación de los servicios profesionales y técnicos que expresamente señalen las disposiciones legales aplicables.*

La importancia de estas actividades en el desarrollo del Estado se manifiesta en el último párr del art 6o, que expone terminantemente:

La inversión extranjera no podrá participar en las actividades y sociedades mencionadas en el presente artículo directamente, ni a través de fideicomisos, convenios, pactos sociales o estatutarios, esquemas de piramidación, u otro mecanismo que les otorgue control o participación alguna, salvo por lo dispuesto en el Título Quinto de esta Ley [el título quinto se refiere a la inversión neutra].

A pesar de prohibición tan contundente, establecida en la fracc I del art 6o de la *Ley de Inversión Extranjera*, en la que se reserva exclusivamente a los mexicanos el transporte terrestre de pasajeros, turismo y carga, tal disposición se nulifica totalmente con el artículo sexto transitorio, el cual preceptúa:

Artículo Sexto. *Están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o a sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros las actividades de transporte terrestre internacional de pasajeros, turismo y de carga entre pun-*

tos del territorio de México y el servicio de administración de centrales camioneras de pasajeros y servicios auxiliares.

Sin embargo, en las actividades mencionadas la inversión extranjera podrá participar de conformidad con las disposiciones siguientes:

- I. A partir del 18 de diciembre de 1995, hasta el 49% del capital social de las sociedades mexicanas;
- II. A partir del 1o de enero de 2001, hasta el 51% del capital social de las sociedades mexicanas; y
- III. A partir del 1o de enero de 2004, hasta el 100% del capital social de las sociedades mexicanas sin necesidad de obtener la resolución favorable de la Comisión.

Nótese que respecto a una actividad transportista, totalmente reservada a mexicanos o a sociedades mexicanas, la ley autoriza mediante un artículo transitorio que los extranjeros controlen la sociedad mexicana, debido a que al ser su inversión de 100% en el capital social, obviamente tendrán el dominio de la sociedad, por lo cual ésta sólo será mexicana de nombre. Aunado a lo anterior, el acta constitutiva de la sociedad tendría que modificarse mediante la eliminación de la cláusula de exclusión de extranjeros.

8.5.3 Área privada: inversión extranjera

En esta área de producción, la Carta Magna admite la inversión de los particulares tanto nacionales como extranjeros; en consecuencia, en este sector se ubica la inversión extranjera. De acuerdo con la ley, la inversión extranjera puede ser: directa, indirecta o neutra.

8.5.3.1 Inversión extranjera directa

Esta inversión se realiza mediante el establecimiento de empresas con capital extranjero, cuya inversión está dirigida a realizar actividades diversas, pero fundamentalmente produce bienes o presta servicios.

La inversión directa la llevan a cabo siempre particulares mediante personas físicas o jurídicas. Se considera que esta inversión resulta benéfica debido a que crea fuentes de trabajo, contribuye al desarrollo tecnológico, produce satisfactores que la sociedad requiere y genera ganancias, riqueza y ahorro.

La inversión extranjera directa se encuentra regulada en el art 7o de la ley, en la que puede participar por medio de diversos porcentajes: 10, 25 y 49.

Participación de 10%: los extranjeros pueden participar con una inversión de hasta 10% en sociedades cooperativas de producción. El art 7o de

la *Ley de Sociedades Cooperativas* complementa el régimen legal de los extranjeros respecto a su inversión, al disponer:

Artículo 7. El importe total de las aportaciones que los socios de nacionalidad extranjera efectúen al capital de las sociedades cooperativas, no podrá rebasar el porcentaje máximo que establece la *Ley de Inversión Extranjera*.

Los extranjeros no podrán desempeñar puestos de dirección o administración en las sociedades cooperativas, además de que deberán cumplir con lo preceptuado en la fracción I del artículo 27 Constitucional.

Nótese que hay dos limitaciones dirigidas a las sociedades cooperativas:

- En cuanto al capital extranjero, ya que esta inversión no podrá nunca exceder de 10 por ciento.
- Respecto a los extranjeros y cooperativistas, les están vedados los puestos de dirección y administración.

Participación de 25%: los extranjeros pueden participar hasta con 25% del capital social de la sociedad mexicana en:

- Transporte aéreo nacional.
- Transporte en aerotaxi.
- Transporte aéreo especializado.

Participación de hasta 49%: el art 7o de la ley dispone que está permitida la inversión extranjera hasta en 49% en las siguientes áreas económicas:

- Instituciones de seguros.
- Instituciones de fianzas.
- Casas de cambio.
- Almacenes generales de depósito.
- Sociedades a las que se refiere el art 12 bis de la *Ley del Mercado de Valores*.
- Administradoras de fondos para el retiro.
- Fabricación y comercialización de explosivos, armas de fuego, cartuchos, municiones y fuegos artificiales, sin incluir la adquisición y utilización de explosivos para actividades industriales y extractivas para el consumo de dichas actividades.
- Impresión y publicación de periódicos para circulación exclusiva en el territorio nacional.

- Acciones serie T de sociedades que tengan en propiedad tierras agrícolas, ganaderas y forestales.
- Pesca en agua dulce, costera y en la zona económica exclusiva sin incluir acuacultura.
- Administración portuaria integral.
- Servicios portuarios de pilotaje a las embarcaciones para realizar operaciones de navegación interior en los términos de la ley de la materia.
- Sociedades navieras dedicadas a la explotación comercial de embarcaciones para la navegación interior y de cabotaje, cruceros turísticos y la explotación de artefactos navales para la construcción, conservación y operación portuaria.
- Suministro de combustibles y lubricantes para embarcaciones, aeronaves y equipo ferroviario.
- Sociedades concesionarias en los términos de los arts 11 y 12 de la *Ley Federal de Telecomunicaciones*, que a la letra disponen:

Artículo 11. *Se requiere concesión de la Secretaría para:*

- I. *Usar, aprovechar o explotar una banda de frecuencias en el territorio nacional, salvo el espectro de uso libre y el de uso oficial;*
- II. *Instalar, operar y explotar redes públicas de telecomunicaciones;*
- III. *Ocupar posiciones orbitales geoestacionarias y órbitas satelitales asignadas al país; y explotar sus respectivas bandas de frecuencias; y*
- IV. *Explotar los derechos de emisión y recepción de señales de bandas de frecuencias asociadas a sistemas satelitales extranjeros que cubran y puedan prestar servicios en el territorio nacional.*

Artículo 12. *Las concesiones a que se refiere la Ley sólo se otorgarán a personas físicas o morales de nacionalidad mexicana.*

La participación de la inversión extranjera, en ningún caso podrá exceder de 49 por ciento, excepto en tratándose del servicio de telefonía celular. En este caso, se requerirá de resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, para que la inversión extranjera participe en un porcentaje mayor.

En cumplimiento de lo anterior, el art 8o de la *Ley de Inversión Extranjera* determina los supuestos en los que es necesaria la resolución favorable de la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras para aumentar inversión de 49 por ciento. Tal autorización opera en los supuestos siguientes:

- I. *Servicios portuarios a las embarcaciones para realizar sus operaciones de navegación interior, tales como el remolque, amarre de cabos y lanchaje.*

- II. *Sociedades navieras dedicadas a la explotación de embarcaciones exclusivamente en tráfico de altura.*
- III. *Sociedades concesionarias o permisionarias de aeródromos de servicio público.*
- IV. *Servicios privados de educación preescolar, primaria, secundaria, media superior, superior y combinados.*
- V. *Servicios legales.*

El primer error está en la técnica legislativa, ya que dichas formas de inversión extranjera debieron incluirse en el art 7o debido a que el 9o no establece diferencia entre el 7o y el 8o y para ambos exige el permiso de la comisión.

Artículo 9o. *Se requiere resolución favorable de la Comisión para que en las sociedades mexicanas donde la inversión extranjera pretenda participar, directa o indirectamente, en una proporción mayor al 49% de su capital social, únicamente cuando el valor total de activos de las sociedades de que se trate, al momento de someter la solicitud de adquisición, rebase el monto que determine anualmente la propia Comisión.*

Nótese que el único requisito establecido por la ley para que la comisión autorice, es que el valor total de los activos de la sociedad extranjera sea superior a la cantidad señalada anualmente por la propia comisión. Al respecto cabe reflexionar lo siguiente: cuando la ley establece la posibilidad de invertir más de 49% sin poner un límite máximo, esa inversión llegará a 100% sin infringir la legislación nacional.

En una concatenación de disposiciones sobre inversión extranjera, el art 3o, reformado con motivo de la *Ley de Migración*, considera que la inversión realizada por un extranjero con la condición de estancia de residente permanente se equipara a la mexicana. Veamos:

Artículo 3o. *Para los efectos de esta Ley se equipara a la inversión mexicana la que efectúen los extranjeros en el país con la condición de estancia de Residente Permanente, salvo aquélla realizada en las actividades contempladas en los Títulos Primero y Segundo de esta Ley.*

8.5.3.2 Disposiciones transitorias de la Ley de Inversión Extranjera

La ley ha establecido en sus disposiciones como límites de la inversión extranjera los porcentajes de 10, 25, 49 y más de 49 si la Comisión Nacional de Inversión Extranjera lo autoriza; sin embargo, todo esto ha sido nulificado en los artículos transitorios.

En tal sentido, el artículo sexto transitorio dispone que en materia de transporte terrestre internacional de pasajeros, turismo, carga y administración de centrales camioneras de pasajeros, actividades inicialmente exclusivas de mexicanos, de acuerdo con el art 6o fracc I de la ley a partir del 1o de enero de 2004 sin necesidad de resolución favorable, la inversión extranjera puede ser hasta de 100 por ciento.

En materia automotora se permitió la inversión extranjera en 100 % a partir del 1o de enero de 1999. En videotexto y computación se facilitó la inversión hasta 100 % a partir del 1o de julio de 1995. A su vez, las sociedades extranjeras que se dedican a la construcción participan con 100 % desde el 1o de enero de 1999.

Como complemento a todas las violaciones constitucionales señaladas, se suma la afirmativa ficta que nulifica el art 8 de la Constitución al permitir que el cambio de 49 a 100 % de inversión extranjera se realice sin que la autoridad emita la resolución mediante la cual la autorice.

8.5.3.3 Efectos de la inversión extranjera directa

Lamentablemente, los objetivos invocados en la *Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera* (del 9 de marzo de 1973) y la creación del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (del 29 de diciembre de 1970) no dieron los resultados para los que se crearon.

La ley proponía recibir inversión extranjera complementaria y la creación del consejo tenía como objetivo preparar en el extranjero a los estudiantes al otorgarles una beca, con el fin de que al concluir sus estudios regresaran al país y promovieran su desarrollo. El resultado fue contraproducente debido a que los becados no regresaban, con el pretexto de no haber fuentes de trabajo en el país. Ante ello, México contribuyó al desarrollo de otros países y a su propio empobrecimiento. A partir de la *Ley de Inversión Extranjera* de 1993, cada vez se dan más facilidades a la inversión extranjera sin que ésta propicie el desarrollo de México.

Los problemas que ha presentado la inversión extranjera por falta de control son los siguientes:

- Introducción de tecnología:* en ocasiones por ser de punta resulta inútil o bien es tecnología atrasada que se vuelve obsoleta rápidamente. En cualquiera de los dos supuestos impide el desarrollo interno y crea dependencia tecnológica y económica.
- Dominio industrial:* en este aspecto la inversión extranjera ha obtenido el control de los sectores fundamentales en la economía de un país,

como los recursos naturales, la energía, los medios de comunicación, los transportes y las instituciones bancarias y financieras.

- Dirección de las empresas:* está totalmente a cargo de extranjeros.
- Desviación de recursos:* al expandirse los mercados, se introducen bienes y formas de consumo de países extranjeros que por imitación extralógica crean necesidades superfluas, artificiales y muchas veces dañinas a la salud.
- Problema político:* constante amenaza del inversionista de retirarse del país por las restricciones legales que el Estado receptor intenta aplicarle; con tal presión, los inversionistas extranjeros intervienen en las decisiones políticas y legislativas internas.

Frente a los efectos señalados no parece mostrar beneficios la inversión extranjera; sin embargo, podrá ser benéfica si antes de ofrecer al país como un buen lugar de inversión se planifican con todo cuidado las áreas de inversión, los límites de tiempo, la capacitación de los trabajadores y se limite la fuga de capitales mediante intereses y compras. Lamentablemente, la inversión extranjera domina al país, el desarrollo es nulo y hay gran dependencia en todos los rubros: económica, industrial, alimenticia y bancaria.

En la primera década del siglo XXI, la inversión extranjera directa, lejos de ser complementaria de la nacional, abarca 100 % debido a los grandes consorcios, establecidos en el país; sin embargo, la inversión no se ha dirigido a nuevos campos de la producción, excepto al cultivo de alimentos transgénicos indebidamente autorizados que dañan el ambiente y la tierra donde se producen y están controlados por empresas como **Monsanto** y **Dupont**.

8.5.4 Inversión extranjera indirecta

La inversión extranjera indirecta se realiza mediante préstamos o empréstitos que provienen del extranjero y es la que obtienen los particulares y el Estado. Los préstamos se otorgan a los particulares y tienen por objeto satisfacer necesidades económicas de personas privadas, físicas o jurídicas que se dedican a la producción de bienes, al comercio o a la prestación de servicios. A su vez, los empréstitos los solicitan los Estados con el fin de satisfacer necesidades sociales. Ambas formas de inversión indirecta se denominan respectivamente por sus efectos: deuda privada y deuda pública externas.

El Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, conocido también como Banco Mundial, da tres clases de deuda externa:

- a) *Deuda pública externa*: es la consistente en la obligación que adquiere un deudor público, como el gobierno nacional, una subdivisión política, una agencia de cualquiera de ellas o cuerpos públicos autónomos.
- b) *Deuda privada externa con garantía pública*: son las obligaciones adquiridas por un deudor privado, cuyo pago está garantizado por una entidad pública.
- c) *Deuda privada externa no garantizada*: son las obligaciones adquiridas por un deudor privado que no están garantizadas.

Los acreedores pueden ser el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, el Fondo Monetario Internacional, los organismos públicos de Estados extranjeros, los bancos comerciales extranjeros y los particulares. Esta clase de inversión es muy peligrosa, pues el pago de intereses suele llegar a ser tan alto que quien solicitó el préstamo nunca logra cubrir la deuda principal por pagar los intereses.

Ante las situaciones mencionadas, si las inversiones directas o las indirectas no están debidamente planeadas y controladas, lejos de ayudar a los países solicitantes, cada vez los empobrecen más, porque generalmente los préstamos se pactan en una moneda extranjera fuerte. Así mismo, si los pagos no están calculados, llevarán a un país al colapso económico, como ocurrió en los países iberoamericanos en las décadas de 1980 y 1990 y como ocurre actualmente en Europa y Estados Unidos y en este momento en particular, julio de 2014, en Argentina con los denominados *fondos buitres*.

8.5.5 Inversión neutra

Mediante la inversión neutra los extranjeros invierten en sociedades mexicanas o en fideicomisos, inversión que no cuenta como extranjera en el porcentaje permitido, pero tampoco se considera inversión mexicana, situación que le da la calidad de neutra.

El art 18 de la *Ley de Inversión Extranjera* establece:

La inversión neutra es aquella realizada en sociedades mexicanas o en fideicomisos autorizados conforme al presente Título y no se computará para determinar el porcentaje de inversión extranjera en el capital social de sociedades mexicanas.

De la inversión neutra es necesario destacar los arts 19 y 20, que disponen:

Artículo 19. *La Secretaría podrá autorizar a las instituciones fiduciarias para que expidan instrumentos de inversión neutra que únicamente otorgarán, respecto de sociedades, derechos pecuniarios a sus tenedores y, en su caso, derechos corporativos limitados, sin que concedan a sus tenedores derecho de voto en sus Asambleas Generales Ordinarias.*

La Secretaría tendrá un plazo máximo de treinta y cinco días hábiles para otorgar o negar la autorización solicitada, contado a partir del día siguiente de la presentación de la solicitud. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada la solicitud respectiva.

Artículo 20. *Se considera neutra la inversión en acciones sin derecho a voto o con derechos corporativos limitados, siempre que obtengan previamente la autorización de la Secretaría y, cuando resulte aplicable, de la Comisión Bancaria y de Valores.*

La Secretaría tendrá un plazo máximo de treinta y cinco días hábiles para otorgar o negar la autorización solicitada, contado a partir del día siguiente al de la presentación de la solicitud. Concluido dicho plazo sin que se emita resolución, se entenderá aprobada la solicitud respectiva.

De las disposiciones transcritas se deduce que la inversión neutra es una figura *sui generis*, ya que la realizan extranjeros en sociedades mexicanas o fideicomisos y no cuenta como inversión extranjera en el capital social de las sociedades. La inversión neutra otorga sólo derechos pecuniarios a los tenedores de los títulos de inversión, quienes pueden asistir a las asambleas ordinarias; sin embargo, no tienen derecho a voto.

De las normas transcritas se derivan dos situaciones:

- a) La ley señala un plazo de 35 días para que la secretaría otorgue o niegue las autorizaciones solicitadas; ante el supuesto de que no conteste, se aplicará la afirmativa ficta.
- b) La figura de la afirmativa ficta —como se señaló— es totalmente anti-constitucional porque viola el art 8 de la Carta Magna, que establece:

Artículo 8. *Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República.*

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.

De acuerdo con esta norma, la Secretaría de Economía tiene la obligación constitucional de dar una respuesta por escrito; al no hacerlo, incumple

una obligación que la *Ley de Inversión Extranjera* —por ser secundaria— no puede eliminar; en consecuencia, debería haber una responsabilidad para la secretaría. De este incumplimiento, autorizado indebidamente por la *Ley de Inversión Extranjera*, se deriva que la autoridad competente deje pasar los 35 días sin hacer el estudio de la solicitud presentada y, como la respuesta será afirmativa, no tendrá ninguna reclamación. En consecuencia, la afirmativa ficta, además de ser anticonstitucional, propicia el descuido en el cumplimiento de las obligaciones de los funcionarios públicos.

8.6 Reformas constitucionales de 2013 y 2014

Como se aclaró al inicio de este capítulo, la primera parte sólo era un documento provisional debido a que estaban en el Congreso las discusiones acerca de los cambios que debían efectuarse en materia de energéticos, telecomunicaciones, educación, materia fiscal y competencia económica.

En realidad, tales cambios en la economía del país empezaron en 1987 con la venta de las empresas del Estado denominada *desregulación*; a continuación se celebró el *Tratado de Libre Comercio* con Canadá y Estados Unidos y enseguida se anunció la necesidad de hacer reformas estructurales; sin embargo, de dichas reformas nunca se aclaró en qué consistirían y que ahora son las realizadas a la Constitución mexicana en 2013 y publicadas en el *DOF* en las fechas siguientes:

- *Reformas del 5 de junio de 2013.* Se reformaron los arts 25 y 26, el primero de ellos en los párrs primero y último, y el segundo en los párrs primero y tercero del ap A.
- *Reformas del 11 de junio de 2013.* En esta fecha se reformaron los arts 6, 7, 27, 28, 73, 78, 94 y 105.
- *Reformas del 20 de diciembre de 2013.* En tal fecha, el *DOF* publicó una nueva reforma de los arts 25, 27 y 28:

Con dichas reformas, tales dispositivos cambiaron radicalmente su contenido anterior. De acuerdo con lo expuesto, será necesario analizar cada una de estas reformas a fin de que quede perfectamente clara la normatividad aplicable a los rubros de energéticos y telecomunicaciones, que son los aspectos concernientes a esta materia.

8.6.1 Reformas de junio de 2013

Art 25 constitucional. El 5 de junio de 2013 se publicaron las reformas del primero y último párrs de este artículo para quedar en los términos siguientes:

Artículo 25. *Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.*

El último párr del art 25 de la Constitución establece lo que sigue:

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.

Nótese el cambio que contiene la fracc I, en la cual se incluye el concepto de competitividad y se adicionan las dos líneas que siguen:

La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.

Este primer párr incluyó dos conceptos fundamentales:

- Competitividad.
- Promover la inversión privada.

Sin duda, la competencia es un elemento que genera mayor y mejor producción, esto es correcto; sin embargo, ¿qué ocurre con el concepto de *inversión*, ya que sólo se enuncia como un género.

El último párr del art 25 aclara el problema al disponer:

La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares, ... promoviendo la competitividad e implementando una política nacio-

nal para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales...

En los términos destacados, se expone una idea tan amplia que de ella se puede derivar un gran cambio.

Pese a continuar vigentes los párrs segundo a séptimo, es importante destacar que se incluyeron los conceptos que siguen:

- Particulares.
- Sector privado.
- Competitividad.
- Vertientes sectoriales y regionales.

La inclusión del concepto *particular* era innecesaria porque en la Constitución se contemplaba el sector privado. A lo anterior se suma la interrogante sobre ¿qué debe entenderse por vertientes sectoriales y regionales?

Artículo 26 constitucional. De este numeral se reformó el ap A en los párrs primero y tercero. En el primer párr sólo se incluyó el concepto de competitividad. En cuanto al párr tercero no se reformó, sino que se incluyeron las líneas siguientes:

El Plan Nacional de Desarrollo considerará la continuidad y adaptaciones necesarias de la política nacional para el desarrollo industrial, con vertientes sectoriales y regionales.

Nótese que estas líneas dan una libertad absoluta al Ejecutivo, quien mediante el Plan Nacional de Desarrollo podrá realizar todas las adaptaciones que desee.

Las reformas de los arts 25 y 26 sólo fueron el antecedente de las publicadas en el DOF el 11 de junio de 2013. En tal sentido, se reformaron los arts 6, 7, 72, 27, 28, 73, 78, 94 y 105. De los anteriores dispositivos, los que importan para esta materia son los arts 25, 27 y 28, por referirse a los hidrocarburos y la energía eléctrica.

Debe recordarse que el art 25 constitucional en relación con el 5 de la LIE regulaba el área estratégica que abarcaba el petróleo y los demás hidrocarburos, la electricidad, la energía nuclear y los minerales radiactivos. Estos recursos del país, al estar dentro del área estratégica, sólo podía explotarlos el Estado.

Aun cuando tal situación continúa formalmente en el párr cuarto del art 25, la reforma del párr sexto del art 27 elimina la naturaleza estratégica de los recursos mencionados.

El nuevo párr sexto del art 27 constitucional dispone:

En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la Nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por las sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo Federal, de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones. Las normas legales relativas a obras o trabajos de explotación de los minerales y sustancias a que se refiere el párrafo cuarto, regularán la ejecución y comprobación de los que se efectúen o deban efectuarse a partir de su vigencia, independientemente de la fecha de otorgamiento de las concesiones, y su inobservancia dará lugar a la cancelación de éstas. El Gobierno Federal tiene la facultad de establecer reservas nacionales y suprimirlas. Las declaratorias correspondientes se harán por el Ejecutivo en los casos y condiciones que las leyes prevean. Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radiactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso se hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos, en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva. Corresponde exclusivamente a la Nación generar, conducir, transformar, distribuir y abastecer energía eléctrica que tenga por objeto la prestación de un servicio público. En esta materia no se otorgarán concesiones a los particulares y la nación aprovechará los bienes y recursos naturales que se requieran para dichos fines.

Nótese que esta reforma de junio de 2013 en materia de electricidad se refiere a que el Estado conservará la prestación del servicio público: La pregunta es: ¿quién se ocupará de proporcionar la energía eléctrica que requiere la ciudadanía?

Respecto a los hidrocarburos, la reforma establece que la nación llevará a cabo su explotación de acuerdo con lo que establezca la ley reglamentaria; en consecuencia, no se otorgarían contratos ni concesiones, ni subsistirán los que se hubieran celebrado.

8.6.2 Reformas del 20 de diciembre de 2013

Estas reformas hicieron nugatorias las del 11 de junio de 2013 al reformarse nuevamente los párrs cuarto, sexto y octavo del art 25 y el párr sexto del art 27, cuyos textos se transcriben:

Artículo 25 (párrafo cuarto). *El sector público tendrá a su cargo de manera exclusiva las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el gobierno federal la propiedad y*

el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan. Tratándose de planeación y el control del sistema eléctrico nacional y del servicio público de transmisión y distribución de energía eléctrica, así como de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos, la nación llevará a cabo dichas actividades en términos de lo dispuesto por los párrafos sexto y séptimo del artículo 27 de esta Constitución. En las actividades citadas, la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento y **procedimientos de contratación y demás actos jurídicos** que celebren las empresas productivas del Estado, así como el régimen de remuneración de su personal, para garantizar su eficacia, eficiencia, honestidad, productividad, transparencia y rendición de cuentas, con base en las mejores prácticas, y determinará las demás actividades que podrán realizar.

Nótese que en la reforma del 5 de junio se establecía que no se darían concesiones ni se celebrarían contratos en la materia eléctrica ni en la de hidrocarburos. Esta negativa fue totalmente eliminada por las cuatro últimas líneas del párr cuarto del art 25, que dispone:

*... En las actividades citadas, la ley establecerá las normas relativas a la administración, organización, funcionamiento, **procedimientos de contratación y demás actos jurídicos** que celebren las empresas productivas del Estado...*

Nótese que, aun cuando el art 25 establecía que *no habría concesiones ni contratos*, la reforma de diciembre incluyó el procedimiento de contratación y alude a los demás actos jurídicos. Las preguntas son:

- ¿Con quién van a celebrar los contratos las empresas del Estado?
- ¿Qué otra clase de actos jurídicos se pueden celebrar?

La respuesta a dicha interrogante la da el párr séptimo del art 27 reformado el 20 de diciembre de 2013, que dispone:

*Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos en el subsuelo, la propiedad de la nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante **asignaciones** a empresas productivas del Estado o a través de **contratos con éstas o con particulares** en los términos de la ley reglamentaria. Para cumplir con el objeto de dichas asignaciones o contratos, **las empresas productivas del Estado podrán contratar con particulares**. En cualquier caso, los hidrocarburos en el subsuelo son propiedad de la nación y así deberá afirmarse en las asignaciones o contratos.*

Obsérvese cómo aquí se determina que las empresas del Estado podrán celebrar contratos con los particulares; además, se incluyen las asignaciones en materia de hidrocarburos. Por tanto, la prohibición de no contratar desapareció.

El párr cuarto del art 25 establece otros puntos muy importantes al remitir a los párrs sexto y séptimo del numeral 27 y referirse a las sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas, y a las concesiones.

Con la finalidad de analizar el párr sexto del art 27, se transcribe lo siguiente:

*En los casos a que se refieren los dos párrafos anteriores, el dominio de la nación es inalienable e imprescriptible y la explotación, el uso o el aprovechamiento de los recursos de que se trata, por los particulares o por **sociedades constituidas conforme a leyes mexicanas**, no podrá realizarse sino mediante **concesiones** otorgadas por el Ejecutivo federal de acuerdo con las reglas y condiciones que establezcan las leyes, salvo en radiodifusión y telecomunicaciones, que serán otorgadas por el Instituto Federal de Telecomunicaciones.*

Dos comentarios proceden en este párrafo: el primero es relativo a que serán las sociedades constituidas conforme "a las leyes mexicanas". Nótese que se refiere a sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas; en cuanto a esto, la *Ley de Nacionalidad* dispone en el art 8:

Son personas morales de nacionalidad mexicana las que se constituyan conforme a las leyes mexicanas y tengan en el territorio nacional su domicilio legal.

Esta norma no menciona en ningún momento el capital de la sociedad, ni quien lo aporta. En consecuencia, la Constitución al referirse sólo a las sociedades "constituidas conforme a las leyes mexicanas" obliga a buscar en la ley el monto de las aportaciones de capital en las sociedades mexicanas.

En este punto es necesario recurrir a la *LIE*, la cual regula las aportaciones de capital a las sociedades mexicanas. En tal sentido, el art 2, fracc II, inc a) dispone lo siguiente:

Artículo 2. Para los efectos de esta ley se entenderá por:

II. Inversión extranjera;

- a) La participación de inversionistas extranjeros, en cualquier proporción, en el capital social de sociedades mexicanas.
- b) La realizada por sociedades mexicanas con mayoría de capital extranjero.

En este sentido, una sociedad mexicana que —de acuerdo con la ley— recibe capital extranjero sin límite alguno da lugar a que la aportación económica extranjera sea muy alta, e incluso superior al capital mexicano, con lo cual surgen las preguntas siguientes:

- En caso de ser superior el capital extranjero, ¿quién tendría el control de la sociedad? La respuesta es obvia: el control lo tendrá el capital extranjero.
- ¿Qué tiene de mexicana la sociedad si el capital extranjero es mayoritario? La respuesta también es obvia.

Lo único que la sociedad mexicana tiene de mexicana es el nombre, pues tanto el capital como las decisiones y —por lo mismo— el control de la sociedad los tendrán los extranjeros, quienes ante tal supuesto gozarán de absoluta libertad de acción y decisión en la empresa mexicana.

Otra pregunta es: ¿por qué recurrir a la LIE? La respuesta aquí no es obvia pero sí lógica: se recurre a dicha ley porque el art 27 establece que las empresas del Estado podrán celebrar contratos con particulares y como no distingue a cuáles particulares se refiere, es claro que los particulares pueden ser nacionales o extranjeros y podrán aportar capital extranjero ilimitadamente.

En ese orden de ideas, si la inversión la realizan los extranjeros, la ley aplicable será la LIE. Otro punto importante es que el art 27 dispone en el párr sexto:

... la explotación, el uso o aprovechamiento de los recursos de que se trata por los particulares o por sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas no podrá realizarse sino mediante concesiones otorgadas por el Ejecutivo federal.

En este artículo se acepta el otorgamiento de concesiones. La única conclusión que procede de acuerdo con lo anterior es que, aun cuando la reforma al art 27 constitucional del 11 de junio de 2013 estableció lo siguiente:

Tratándose del petróleo y de los carburos de hidrógeno sólidos, líquidos o gaseosos o de minerales radiactivos, no se otorgarán concesiones ni contratos, ni subsistirán los que en su caso le hayan otorgado y la Nación llevará a cabo la explotación de esos productos en los términos que señale la ley reglamentaria respectiva.

en la reforma del 20 de diciembre del mismo año sólo seis meses después se expuso en el párr sexto del art 27:

... el Ejecutivo federal otorgará concesiones a las sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas.

Así mismo, en el párr séptimo del art 27 de la Constitución se expone:

*... Tratándose del petróleo y de los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos en el subsuelo la propiedad de la nación es inalienable e imprescriptible y no se otorgarán concesiones. Con el propósito de obtener ingresos para el Estado que contribuyan al desarrollo de largo plazo de la nación, ésta llevará a cabo las actividades de exploración y extracción del petróleo y demás hidrocarburos mediante **asignaciones a empresas productivas del Estado o a través de contratos con éstas o con particulares** en los términos de la ley reglamentaria.*

En este párrafo se declara que no habrá concesiones, pero sí contratos con particulares y se incluye el concepto de *asignación*, término que en ningún momento se define. Posteriormente en los artículos transitorios de la reforma del 20 de diciembre de 2013 se incluye una legislación pormenorizada en 21 artículos acerca de los contratos a las empresas del Estado o a particulares, contratos que se dividen en cinco clases:

- De servicios.
- De utilidad compartida.
- De producción compartida.
- De licencia.
- De una combinación de los cuatro anteriores.

El régimen de contratación es el siguiente.

- Contratos de servicios que se pagarán en efectivo.
- Contratos de utilidad compartida que otorgarán un porcentaje de las utilidades obtenidas.
- Contratos de producción compartida en los que se pagará con un porcentaje de la producción.
- Contratos de licencia en los que se transmitirán los hidrocarburos onerosamente.
- La quinta clase de contratos será resultado de una combinación de las cuatro clases anteriores.

Esta última clase da lugar a una absoluta inseguridad jurídica y económica respecto al contenido del contrato. Otro problema radica en la incorporación de la nueva figura denominada *asignación*.

Al no definirse qué debe entenderse por asignación, con este rubro se puede celebrar cualquier clase de acto jurídico. Al efecto, el art 5o transitorio dispone:

*Las empresas productivas del Estado que cuenten con una **asignación o suscriban un contrato** para realizar actividades de exploración y extracción de petróleo y demás hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, así como los particulares que suscriban un contrato con el Estado o con alguna de las empresas productivas del Estado para el mismo fin, conforme a lo establecido en el presente decreto podrán reportar para efectos contables y financieros la **asignación o contrato correspondiente** y sus beneficios esperados, siempre y cuando se afirme en las **asignaciones o contratos** que el petróleo y todos los hidrocarburos sólidos, líquidos o gaseosos, que se encuentren en el subsuelo, son propiedad de la nación.*

De lo transcrito, la asignación es un nuevo acto jurídico al que no se define; por ello, cabe la presunción de que puede consistir en una concesión a la que sólo se le cambió el nombre y se le denominó *asignación*.

En los incs a) y b) del transitorio sexto, el decreto señala en el a) el régimen de asignaciones de exploración de hidrocarburos y en el b) el de extracción de hidrocarburos; sin embargo, en ningún momento se establece qué es una asignación.

En síntesis, el decreto es confuso por incluir situaciones jurídicas a las que denomina *adjudicación de asignaciones*, términos que —dada la importancia de los hidrocarburos en todas sus variedades— deben definirse concretamente.

8.6.3 Reformas de 2014

Derogación de los artículos 7 y 8 de la Ley de Inversión Extranjera (LIE). Es importante aclarar que el 10 de enero de 2014, el DOF publicó la derogación de las pocas fracciones que continuaban vigentes en el art 7 de la LIE. Por ello, al desaparecer los porcentajes en la participación extranjera, ésta ahora es de 100 por ciento.

Respecto al art 8 ocurrió lo mismo: se derogaron las fracciones que estaban vigentes.

Obsolescencia del art 5 de la Ley de Inversión Extranjera. Finalmente el art 5 regulaba el área estratégica (actividades que correspondían sólo al Estado), pero al reformarse los numerales 25, 27 y 28 de la Constitución, materialmente dejaron de ser estratégicas y —sin pasar por la calidad de prioritarias, las cuales sólo podían explotar mexicanos con cláusula de exclusión de extranjeros— pasaron al último nivel de explotación. En consecuencia, el área estratégica se transformó en privada; en otras palabras, las áreas calificadas como estratégicas ahora pueden explotarse extranjeros por las razones expuestas, mediante contratos o adjudicación de asignaciones.

UNIDAD 9

Dimensiones de la inversión extranjera

En una época, la inversión extranjera se vio sólo como el acuerdo entre personas físicas o jurídicas a quienes la autoridad les permitía establecer relaciones económicas en las que sólo contaba el interés mutuo de obtener beneficios. Esta situación se modificó con la intervención de los Estados para regular las inversiones y señalar límites. Actualmente la situación es muy distinta: surgieron organismos y acuerdos que han restado fuerza al Estado en beneficio de los poseedores de grandes capitales, a quienes protegen sin imponerles obligación alguna. Entre las grandes instituciones está la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico y los acuerdos 1 y 2. En tal sentido se hará un breve estudio de esta institución, de los acuerdos multilaterales de inversión extranjera, de la Agencia Multilateral de Garantía para la Inversión y de los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones.

9.1 Organización para la Cooperación Internacional y Desarrollo Económico

La Organización para la Cooperación Internacional y Desarrollo Económico es una institución que se inició con 29 miembros, actualmente son ya 31, cuyos objetivos son la cooperación y la coordinación de las políticas económicas y sociales de sus miembros. Se fundó el 14 de diciembre de 1960, con sede en París, por las exigencias que tiene y los Estados que la integran. Esta organización se conoce como el Club de los países ricos. Concretamente, esta organización tiene dos objetivos fundamentales:

- La cooperación entre los Estados para desarrollar las relaciones económicas internacionales.
- La expansión de la economía en un plano de igualdad de los Estados miembros sin discriminación y de los Estados en vías de desarrollo para elevar el nivel de vida y propiciar el empleo.

Los Estados miembros adquieren cinco obligaciones:

- Uso eficaz de los recursos.
- Desarrollo de la investigación y formación profesional.
- Crecimiento económico y estabilidad financiera.
- Suspensión de obstáculos y liberalización económica.
- Ayuda al desarrollo económico de otros países con capital; asistencia técnica y ampliación de mercados.

Los medios para lograr los objetivos y cumplir las obligaciones consisten en lo siguiente:

- Disponer de información actualizada.
- Realizar proyectos y estudios comunes.
- Tener una cooperación coordinada.

Las facultades que tiene este organismo son tres:

- Toma de decisiones, que deben ser por acuerdo mutuo y obligatorias.
- Hacer recomendaciones.
- Concluir o celebrar acuerdos.

Es importante tomar en cuenta que los Estados que integran este organismo son soberanos; en consecuencia, el mecanismo creado para ejercer las facultades en materia de decisiones y recomendaciones es el siguiente:

- Cada Estado miembro tiene un voto.
- En el supuesto de surgir alguna abstención, las decisiones o recomendaciones no se le aplicarán.
- De aceptarse las recomendaciones o decisiones, éstas se incorporarán a su derecho interno, con fundamento en su derecho constitucional.
- Se puede aprobar una aplicación provisional de las decisiones y recomendaciones.

Autoridades. Las autoridades son las siguientes:

- El Consejo, que es el órgano supremo y fija el presupuesto y las cuotas por país.
- El Comité Ejecutivo y órganos subsidiarios.
- Un secretario general.

La pertenencia a la organización es por invitación de ésta a los Estados, mientras que la aceptación debe ser por unanimidad de los Estados miembros.

9.2 México en la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)

México ingresó a este organismo por invitación, fue aceptado por unanimidad y el 14 de abril de 1994 firmó en París dos documentos:

- La declaración del gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre la aceptación de sus obligaciones como miembro de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
- El acuerdo entre el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico referente a privilegios e inmunidades de la organización en los Estados Unidos Mexicanos.

Ambos documentos, después de aprobarlos la Cámara de senadores y ratificarlos el Ejecutivo el 10 de mayo de 1994, fueron depositados por el

Senado en el gobierno de la República Francesa el 18 de mayo del mismo año y el 5 de julio de 1994 se publicó su ingreso en el *Diario Oficial de la Federación*.

Es importante destacar el contenido de los anexos: el anexo IV presenta Excepciones al trato nacional que se propone establecer conforme a la tercera decisión revisada del consejo sobre trato nacional, el anexo V está dedicado a las declaraciones a las que México se asocia y el anexo VI determina las Actividades de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos y órganos de interés a un número limitado de miembros en los que México desea participar.

México declaró que los beneficios pactados con Canadá y Estados Unidos en el Tratado de Libre Comercio los extendería a todos los miembros de la organización, con lo cual aplicaría el principio de trato de la nación más favorecida.

Para el cumplimiento del punto anterior fue necesario hacer ajustes legislativos, por lo que las reformas a la *Ley de Inversión Extranjera* de 1993 se realizaron debido al ingreso de México a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Si bien México forma parte de esta institución a partir del 5 de julio de 1994, previamente tuvo que realizar las adecuaciones legislativas que sin duda son las que condujeron a la liberalización que la *Ley de Inversión Extranjera* tiene en sus artículos transitorios.

En cumplimiento del compromiso señalado en el párrafo anterior, México —mediante dicha ley— abrió sus áreas de producción en forma paulatina hasta llegar a 100%. Esta liberalización la llevó a efecto de 1995 a 2004, como consta en las notas 1 a 4 de la publicación en el *DOF*.

Previo a su ingreso, México tuvo que aceptar los privilegios e inmunidades de la organización; sin embargo, hizo siete excepciones y observaciones, ya mencionadas.

Como miembro de tal organización, México, al firmar la convención, aceptó sus obligaciones, propósitos y objetivos, a los que sumó seis anexos, con observaciones, reservas, excepciones al trato nacional, declaraciones y actividades en las que desea participar.

Las observaciones las hizo en el anexo II en las áreas siguientes:

- Mercados financieros.
- Transporte marítimo.
- Asuntos fiscales.
- Seguros.
- Comercio.

- Medio Ambiente.
- Turismo.

Las observaciones en los rubros anteriores se refieren a la aceptación de recomendaciones, aclaraciones y manifestación de reservas sobre determinados derechos.

Respecto a las reservas, México las especifica en los anexos II y III de la Convención por la Cooperación y el Desarrollo Económico. El anexo III se refiere a las reservas propuestas al *Código de Liberalización de Operaciones Corrientes Invisibles*.

9.3 Acuerdos multilaterales de inversión extranjera

En 1997 la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, integrada por los países más ricos (que actualmente son 34), inició la preparación de un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI). El objetivo del acuerdo era lograr que los países en desarrollo aceptaran y firmaran el documento, con el fin de liberalizar de forma total su economía y permitir sin restricciones el ingreso de la inversión extranjera. El acuerdo pretende la desregulación de los sectores económicos fundamentales para el desarrollo de un país y da a los inversionistas una absoluta libertad.

Los aspectos negativos para los Estados se han sintetizado en los puntos siguientes:

- De firmarse el acuerdo, por la jerarquía que tiene, todas las leyes ulteriores tendrían que ajustarse a él y las disposiciones existentes se modificarían y aun abrogarían si contradijeran al acuerdo.
- En caso de litigio de un inversionista contra un Estado, éste tendría que someterse a un arbitraje internacional; sin embargo, el acuerdo no regula la situación contraria de que un Estado demandará a un inversionista.
- No cabe la posibilidad de que los Estados firmantes del acuerdo formulen excepciones al tratado. Bajo este punto, existe la posibilidad de que los monopolios manejen los precios de acuerdo con la región donde actúen. Las únicas excepciones aceptadas por el acuerdo son las cuestiones militares y de seguridad.
- Cada Estado, al firmar el acuerdo, tiene derecho a señalar con precisión las reglas que limitarán la inversión, las cuales serán definitivas y las

únicas que un Estado podrá invocar, éstas no podrían aumentarse, pero sí reducirse.

Los Estados firmantes no podrían denunciar el tratado antes de los cinco años; aun así, después de este plazo, el tratado obligaría a los Estados durante 15 años más, lo que conduce a los firmantes a tener una obligación por un periodo de 20 años.

Todo tratado implica derechos y obligaciones para las partes contratantes, lo cual no ocurre con los acuerdos multilaterales de inversión, ya que los derechos están a favor de los inversionistas y las obligaciones recaen sobre los Estados. Los inversionistas tienen el derecho absoluto a comprar terrenos, recursos naturales y servicios de telecomunicaciones y a realizar movimientos de divisas sin límite alguno.

El acuerdo acaba con todo intento de protección al interés nacional al proteger el predominio del capital financiero transnacional y colonialista, debido a que los inversionistas pueden demandar a los gobiernos ante cortes internacionales, éstas pueden imponer sanciones económicas muy elevadas. Por su parte, los Estados estarían impedidos para dar apoyos especiales a los empresarios nacionales con la obligación de abrir todas las áreas de producción a la inversión extranjera; no obstante, les está vedado dar trato especial a Estados de la región, así como dictar medidas expropiatorias o que, por las restricciones que impusieran, fueran análogas a la expropiación.

Los Estados firmantes del acuerdo están obligados a indemnizar a los inversionistas en caso de disturbios civiles, lo cual implica que tienen la obligación de proteger a la inversión extranjera contra toda perturbación, como boicot, protesta o huelgas que pudieran reducir sus ganancias.

Uno de los elementos fundamentales de los acuerdos consiste en crear —en materia de solución de controversias— una combinación de país y de inversionista. Por ello, la solución del conflicto se dará fuera de las normas de cada país y se establece un espacio jurídico supranacional contratado por las grandes corporaciones.

Si bien la idea de los acuerdos surgió en la OCDE, la naturaleza jurídica de los acuerdos multilaterales tendría aplicación universal y vinculante para todo país y región. Los acuerdos rompen con una serie de principios fundamentales aceptados y protegidos por pactos internacionales, como el Principio de precaución de Estocolmo de la Organización de Naciones Unidas de 1972, reforzado con la *Carta Mundial de la Naturaleza* de 1982 al determinar que las acciones de los Estados deben ser tomadas con prudencia y considerar las consecuencias del medio ambiente.

9.4 Agencia Multilateral de Garantía para la Inversión

Por sus reglas, esta agencia se conoce como MIGA. Fue, el Banco Internacional para la Reconstrucción y Desarrollo, conocido comúnmente como Banco Mundial quien propuso la creación de la Agencia Multilateral de Garantía para la Inversión. La agencia se crearía mediante una convención en la que participaran los países que así lo quisieran, de ahí que fuera una agencia multilateral en la que cada país aportaría para la creación de un fondo que garantizará las inversiones.

La agencia surgió como una institución con personalidad jurídica propia, por lo que, si bien la propuso el Banco Mundial, sería independiente de él. Su objeto sería estimular las inversiones productivas hacia los países en desarrollo y complementarlas con la aportación financiera del Banco Mundial o de cualquier otra corporación financiera internacional.

Del objeto planteado se percibe que no sustituiría los empréstitos que daría el Banco Mundial, sino sólo sería su complemento. Tal situación sin duda aumentaría los problemas del país donde se instalara la inversión extranjera, ya que el Estado receptor tendría dos cargas:

- La deuda con el Banco Mundial, y
- Las garantías que debiera dar a la inversión extranjera.

La agencia, para estar en posibilidad de estimular la inversión, emitiría garantías de coaseguro y reaseguro contra riesgos no comerciales.

La agencia cubriría cuatro clases de riesgos:

- Convertibilidad de la moneda extranjera.
- Expropiación o medidas similares.
- Incumplimiento o violación del contrato.
- Guerra o disturbios civiles.

La convención incluía una serie de puntos que podrían o no haber sido aceptados por México al que se le asignaron 1 192 acciones con un valor de suscripción total de 11.92 millones de pesos; sin embargo, el punto por el que no aceptó ingresar a la agencia fue la Cláusula Calvo, principio creado por el argentino **Carlos Calvo**, por la cual el extranjero debe considerarse mexicano y acudir a los tribunales nacionales hasta la última instancia ante cualquier conflicto que surja con motivo de su inversión, cláusula que la agencia no admitió.

En caso de conflicto, la agencia contempla el agotamiento previo de los recursos administrativos del país receptor, sin tomar en cuenta los recursos judiciales que exige el derecho mexicano. Por ello, México no forma parte de esta agencia.¹

9.5 Acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones

Los acuerdos para la promoción y protección recíproca de las inversiones son compromisos bilaterales que adquieren los Estados, cuyo objetivo es la cooperación económica para obtener beneficios mutuos. Su origen se encuentra en la propuesta de la Agencia Multilateral de Garantía para la Inversión, conocida con las siglas en inglés MIGA y en los Acuerdos Multilaterales de Inversión (AMIS), ambos derivados de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico, conocido como OCDE, organización de países ricos a los que México ingresó sin tener la riqueza de los demás Estados parte.

Como antecedente de los 29 acuerdos bilaterales que México ha firmado está el capítulo XI del *Tratado de Libre Comercio de América del Norte*. En realidad, dicho capítulo contiene todos los elementos de los acuerdos bilaterales.

El primer acuerdo lo celebró México con Suiza el 20 de agosto de 1998 y el último —hasta el momento en que esto se escribe— fue con Singapur, publicado en el *DOF* el 1o de abril de 2011. El análisis comparativo entre ellos demuestra cómo se han perfeccionado los acuerdos con el paso del tiempo; sin embargo, su contenido es muy similar materialmente.

Las partes que normalmente tienen los acuerdos son tres:

- El clausulado normativo.
- Un apéndice dedicado a la solución de controversias.
- Un protocolo.

En esta unidad se analizarán el acuerdo entre México y Singapur por ser hasta el momento el último compromiso adquirido por México.

¹ Cfr. Ricardo Ríos Ferrer, "Breve reseña sobre la Convención que Crea la Agencia Multilateral de Garantía para la Inversión", en *Memoria del XI Seminario de Derecho Internacional Privado*, Querétaro, Qro., 15, 16 y 17 de octubre de 1987, sne, UNAM, México, 1989, págs 229 y siguientes.

9.6 Análisis del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y Singapur

La mágica idea de que la inversión extranjera es el medio para lograr múltiples beneficios ha llevado a México a celebrar 29 acuerdos, hasta 2014, los cuales han surgido con la idea de que la inversión será complementaria de la producción nacional; para estimularla, México debe señalar las áreas económicas que requieren inversión extranjera. Tal fin, como Estado receptor, debe proporcionar al inversionista la información necesaria y ofrecerle garantías tanto de su inversión como de los beneficios que obtendrá.

Los acuerdos tienen dos clases de normatividad: sustantiva y adjetiva.

9.6.1 Normatividad y sustantiva

Las disposiciones sustantivas se refieren a tres aspectos:

Determinación de conceptos.

Medios de promover las inversiones.

Medios de protección de la inversión y del inversionista.

9.6.2 Determinación de conceptos

Los conceptos considerados fundamentales son: empresa, inversión e inversionista.

Empresa. Es la persona jurídica a la que se protege, la cual puede ser pública, privada o gubernamental; su organización se rige por la ley del país al que pertenece, sin importar si tiene o no fines de lucro.

Inversión. Este concepto es muy complejo por que abarca varias situaciones que van desde la instalación de una empresa hasta la realización de diversas formas de participación en una empresa, como tener acciones, partes sociales o instrumentos de deuda de préstamo. En los dos últimos supuestos, la empresa debe ser filial de la empresa inversionista y el vencimiento de los documentos de inversión debe ser a tres años.

La inversión también puede ser mediante la adquisición de inmuebles, de bienes tangibles o intangibles o de derechos de propiedad intelectual. Otra forma de inversión es por medio contratos de construcción, llave en mano, consistentes en concesiones o contratos en los que los beneficios se obtienen de la producción o de los bienes de la empresa.

Inversionista. Es la persona física o jurídica que llega al país y pone a trabajar su capital en alguna rama productiva de la que carezca el Estado receptor.

9.6.3 Medios para la promoción de la inversión extranjera

Para promover la inversión, se hace una oferta al inversionista con el fin de que considere redituable su inversión, esto se realiza con medidas que por su naturaleza jurídica se denominan *principios*, y son los siguientes:

- Trato nacional.
- Trato de la nación más favorecida.
- Nivel mínimo de trato

Trato nacional. Este principio consiste en que el inversionista gozará de plena libertad en la administración, mantenimiento, uso, goce y disposición de su inversión como si fuera oriundo del país.

Trato de la nación más favorecida. En cumplimiento de este principio, el Estado receptor se obliga a dar las mismas facilidades y oportunidades que previamente le haya otorgado a otro Estado inversionista.

Nivel mínimo de trato. Con la aplicación de este principio, el Estado receptor se obliga a dar garantías al inversionista, de acuerdo con el derecho internacional consuetudinario; en consecuencia, el trato debe ser justo, equitativo y garantizar la protección y seguridad plenas.

9.6.4. Medidas de protección a la inversión extranjera

Estas vías protectoras son las siguientes:

- Compensación por pérdidas.
- Expropiación e indemnización.
- Transferencias.
- Subrogación.

Compensación por pérdidas. Por este medio el Estado receptor debe garantizar la restitución, indemnización, compensación o un arreglo similar ante el supuesto de que el inversionista sufra daños o pérdidas por guerra, conflicto armado, estado de emergencia nacional, insurrección o motín. Aquí hay una situación en la que debe reflexionarse. De acuerdo con el

principio de trato nacional, la compensación por pérdidas se daría al inversionista extranjero en los mismos términos en que se daría a los nacionales.

Expropiación e indemnización. De surgir la necesidad de expropiar al inversionista, ésta sólo podrá ser por causa de utilidad pública, con pleno respeto a la garantía de legalidad, sin discriminación y mediante el pago de una cantidad que se calculará con base en el valor comercial del bien expropiado o dañado.

El pago deberá ser inmediato y basado en el valor corriente de los activos y el valor fiscal de los bienes tangibles declarados. De haber retraso se cubrirán intereses de acuerdo con la tasa *libor*,² e intereses que correrán a partir del momento en que se emitió la declaratoria de expropiación hasta el momento del pago; además, la liquidación deberá ser transmisible libremente.

Transferencias. Las transferencias deben ser rápidas, en moneda de fácil conversión y al tipo de cambio vigente al realizar la operación. Es objeto de transferencia toda cantidad recibida con motivo de la inversión sin importar su naturaleza. Pese a esta obligación que tiene el Estado receptor de permitir la libre transferencia, el acuerdo admite excepciones al pronto pago.

La excepción se debe invocar de buena fe y con fundamento en el derecho del Estado receptor. Tales excepciones son las siguientes:

- Por quiebra, insolvencia o protección de los derechos de acreedores.
- Por infracciones penales o administrativas.
- Por informe de transferencia de divisas.
- Por garantía de cumplimiento de procedimientos contenciosos.
- Por desequilibrio en la balanza de pagos.

Lo anterior procederá siempre y cuando sea de buena fe y de acuerdo con el convenio constitutivo del Fondo Monetario Internacional.

Subrogación. La subrogación permite que la parte contratante designe a una entidad para que actúe en su lugar mediante el otorgamiento de una garantía contra riesgos no comerciales. Esta entidad deberá ejercer los mismos derechos que tenía la parte contratante.

Los derechos subrogados sólo podrá ejercerlos:

- El inversionista autorizado para actuar en nombre de la parte contratante.
- La persona que legalmente opere sobre bases comerciales.

² Medida inglesa (London InterBank Offered Rate). Esta tasa es fijada diariamente por la British Bankers Association.

Las partes contratantes no están obligadas a extender los beneficios a los miembros de una integración económica, ni en caso de convenios o arreglos internacionales en materia fiscal.

9.6.5 Normatividad adjetiva

Esta parte del acuerdo se refiere al procedimiento a seguir para hacer efectivas la seguridad y la protección ofrecidas por el Estado receptor. En este punto intervienen el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) y el Convenio del CIADI, que es el documento aplicable en las diferencias entre Estado y los nacionales de otro Estado. A su vez, el centro internacional tiene a su cargo apoyar a los contendientes mediante la aplicación del mecanismo complementario del CIADI, documento que contiene las reglas a seguir en la administración del procedimiento que se lleva a efecto en el secretariado del centro internacional.

9.6.6 Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

Este documento contiene las reglas aplicables a la solución de diferencias entre los Estados y los nacionales de otro Estado. En el primer momento del procedimiento se puede aplicar el derecho siguiente:

- La legislación nacional.
- La Convención de Nueva York de 1958.
- Las reglas de arbitraje de CNUDMI.

9.6.7 Conflictos por interpretación o aplicación del acuerdo

En un segundo momento se encuentra el conflicto que puede surgir por interpretación o aplicación de las normas de este documento. Ante tal situación, el acuerdo contempla un procedimiento en el que se debe acudir pacíficamente a la consulta y negociación, vías que deben solicitarse previamente y por escrito.

Ante el supuesto de no prosperar estas vías, pasados seis meses, cualquiera de las partes puede solicitar la integración de un tribunal arbitral o acudir a un tribunal internacional. El procedimiento que surge con motivo de la interpretación o aplicación del acuerdo es más rápido porque los plazos disminuyen. Una vez tomada la decisión de acudir al arbitraje, si alguna

de las partes no designa el árbitro que le corresponde, la contraparte tiene el derecho de acudir a la Corte Internacional de Justicia para que lo nombre el presidente de la corte o en su defecto lo haga el vicepresidente.

La determinación del derecho aplicable a la controversia puede ser con fundamento en lo siguiente:

- El acuerdo.
- Las reglas o principios del derecho internacional.
- En el caso de que las partes interpretaran el acuerdo, tal interpretación será obligatoria para ambas.

9.6.8 Solución de controversias

Este punto se refiere al procedimiento que debe seguirse ante el incumplimiento de las obligaciones de las partes del acuerdo. Antes de iniciar el procedimiento contencioso, deben agotarse las vías de la consulta o la negociación.

En el supuesto de no prosperar el arreglo mediante la consulta o la negociación, las partes tienen la vía del arbitraje; en caso de acudir a él, deberá notificarse a la contraparte seis meses antes la intención de someter el incumplimiento al arbitraje. El procedimiento se divide en dos fases: notificación de consulta y reclamación.

Notificación de consulta. La notificación es un acto previo, el cual debe contener los datos que identifiquen totalmente a las partes, la causa del conflicto, el daño causado y la reparación correspondiente por el incumplimiento.

Reclamación. La reclamación se puede llevar a efecto por medio del arbitraje con fundamento en cualquiera de las disposiciones siguientes:

- De acuerdo con el Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, esta vía procederá siempre que ambos contendientes sean partes del convenio.
- Con apego en el *Reglamento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias*, éste se aplicará cuando sólo una de las partes sea miembro del convenio.
- El solicitante de arbitraje puede seguir la vía establecida en las *Reglas de Arbitraje* del CNUDMI.
- Finalmente, las partes pueden someterse a cualesquiera otras reglas, siempre que ambas estén de acuerdo.

9.6.9 Procedencia de la reclamación de arbitraje

La procedencia de la reclamación a arbitraje exige los requisitos siguientes:

- Que el inversionista manifieste su consentimiento.
- La renuncia a iniciar otro procedimiento o, en caso de que ya exista uno en proceso, debe asumir el compromiso de no continuarlo, salvo que éste tenga por objeto obtener una medida precautoria suspensiva o declarativa y cuya finalidad no sea obtener el pago de daños ante un tribunal administrativo.

Tanto la renuncia a la vía procedimental intentada como el consentimiento para realizar el arbitraje deberán manifestarse por escrito junto con el documento en el cual se haga patente el sometimiento de la reclamación al arbitraje. El plazo para iniciar el procedimiento de reclamación es de tres años a partir del conocimiento de los hechos causa de la controversia, lo cual significa que, una vez transcurrido tal plazo, precluirá el derecho a la reclamación.

9.6.10 Tribunal de arbitraje

El tribunal de arbitraje se integra normalmente con tres árbitros, salvo que las partes dispongan otro número, el cual deberá ser siempre non. Ante el supuesto de que el tribunal no se integre dentro de los 90 días siguientes a la notificación de reclamación, el secretario del Centro de Diferencias actuará siempre que medie petición de parte.

De existir varias controversias el secretario general del Centro de Diferencias acumulará las causas, siempre y cuando con ello no cause lesión a cualquiera de las partes. Es importante determinar el Estado donde se llevará a efecto el arbitraje; en consecuencia, el acuerdo establece que debe realizarse en un Estado que sea parte de la convención de Nueva York de 1958.

Es conveniente aclarar que el acuerdo no permite a la parte incumplida invocar reconvencción o compensación, debido a que tanto la reconvencción como la compensación se interpondrían con el fin de no cubrir los daños o disminuirlos.

9.6.11 Procedimiento

El tribunal arbitral determinará lo siguiente:

- La sede del arbitraje.
- La fecha de inicio del procedimiento.
- Su competencia.

Respecto a las reglas del procedimiento, el tribunal o las partes podrán determinarlas. En el supuesto de ser dos Estados los contendientes, se aplicará el *Reglamento Facultativo de la Corte Permanente de Arbitraje*. Cabe aclarar que aun cuando el procedimiento se haya iniciado, siempre existe la posibilidad de que las partes lleguen a un entendimiento.

9.6.12 Medidas provisionales

Como todo procedimiento, el arbitral también contempla medidas provisionales con el fin de asegurar el cumplimiento del laudo si éste resulta condenatorio. En este orden de ideas, el tribunal arbitral tiene facultad para:

- Emitir una recomendación en la que proponga una medida provisional para proteger el derecho del contendiente.
- Que la jurisdicción del tribunal surta sus efectos totalmente.
- Preservar pruebas.

Frente a las anteriores facultades, al tribunal arbitral le está prohibido:

- Ordenar el embargo de bienes.
- Suspender la medida presuntamente violatoria.

9.6.13 Laudo y ejecución

El laudo se dictará con fundamento en las normas del propio acuerdo o según las normas y principios del derecho internacional. La decisión arbitral será tomada por mayoría de votos y estará debidamente motivada y fundada. Así mismo, el laudo es inapelable y, salvo acuerdo de las partes, en él se determinarán por separado o en conjunto:

- Los daños pecuniarios y el interés correspondiente.
- La restitución en especie o la indemnización pecuniaria.

El laudo siempre debe tener en cuenta los derechos de terceros y respetarlos.

Respecto a la eficacia de la resolución, el laudo sólo será ejecutable en los casos siguientes:

- Cuando haya transcurrido el tiempo para interponer su revisión o nulidad sin haberlo impugnado, o
- Cuando esté en proceso la solicitud de revisión o nulidad, en cuyo caso no se podrá ejecutar hasta que tales situaciones se hayan resuelto.

La parte dañada por el incumplimiento podrá solicitar medidas precautorias que le permitan asegurar su derecho a la indemnización.

Un elemento importante es la relativa a los gastos: cada parte cubrirá los de su árbitro y los de su representante en el procedimiento. Respecto a los gastos del presidente y demás gastos generales, serán cubiertos a prorrata por las partes, salvo que el tribunal decida que una de ellas deba pagar una cantidad mayor, situación que debe justificar totalmente.

9.6.14 Disposiciones finales

Como disposiciones finales, el acuerdo determina que su normatividad se aplicará a las inversiones realizadas antes o después de su entrada en vigor, pero no se aplicará a las reclamaciones resueltas antes de su vigencia, con lo cual se evita la retroactividad. Es importante destacar que el acuerdo acepta la aplicación de disposiciones previas y más favorables a las partes, así como la negativa a dar beneficios cuando el conflicto se suscite entre una empresa cuyo Estado no sea parte del acuerdo.

La vigencia del documento bilateral en estudio es de 10 años y será exigible durante 12 meses más a partir del momento en que cualquiera de los Estados notifique su terminación. El acuerdo podrá ser modificado únicamente con el consentimiento de ambas partes.

En conclusión, cabe afirmar que si bien estos acuerdos bilaterales pueden ser útiles, sólo lo serán en la medida en que realmente haya inversiones en ambos Estados, pues de lo contrario carecerán de sentido.

UNIDAD 10

Fuentes del derecho internacional privado

10.1 Consideraciones previas

En el estudio del derecho internacional privado, las fuentes históricas tienen fundamental importancia ya que en ellas se encontrará cómo los juristas de las distintas épocas resolvieron los conflictos presentados ante una colisión de normas de origen diverso.

Los principios invocados, los argumentos aducidos para determinar por qué sí o por qué no se debía aplicar un derecho extranjero van desde lo muy ingenioso hasta lo francamente inaceptable, sin que dejen de sostenerse razonamientos que pueden ser o son en realidad convincentes. En tal sentido, el estudio de las fuentes se hará por escuelas y por países. Las escuelas que se analizarán van del siglo X con los glosadores al XVIII con la escuela inglesa y concluyen con las tendencias en los siglos XIX y XX.

10.2 Escuelas de los siglos X a XVIII

- Los glosadores (siglos X a XII).
- Posglosadores (siglos XII a XIV).
- Escuelas estatutarias francesas en sus dos manifestaciones: siglo XVI y siglo XVII.
- Escuela holandesa del siglo XVII.
- Escuela inglesa del siglo XVII.
- Codificación de los principios de derecho internacional privado (siglo XVIII).

10.3 Tendencias de los siglos XIX y XX

- *Código civil francés* del siglo XIX o *Código de Napoleón*.
- Estados Unidos: **Joseph Story**.
- Inglaterra: **Dicey**.
- Alemania: **Friedrich Karl von Savigny**.
- **Joseph Story** y **Friedrich Karl von Savigny**.
- Alemania: **Zitelmann**.
- Italia: **Pascuale Stanislao Mancini**.
- Francia: **A. Pillet**.

Es importante conocer las fuentes del derecho internacional privado por tratarse de un área jurídica *sui generis* distinta de las demás ramas del derecho. Previamente se expuso que el derecho internacional privado es en realidad una técnica jurídica, cuyo objeto es determinar el derecho que debe aplicarse ante una situación de conflicto, consistente en que se involucran dos o más normas pertenecientes a diversos sistemas jurídicos nacionales. Ante tal colisión, el derecho internacional privado deberá precisar cuál será la norma aplicable; para ello, tendrá que recurrir también a normas, cuya naturaleza y composición son diferentes de las normas sustantivas o adjetivas.

El contenido de las disposiciones del derecho internacional privado es distinto porque está dirigido a determinar qué derecho deberá aplicarse. Son disposiciones que establecen reglas lógicas para decir cuál de las normas en conflicto deberá prevalecer y aplicarse. Por esta razón reciben el nombre de *normas conflictuales*. Las normas conflictuales no tutelan un de-

recho sustantivo, ni determinan un procedimiento, sino la función que realizan es resolver un conflicto de normatividad o un problema del derecho.

Expuesto lo anterior, es necesario conocer de dónde provienen esas normas técnicas que resuelven el problema respecto al derecho aplicable. Es conveniente aclarar que cada estudioso de esta materia otorga diferente nombre a las fuentes del derecho internacional; sin embargo, también cabe decir que, pese a la distinta denominación, las fuentes son las mismas. De acuerdo con lo expuesto se verán las fuentes históricas, las escuelas y los países con sus respectivos representantes y se estudiarán las fuentes históricas actuales. **Fernández Rozas**¹ sostiene que hay diversas fuentes del derecho internacional privado, de las cuales identifica cuatro clases:

Derecho internacional autónomo. Se integra por las normas que se crean en un Estado determinado en respuesta a su concepción de la justicia, para regular las situaciones internacionales y son de derecho interno.

Normas de derecho internacional privado convencional. Son las normas producto de un acuerdo o tratado entre Estados, en cuyo caso se denominan *derecho internacional privado convencional*.

Derecho internacional privado institucional. Son las normas creadas por organismos internacionales al que **Rozas** denomina *derecho internacional privado institucional*.

Lex mercatoria. Son las disposiciones consuetudinarias creadas por los particulares en las relaciones del comercio internacional.

Después de estas cuatro fuentes, **Rozas** sostiene que hay fuentes impropias, llamadas *soft law*.

Soft law. **Rozas**² afirma al respecto:

El *soft law*, es un concepto particularmente operativo del derecho internacional público, y en él se incluyen recomendaciones, dictámenes, códigos de conducta, principios, etc, sin poder de vinculación directa, pero que influyen no sólo en el desarrollo legislativo futuro, sino como referentes específicos en la actuación judicial. Pero también existe un *soft law* directamente aplicable al derecho internacional privado, el cual consiste en la proliferación de leyes modelo elaboradas en foros internacionales, algunos actos característicos del derecho institucional, convenios internacionales disponibles por las partes o la propia fuerza ejemplificativa de determinados convenios internacionales, actúan como fuentes en sentido impropio que pueden ser tenidas en cuenta tanto por el legislador como indirectamente por el intérprete. Su función, en

principio (*sic*), es la de constituir principios interpretativos, pero en la práctica, en una disciplina caracterizada por las múltiples lagunas, como es el derecho internacional privado, pueden servir de fundamento básico en una decisión judicial. Al margen de la consideración técnico-jurídica que esta práctica pueda merecer, no puede ocultarse su importancia creciente en nuestra disciplina.

Los razonamientos expuestos por **Rozas** respecto a la *soft law* como fuente del derecho internacional privado son argumentos suficientes para aceptar que, en efecto, la *soft law* puede considerarse una fuente del derecho internacional privado.

Expuesto lo anterior, se analizará cada una de estas fuentes:

10.4 Fuentes internas

Una primera y genérica clasificación de las fuentes internas o autónomas del derecho internacional privado es la siguiente:

- Fuentes reales u ontológicas.
- Fuentes formales.
- Fuentes históricas.

10.4.1 Fuentes reales u ontológicas

García Máynez³ expone que las fuentes reales son: Los factores y elementos que determinan el contenido de tales normas. En tal sentido, las fuentes reales son los fenómenos sociales, acontecimientos naturales, actos y hechos de los seres humanos que, al ser causa de problemas, los observa y regula el legislador con el fin de evitar o resolver las situaciones lesivas percibidas. Un ejemplo de fuente real son las fábricas y los autos que producen emanaciones y contaminan el medio ambiente, fenómenos que son producto de una actividad de la sociedad y que por resultar dañinos deben regularse con el fin de preservar la salud. Con tal motivo, se creó la disposición que obliga a la revisión semestral de los autos.

Como fenómenos naturales están los terremotos, inundaciones e incendios. El legislador no puede evitarlos ni prevenirlos, pero está a su alcance

¹ Cfr José Carlos Fernández Rozas et al, *Derecho internacional privado*, 2a ed, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001, pág 54.

² *Ibidem*, págs. 55 y siguientes.

³ Cfr Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho*, 26a ed, Editorial Porrúa, México, 1977, págs 51 y siguientes.

impedir un tanto sus efectos; con tal motivo, emite normas que regulen situaciones de emergencia para evitar el caos, organiza cómo extinguir un fuego, la forma rápida de salir de un edificio o de un transporte y al efecto se exige la colocación de señales en las salidas de los edificios y las medidas por tomar ante tales siniestros.

En cuanto a los hechos jurídicos, el legislador percibe, estudia y analiza la conducta humana y la regula tanto en los hechos lícitos como en los ilícitos y en los delictivos. Un ejemplo de lo anterior ocurre cuando una persona pasea a su perro en la vía pública, en cuyo caso debe cuidar que no cause daño; de lo contrario, será sancionada, lo cual se conoce como responsabilidad objetiva. El derecho también regula las situaciones en las que, sin tener autorización, una persona realiza una conducta que considera necesaria para evitar un daño a otra, por ejemplo: una gestión de negocios, figura creada por el derecho con el fin de que quien actúe sin autorización será responsable del daño o perjuicio que cause con su conducta. Todas estas situaciones las observa el legislador, quien las regula para mantener la armonía social.

En tal sentido, cabe concluir que por fuente real u ontológica debe entenderse toda situación efectiva, de origen natural o cultural que —debido a sus efectos dañinos— ha de regularse con el fin de mantener el orden y la cohesión social.

10.4.2 Fuentes formales

Tradicionalmente se ha sostenido que las fuentes formales son tres: legislación, costumbre y jurisprudencia.

Proceso legislativo. Es conveniente aclarar que la legislación no es una fuente formal; sin duda, puede ser una fuente histórica pero no formal ya que por ésta se entiende el proceso de creación de las normas y la legislación no es un proceso de creación, sino su efecto. Por ende, la fuente formal de la legislación es el proceso legislativo, cuyo desarrollo consta de los siguientes momentos: iniciativa, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación e iniciativa de vigencia. En efecto, toda norma —para serlo realmente y reunir los elementos de exterioridad, heteronomía, bilateralidad y coercibilidad— debe ser el producto de un proceso legislativo que en México tiene las etapas siguientes:⁴

⁴ *Ibidem*, págs. 53 y siguientes.

- **Iniciativa.** Se actualiza en el momento en que un proyecto de ley se presenta ante cualquiera de las cámaras del Congreso, salvo facultades exclusivas de una de ellas.
- **Discusión.** Se lleva a efecto inicialmente en la cámara de origen para, una vez aprobada, pasar a la cámara revisora.
- **Aprobación.** Es el acto por el cual una ley la aceptan ambas cámaras.
- **Sanción.** Tal etapa le corresponde al Ejecutivo, quien puede aprobar la ley o vetarla, situación que —por ser objeto de estudio de otra asignatura— sólo se menciona y se remite a la fuente por consultar.⁵
- **Promulgación.** Al promulgarse una ley o tratado, inicialmente se da a conocer el decreto mediante su publicación en el *DOF*, donde sólo se declara la aprobación de la ley, la cual será obligatoria a partir del momento en que se publique el texto del documento legal, en el que además se indique la fecha de inicio de la vigencia. Esto se determina de acuerdo con el sistema sincrónico o con el sucesivo.
- **Publicación.** Cualquier disposición normativa federal —para ser exigible— requiere publicarse en el *DOF*; cuando es local debe publicarse en el diario oficial de la entidad respectiva, como ocurre con la *Gaceta del Distrito Federal* o los diarios o gacetas de las entidades federativas.
- **Iniciativa de la vigencia.** En esta fase del procedimiento legislativo se determina la fecha a partir de la cual la norma será exigible. Este periodo se puede llevar a efecto mediante cualquiera de las vías siguientes:

—**Vía sincrónica.** Por este medio se da a conocer la fecha en que la ley entrará en vigor en toda la República simultáneamente.

—**Vía sucesiva.** La entrada en vigor será en diferente fecha, lo cual dependerá de la distancia que haya entre el lugar donde se publicó la ley y aquel donde deba entrar en vigor. El art 3o párr segundo del *Código Civil Federal* establece que deberá transcurrir un día más por cada 40 km o fracción que exceda de la mitad; por lo tanto, cualquier distancia que pase de 20 km dará como resultado que la disposición publicada tarde un día más en ser exigible.

Costumbre. Es una práctica realizada por la comunidad, cuya repetición constante crea el convencimiento de ser aceptada como obligatoria: es la *inveterata consuetudo et opinio jure seu necessitatis*, que desde el derecho romano se manifestó en dos elementos: subjetivo y objetivo.

⁵ *Cfr idem*.

- **Elemento subjetivo:** consiste en el convencimiento de que determinada conducta es útil y, por lo tanto, necesaria.
- **Elemento objetivo:** se manifiesta en la repetición constante de tal conducta, al grado de convertirse en obligatoria. Como ya se dijo, la obligatoriedad de la costumbre se expresa en el principio latino *inveterata consuetudo et opinio iure seu necessitatis*.

La costumbre, en los términos señalados, sólo será fuente del derecho en México si lo dispone una norma jurídica; de lo contrario, no podrá invocarse. A su vez, en los países de tradición sajona o del *common law*, la costumbre es la fuente principal del derecho, aun cuando también tienen derecho escrito.

El reconocimiento de la costumbre y de los usos en el sistema jurídico romano-germánico —cuyo derecho es escrito y lo sigue México— sólo se permite en materia mercantil y laboral en atención a que así lo dispone una norma, creada formalmente. Cabe aclarar que la costumbre es una fuente del derecho mercantil de gran importancia, al grado de haber dado lugar al *Ius Mercatorum* o *Lex Mercatoria* que es plenamente reconocida en el derecho internacional privado.

Jurisprudencia. Es un concepto derivado de las palabras latinas *iure* y *dicere*, que significan decir el derecho. Así, los jueces y los árbitros dicen o aplican el derecho; para ello, deben ubicarse en cualquiera de los supuestos de la técnica jurídica consistente en desentrañar, interpretar el sentido de la ley, integrar el derecho cuando existe una laguna legal o bien, determinar su aplicación en el tiempo o en el espacio.

- **Desentrañar.** El sentido de la ley es un proceso necesario cuando la norma resulta oscura. Este proceso exige un razonamiento que debe realizar el juzgador; sin embargo, para lograrlo ha de tomar en cuenta el espíritu o *ratio* de la norma y con esta base resolver el litigio presentado ante él.
- **Interpretar.** Es otro problema que el juzgador debe resolver en la aplicación de la ley, el cual surge ante la existencia de una disposición que sin ser aplicable exactamente al conflicto por resolver, es similar a una norma existente aplicada a un litigio parecido. En tal sentido, el juzgador debe realizar un razonamiento con el cual demostrará la similitud de las dos situaciones a fin de fundamentar debidamente la aplicación de tal analogía. Este procedimiento lógico-jurídico es una obligación que el juzgador debe hacer con el fin de impartir justicia, ya que de lo contra-

rio la denegaría. La interpretación es procedente en cualquier materia, excepto en la penal en atención al principio *nullum crimen nulla poena sine lege*: no existe delito sin pena, ni pena sin ley.

- **Integrar.** Es un acto de creación de la ley que el juzgador debe realizar ante una laguna de la ley; para lograrlo, la Constitución establece en el último párr del art 14:

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

El dispositivo constitucional contiene los procesos técnico-jurídicos que debe realizar el juzgador: en la interpretación y la integración del derecho. Las formas de aplicar la ley mediante su aclaración, interpretación o integración ha dado lugar a la jurisprudencia; sin embargo, llegar a ella exige efectuar una serie de pasos previos que deben cumplir determinadas reglas técnicas. En México la creación de la jurisprudencia se rige por el art 192 de la *Ley de Amparo*, que a la letra establece:

La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustenten en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.

También constituyen jurisprudencia las resoluciones que diluciden las contradicciones de tesis de las salas y de Tribunales Colegiados.

De lo expuesto puede concluirse que la jurisprudencia, al ser una vía para desentrañar, interpretar, integrar y aplicar el derecho, es resultado de un proceso técnico-jurídico, así como una fuente de creación e interpretación del derecho interno y, en consecuencia, una fuente del derecho internacional privado por ser este esencialmente interno.

10.5 Fuentes históricas

La historia se ha definido como el saber de comprobación pretérita de lo singular sucesivo. ¿Qué significa esta definición? Su significado es claro: la historia está compuesta de hechos singulares ocurridos en el pasado y, por ende, son comprobables.

¿Con qué fin se estudia la historia? Evidentemente, su fin es conocer los hechos pasados como la causa de los acontecimientos presentes. Ningún fenómeno social, acto o hecho jurídico surge al azar, sino que todos llevan entre sí una relación; de ahí la necesidad de ir al origen del derecho internacional privado y a su evolución para conocer cómo se llegó a las soluciones que actualmente se aplican en este derecho, cuya naturaleza jurídica es ser una técnica jurídica consistente en crear un derecho que determine cómo aplicar la disciplina jurídica.

Época antigua: derecho romano. Estudiar el derecho antiguo exige ineludiblemente analizar el derecho romano.

Martin Wolf⁶ sostiene en su obra *Derecho internacional privado* que el derecho romano no aportó nada al derecho internacional privado, lo cual atribuye al desprecio que Roma tenía a todo derecho distinto del suyo, que se componía por el *ius civile* y el *ius gentium*. El autor añade:

El *corpus iuris civile* —que contesta o sugiere una solución a toda cuestión jurídica prácticamente concebible— no dice después nada de la cuestión de la aplicación de leyes extranjeras. **Justiniano**, al tratar las diferentes clases de ley, repite el pasaje didáctico de las *Instituciones* de **Gayo** de que todos los pueblos regidos por leyes y costumbres usan parcialmente su propio derecho y parcialmente el derecho común de la humanidad; al primero, el *ius proprium civitatis*, lo llama *ius civile*, como opuesto al segundo, el *ius gentium*.

En el análisis del derecho romano, **Wolf** continúa y dice:

Cuando en algunos lugares el *Digesto* establece que ciertos puntos tienen que decidirse por el *mos* o *consuetudo regionis* o *loci* o *provinciae*, eso no implica ninguna referencia a ningún 'derecho' consuetudinario, costumbres de hecho o usos locales que el juez tiene en cuenta con objeto de completar lagunas en contratos y testamentos.

Del texto transcrito de la obra de **Wolf** cabe decir que su interpretación de la costumbre es errónea, ya que ésta y los usos forman el derecho con-

⁶ Martin Wolf, *Derecho internacional privado*, sne, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958, págs 20 y siguientes.

suetudinario aplicado por los romanos en las materias contractual y testamentaria. Dicho autor afirma en su obra también:

Sin embargo, el único punto de interés (esto es, la cuestión de cuál de las dos costumbres locales en conflicto tiene que predominar) se menciona solamente en un pasaje. En el *Digesto* 21-2-6 se dice que si se vende un trozo de tierra la cuestión de si y como el vendedor, *cavere pro evictione*, debería resolverse conforme a la costumbre del lugar donde el contrato se hizo.

En este punto, **Wolf**, aun cuando admite que hay una solución al determinarse el derecho aplicable con base en la costumbre, destaca el principio de que se aplicará el derecho del lugar de la celebración del contrato; pese a ello, sostiene que no es razón suficiente para considerar tal solución como un principio de derecho internacional privado.

Respecto a la postura de **Wolf** procede considerar que la solución mencionada es con base en la costumbre y en el principio de derecho internacional privado conocido como *locus regit actum*. En esta obra, **Wolf** añade:

De fuentes externas a los textos de derecho romano parece deducirse que en cuestiones de libertad y servidumbre, de manumisión, de matrimonio y de propiedad matrimonial, de patria potestas, tutela y herencia, se aplicó en tribunales romanos la *lex originis*⁷ de la persona en cuestión. Pero ningún jurista romano menciona aún esta práctica. Este completo silencio puede ser debido al hecho de que el derecho internacional privado, puede solamente desarrollarse cuando se muestra respeto por el derecho extranjero y cuando existe una atmósfera de igualdad, como la que dominaba en el pensamiento jurídico de las ciudades-Estado italianas del siglo XII en adelante.

Para **Wolf**, el derecho internacional privado tiene su origen en el siglo XII; sin embargo, es importante aclarar que de lo expuesto por dicho autor sobre el derecho romano se deduce su aceptación, aunque limitada a la existencia de algunos problemas del ahora derecho internacional privado, ya resueltos por el derecho romano con fundamento en la costumbre y en principios propios del derecho internacional privado. Tampoco es posible esperar que los romanos hubieran desarrollado principios como los actuales, ya que sin duda las situaciones tendrían que haberse resuelto con la visión del pasado.

En este orden de ideas es innegable que lo expuesto, como el *cavere pro evictione* y el *lex originis*, muestran antecedentes de solución a los conflictos

⁷ La costumbre de la región o el lugar de la provincia.

del ahora derecho internacional privado. En Roma, como es sabido, el derecho comprendía el *ius civile* y el *ius gentium*. Al respecto sostiene **Wolf** que la relación entre estos derechos sólo ocurría subsidiariamente y de acuerdo con el origen de la relación. En tal sentido, si el origen de la relación era el *ius civile*, de existir una laguna en este derecho se aplicaba subsidiariamente el *ius gentium*.

Con todo respeto a tan distinguido jurista, cabe aclarar que si los juzgadores romanos aplicaban la ley de origen de la persona, respetaban la norma extranjera y puede aún sostenerse que la ley de origen, traducida a conceptos actuales, sería la ley de la nacionalidad de la persona en conflicto, lo cual muestra, además, el reconocimiento al estatuto personal desarrollado en la Edad Media.

Es evidente y natural que en esos primeros siglos, tanto los territorios sometidos a Roma como sus disposiciones jurídicas carecieran de la precisión que actualmente tienen las normas de derecho internacional privado; sin embargo, se presentaban —aun cuando muy aislados— los problemas relativos a la determinación del derecho aplicable.

Frente a la interpretación que **Wolf** hace del derecho romano, **Eduardo Trigueros**⁸ invoca del *Digesto* la *Ley 34*, por la cual el Estado romano “dejaba en libertad al magistrado para determinar en nombre del soberano la utilidad y la justicia de aplicar a determinadas situaciones leyes ajenas al pueblo rey”.

En tal sentido, añade **Trigueros**, “... los juristas romanos sintieron la imperiosa necesidad de dar fuerza ante sus tribunales a situaciones jurídicas derivadas de leyes o costumbres extrañas al derecho de Roma y para hacerlo se vieron obligados a dejar de aplicar de modo exclusivo el *ius civile* por razones no sólo de justicia sino también de utilidad, pero sin tener en cuenta el imperio de otras leyes ni su vigencia, ni el poder de otros pueblos, sino con fines de carácter puramente interior”. Dicho autor sostiene, a lo cual nos adherimos, que los conflictos de leyes fueron conocidos por los juristas romanos y resueltos por los magistrados; por ello, no referirse a las técnicas que empleaban, como ocurre actualmente, no autoriza a sostener que no existieron.

Lo señalado anteriormente es la interpretación del derecho antiguo, pero en la Edad Media parece percibirse con mayor claridad la naturaleza de los problemas que presenta lo que hoy se conoce como derecho internacional privado.

⁸ Eduardo Trigueros Saravia, *Estudios de derecho internacional privado*, 1a ed, UNAM, México, 1980, págs 30 y siguientes.

Edad Media. Este periodo de la humanidad surgió con la invasión bárbara y la división de Roma en Imperio romano de Oriente e Imperio romano de Occidente, época en la que no se desarrollaron teorías acerca del derecho internacional privado ya que dominaba el principio de aplicar la ley de origen. En tal sentido, la influencia del invasor bárbaro propició que cada persona se rigiera por su propio derecho: los bárbaros se regían por las *leges barbarorum* y los invadidos por el derecho romano; éste es el momento en que se aplica la ley personal y en el que surge la división de los dos grandes sistemas del derecho occidental: el derecho romano y el derecho del *common law*.

En apoyo de lo anterior, **Trigueros**⁹ sostiene:

Las tribus invasoras del Imperio romano de Occidente vinieron a formar, como consecuencia de las invasiones sucesivas, grupos de familias de diversas tribus que juntamente con los anteriores pobladores de cada comarca convivían. Los vencidos huían por razones de su antiguo arraigo y los vencedores tenían interés en conservarlos en su territorio para aprovechar su ayuda y su mejor cultura.

Esta coexistencia de varias tribus, con leyes propias, tenía que traer consigo forzosamente conflictos en cuanto a la validez normativa de cada sistema de derecho.

Lo anterior dio lugar a que cada individuo se rigiera por las leyes de su tribu o ley personal, de tal forma que los romanos siguieron con sus propias leyes y los invasores con sus *leges barbarorum*.

En un principio fue sencillo identificar el origen de cada persona y el derecho personal que la regía; sin embargo, con el tiempo los lazos se multiplicaron entre los miembros de las distintas tribus, así como entre los vencedores y los vencidos. Esto condujo a que se dificultara la determinación del origen de la persona y la ley que lo amparaba, por lo cual fue necesario que el involucrado en el conflicto aclarara cuál derecho debía aplicársele. De esta forma se reconoció totalmente la ley personal denominada después estatuto personal.

Debido a lo duradero de la Edad Media, el estatuto personal se extinguió poco a poco y en su lugar se inició la aplicación del derecho del señor feudal; así se pasó del estatuto personal al estatuto territorial. Los historiadores sostienen que el territorialismo de los estatutos duró del siglo X al XIII, en los cuales la organización feudal centró su poder en el territorio y a él se

⁹ *Ibidem*, pág 33.

vinculaban las personas y las instituciones. En este periodo, cada comarca tenía sus propias leyes, lo cual hacía que se aplicaran el derecho romano y los distintos estatutos de cada provincia o ciudad. Cabe añadir que en este periodo surgieron los glosadores.

10.6 Escuela de los glosadores o escuela de derecho romano de Bolonia en los siglos X a XII

Esta escuela consideró al derecho romano como la máxima expresión jurídica; sobre tal base se recurrió a los antiguos textos romanos en busca de solucionar los problemas que se presentaban. En seguimiento de esta concepción, los glosadores se dedicaron a realizar una interpretación de la ley romana. Así, **Trigueros** sostiene que en aplicación del método exegético, los glosadores —sin acudir al espíritu de la ley que comentaban— se limitaron a seguir el texto de la norma y a la aplicación exacta de las palabras, para dar una justa solución al problema.

En la interpretación de la ley romana, los glosadores traducían los textos y los comentaban; tales comentarios se denominaron *glosas*, de ahí el nombre de esta escuela. En este periodo se desarrollaron varios principios, como la autonomía de la voluntad, ya que las partes podían elegir al juez a quien presentarían su causa, lo cual implicó que también elegían la ley de tal juzgador. Se determinó también que las leyes emitidas por el príncipe sólo obligaban a sus súbditos.

Los estudios de los textos romanos realizados por los glosadores llevaron a la creación de principios y a plantear varias interrogantes. Aportaron la distinción entre el derecho sustantivo, al cual denominaron *ad litem decidendam* y el derecho adjetivo, al que llamaron *consuetudo ad litem ordinandam*. A manera de ejemplo está el siguiente problema y la solución que se le daba. "Si un habitante de Bolonia se traslada a Módena, no deberá ser juzgado con arreglo a los estatutos de Módena, a los cuales no está sometido, como lo demuestra la frase de la *Ley Cunctos Populus*: los que están sometidos a nuestra benévola autoridad."¹⁰ Es evidente que en este periodo se reconocía el estatuto personal.

10.7 Escuela de los posglosadores en los siglos XII a XIV

Wolf sostiene que el derecho internacional privado es producto de las universidades italianas del siglo XIII y se desarrolló en Génova, Pisa, Milán, Venecia, Bolonia y Florencia según nuevas reglas consuetudinarias y comerciales.

Los nombres que destacaron en esta corriente surgida en los siglos XIII y XIV son varios, como el de **Guillermo Durante**, quien en su obra *Speculis juris* estudia los conflictos de leyes en los testamentos.¹¹ Los posglosadores más destacados fueron **Baldus de Ubaldis**, **Bartolo de Saxoferrato** y **Saliceto**. La escuela de los postglosadores se guió por dos principios:

- El buen sentido.
- Dar a cada ley la aplicación que le correspondiera según su propia naturaleza.

En esta escuela destacan dos aspectos fundamentales aportados por los posglosadores:

- La clasificación de las leyes.
- La elección de la ley competente.

En el siglo XIV (1314-1357), **Bartolo de Saxoferrato** descubrió las grandes facetas del derecho internacional privado, pero no preguntaba: ¿cuál sistema jurídico se aplica a una serie de hechos?, cuestionamiento que era seguido por casi todos los estudiosos de este campo. **Bartolo** partía de las relaciones jurídicas que se regulaban en una ciudad o provincia y su interrogante era: ¿cuál grupo de relaciones caen bajo una regla dada de derecho que existen en un país dado?¹²

Nótese que **Bartolo** centró el problema en la naturaleza de la relación jurídica origen del conflicto, concepción que después se reflejó en el sistema conflictual tradicional y en la fase de calificación al analizar el supuesto de la norma conflictual. Así mismo, a este glosador se le atribuye haber establecido la diferencia entre reglas aplicables a las personas, a los bienes y a los actos, distinción que después fue presentada o denominada como *estatutos personales, reales y mixtos*.

Clasificación de las leyes. **Bartolo de Saxoferrato** intentó clasificar los estatutos en tres clases: personales, reales y mixtos.

¹⁰ Acúrcio, citado por J.P. Niboyet, *Principios de derecho internacional privado*, selección de la 2a ed francesa del *Manual de A. Pillet y J.P. Niboyet*, traducida y adicionada con legislación española por Andrés Rodríguez Ramón, México, 1957, pág 210.

¹¹ Citado por Eduardo Trigueros, ob cit, pág 47, nota 14.

¹² Cfr Martin Wolf, ob cit, págs 23 y 24.

- El estatuto personal regulaba la situación jurídica de las personas que establecían su domicilio o su origen en el territorio donde los estatutos tenían vigencia. De aquí puede sostenerse que surgió el principio *lex domicilium*.
- El estatuto real regulaba los inmuebles ubicados en el territorio, de donde deriva el principio *lex rei sitae*. Por su parte, a los bienes muebles se les aplicaba el principio *mobilia sequuntur personam*, lo cual significaba que se regían por los estatutos a que estaban sometidas las personas, estatutos que cambiarían de acuerdo con el lugar donde se trasladara la persona poseedora del bien.
- La tercera clase de estatutos eran los mixtos, los cuales se aplicaban a los contratos celebrados donde el estatuto tenía vigencia; de aquí deriva el principio *locus regit actum*.

En caso de incumplimiento, negligencia o cualquier acto que diera lugar a la rescisión del contrato, el estatuto aplicable sería el vigente en el lugar donde sucediese cualquiera de las causas señaladas; de aquí se derivó también el conflicto móvil.

A pesar de esta clasificación, no existía una regla que determinará a cuál de las tres clases de relación pertenecía un estatuto; por ello, se decidió que la primera palabra determinaría el estatuto aplicable de tal forma que si esta palabra se refería a personas, el estatuto sería personal, si aludía a un bien, el estatuto sería real y si se refería a un acto jurídico, el estatuto era mixto.

Elección de la ley competente. En este punto, los posglosadores se basaron en la naturaleza de las cosas y distinguieron entre la ley sustantiva y la adjetiva; así, las reglas referentes al fondo de la litis se conocieron como *ordinatori litis*, en tanto que las reglas relacionadas con el procedimiento se llamaron *decisori litis*.

Otro problema jurídico que preocupó a los posglosadores surgió de la interrogante ¿por qué razón los estatutos locales derogaban al derecho romano? Se ha dicho que había un derecho romano de gran autoridad y vigencia y que paralelamente existían los estatutos locales, cuya validez era plena; en consecuencia, no se les podía ignorar. Por lo tanto, pese a que los estatutos locales eran de jerarquía inferior al derecho romano, éste era derogado por las normas locales consideradas especiales.

Los mismos textos romanos dieron la respuesta a tal problema con el principio *lex specialis posterior, derogat generali anterior*.¹³ A la solución de este problema siguió otro, basado también en un cuestionamiento.

¹³ Eduardo Trigueros, ob cit, pág 42.

La derogación ¿sería restringida?, ¿se aplicaría sólo en los casos previstos en la ley y sólo en el territorio donde estaba vigente el estatuto? o ¿la derogación sería absoluta y se aplicaría a todas las personas que estuvieran sujetas a tales estatutos? De esta forma se planteó la eficacia que pudiera tener un estatuto en un lugar distinto del de su origen. El problema consistía no en determinar si el estatuto era extraterritorial, sino en establecer cuando era posible aceptar que leyes extrañas rigieran una situación interna. En otras palabras, se debería determinar cuándo el derecho interno permitiría la aplicación de normas extranjeras.

10.8 Escuelas estatutarias francesas: siglos XVI y XVII

La escuela estatutaria francesa no fue única, sino que en realidad se distinguieron dos manifestaciones en los siglos XVI y XVII respectivamente.

10.8.1 Escuela estatutaria francesa del siglo XVI

Los representantes de esta escuela son tres: **Camilo Dumoulin**, **Bertrand D'Argentre** y **Guy de Coquille**.

Camilo Dumoulin, expuso, con fundamento en el derecho feudal, que todos los estatutos o leyes eran reales; así identificó la propiedad con el territorio al sostener que todas las costumbres eran reales, cuando lo correcto era decir que las costumbres eran territoriales; además, justificó que una ley fuera extraterritorial cuando el objeto de la relación fuesen las personas. En consecuencia, ellas determinaban voluntariamente que el contrato fuese extraterritorial.

Obviamente, lo anterior es erróneo porque la voluntad de las partes no es extraterritorial; lo que tiene naturaleza extraterritorial es la ley que las partes decidieran aplicar a un acto jurídico realizado en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad, autonomía que les permitía ignorar la ley del territorio y aplicar una ley extraña.

Bertrand D'Argentre. Parte del principio de territorialidad, al que considera absoluto; por ello, sólo acepta como único caso para aplicar extraterritorialmente la ley el deber u obligación que se tiene de proteger a los extranjeros. **D'Argentre** acepta la clasificación tripartita hecha por los posglosadores (estatutos personales, reales y mixtos) y afirma que sólo podrán ser extraterritoriales los estatutos personales, divididos en generales y especiales.

Estatutos generales. D'Argentre sostuvo que los estatutos personales generales se referían a la persona de forma exclusiva y que eran válidos universalmente. En consecuencia, podían ser invocados ante tribunales extranjeros, lo cual implicaba que se trataba de situaciones inherentes a la persona. Así, puede considerarse que tales estatutos se referían a los atributos de la personalidad.

Esta clasificación de D'Argentre, si bien se ha criticado, no parece fuera de lógica pues el estado civil podría considerarse estatuto personal general al reconocerse en el extranjero la situación de estar casado o tener una relación filial cuyos derechos y obligaciones debieran aceptar y proteger los tribunales extranjeros, como ocurriría en el caso de una adopción o del derecho de un menor a solicitar alimentos a su padre.

Estatutos personales especiales. D'Argentre sostiene que los estatutos personales especiales se refieren a la capacidad de la persona para realizar actos concretos o en relación con determinados bienes. Tales estatutos difícilmente podrían invocarse ante tribunales extranjeros, en atención a que la capacidad de ejercicio de las personas sólo puede determinarla cada Estado.

Un estatuto personal especial es la capacidad de ejercicio para realizar un acto jurídico, como contratar o ejercer un derecho adquirido, lo que no puede invocarse con fundamento en una norma propia. De aceptarse esto último, se estaría ante el reconocimiento de un derecho extranjero, lo cual no es posible, pues la capacidad debe estar regulada por las disposiciones especiales del derecho interno.

Guy de Coquille tiene una tendencia iusnaturalista y considera que el legislador es omnisciente y omnipotente, fundamenta su teoría de la extraterritorialidad de la ley en el derecho natural y considera que la ley sólo es la consagración del derecho natural. Considera que la territorialidad o extraterritorialidad de la ley deriva del legislador quien en su calidad de omnisciente y omnipotente crea leyes claras con finalidad extraterritorial, esta norma debe cumplirse.

En realidad este jurista del siglo XVII demuestra un pensamiento medieval al fundar su teoría en el derecho natural y la calidad del legislador.

Trigueros Saravia lo critica al exponer que de Coquille no tenía en cuenta lo limitado del poder del legislador y el límite territorial de validez de la norma jurídica al sostener que la ley tiene poder para regir situaciones en un territorio en el que el legislador carece de poder para legislar.

Coquille, lejos de resolver el problema de cuándo en un territorio deben de aplicarse las leyes de otro Estado, lo que él pretende es saber cuándo las leyes de un Estado están limitadas al territorio en el que surgieron.

10.8.2 Escuela estatutaria francesa del siglo XVII

Esta escuela no tiene una aportación teórica y se limita a dar solución casuística a los problemas, entre cuyos exponentes cabe destacar a los juristas **Froland, Bullenois y Bouhier**.

Froland recopila las opiniones y sentencias emitidas, las analiza y las comenta. Su trabajo, aunque es de compilación, no se ha reconocido en todo lo que vale, pues se ha ignorado la gran utilidad que aporta su pragmatismo. Tal vez la obra de **Froland** habría tenido mayor trascendencia si del material recopilado hubiera extraído alguna teoría o expuesto un método que justificara, mediante un razonamiento lógico-jurídico, la aplicación de normas extranjeras. En sus comentarios, dicho autor se limita a considerar que los estatutos deben ser personales porque la persona —por su calidad— ha de estar por encima de los bienes, ya que éstos existen únicamente con el fin de proporcionar servicios a las personas.

A su vez, **Bullenois** al exponer sus ideas acerca de los estatutos es totalmente contrario a **Froland**. Sostiene que en caso de duda sobre ¿cuál estatuto será el aplicable? se inclina decididamente por el real, con lo cual afirma su tendencia territorialista frente a la extraterritorialidad de **Froland**.

Bouhier. Con el fin de dar cabida a las tres clases de estatutos (personales, reales y mixtos), invoca las *Instituciones de Justiniano*,¹⁴ quien en el Libro Primero Título II párr 12 establece claramente: "Todo nuestro derecho se refiere ya a las personas, ya a las cosas, ya a las acciones. Tratemos primero de las personas porque poco se conocerá el derecho si no se conocen las personas por cuya causa se haya constituido."

Con fundamento en la transcripción anterior, **Daguesseau**, otro jurista francés, reconoció y sintetizó la triple naturaleza de los estatutos en los siguientes términos:

Los estatutos personales son aquellos que afectan a la persona, que forman lo que se llama su estado, que la hacen capaz o incapaz, no de disponer de tales o cuales bienes, sino de contratar, de testar, de hacer tales o cuales actos, de suerte que el acto es nulo en sí, independientemente de su condición. Los estatutos reales son aquellos que dicen relación (sic) a la cualidad y a la naturaleza de los bienes de que se puede disponer... Estas leyes, que se refieren directa y principalmente a los bienes, son independientes de la capacidad de

¹⁴ "Omne autem jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad acciones. El ignorentur prius de personis videamus; nam parum est jus nosse si personae quorum causa constitutum est, ignorentur", Justiniano, *Instituciones* edición bilingüe, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1976, pág. 32.

la persona. Estatuto mixto es el que se refiere a todos los actos lícitos del hombre, convencionales o de otra clase...¹⁵

Con el párrafo transcrito se llegó a la aceptación de las tres clases de estatutos, inicialmente destacados por los posglosadores.

La crítica que hace Trigueros¹⁶ a las teorías expuestas por los posglosadores y a los seguidores de las escuelas francesas radica en que: "... invirtieron los términos del problema buscando las leyes territoriales, en vez de buscar la aplicación en el territorio de leyes extrañas y además abrigaron la pretensión de fundar la extraterritorialidad de la ley en su carácter personal, ya que ni unidad ni permanencia de la personalidad pueden imponer por su fuerza a un Estado soberano la aceptación de las leyes de otro Estado..."

Pese a las anteriores críticas de Trigueros respecto a lo confuso de las teorías francesas, es necesario aceptar que estudiaron los problemas y argumentaron las conveniencias e inconveniencias teóricas y prácticas de aplicar en su territorio leyes extrañas en la regulación de algunas situaciones. A esto se suma que el *Código de Napoleón* inspiró en cierta forma su territorialismo en las escuelas estatutarias cuando cambió el principio del domicilio como ley personal por la ley de la nacionalidad. Con base en esto, se sostiene que los franceses, en cualquier parte donde se encuentren, se someten a la ley francesa en cuanto a su estado y capacidad.

10.9 Escuela holandesa del siglo XVII

Las ideas expuestas por D'Argentre tuvieron gran éxito en los estudiosos holandeses, quienes a su vez añadieron ideas y conceptos nuevos a los argumentos referentes a la territorialidad de la ley. La escuela holandesa del siglo XVII incluyó en sus argumentos el principio de soberanía. Los representantes más destacados fueron Ulrico Huber y Paul John Voet. Ulrico Huber¹⁷ propuso tres principios fundamentales en materia de territorialidad de la ley, lo cual expresó de la siguiente forma:

1. Las leyes de cada Estado operan en los límites territoriales de tal Estado y son obligatorios para todos sus súbditos, pero no fuera de aquellos límites.

¹⁵ Daguesseau citado por Eduardo Trigueros Saravia, ob cit, pág 61.

¹⁶ Eduardo Trigueros Saravia, ob cit, pág 62.

¹⁷ Martín Wolf, ob cit, págs 26 y siguientes.

2. Súbditos de un Estado son todos los que se encuentren dentro de las fronteras de su territorio, si residen ahí permanentemente o si su presencia allí es temporal.
3. Los soberanos de los Estados actúan por cortesía, *comiter agunt*, con objeto de que las leyes de cada pueblo, después de haber sido aplicadas dentro de los límites de su propio país, conservan su vigor en todas partes, ante el supuesto que los poderes o derechos de otro soberano o de sus ciudadanos no se perjudiquen por esto.

Los dos primeros principios destacan con claridad una concepción territorialista, en tanto que el tercero es manifiestamente extraterritorialista con base en el principio de *comitas gentium*, ideado por esta escuela.

John Voet¹⁸ añadió a lo anterior que el principio de territorialidad de la ley se aplicaría aun cuando se considerara que el estatuto fuera personal o mixto. Así mismo, aceptamos junto con Wolf¹⁹ que la escuela holandesa estableció como regla para resolver una colisión de derechos el argumento siguiente:

Todo estado (*sic*) tiene libertad para promulgar sus reglas de conflicto según su propia discreción. Puede ordenar a los jueces de su territorio no aplicar ningún derecho extranjero en absoluto, o también aplicar ciertas reglas bajo las condiciones que fije el estado (*sic*). La libertad de elección del Estado no está limitada de ningún modo por reglas de derecho interestatal; los escritos holandeses derivan esto del concepto de soberanía (*imperium*). Ningún Estado hará, no obstante, uso de su derecho para extender la elección del derecho arbitrariamente.

En este orden de ideas, cabe afirmar que la escuela holandesa transmitió al derecho internacional privado del siglo XX los principios siguientes:

- El derecho internacional privado es derecho nacional.
- El soberano de cada país determina en qué condiciones sus jueces aplicarán leyes extranjeras.
- No existen reglas de derecho internacional público que obliguen a un soberano a aplicar normas extranjeras dentro de su territorio.
- Las figuras de *imperium* y *comitas gentium*.
- En conclusión, los conceptos de *imperium* o de soberanía y de *comitas gentium* o de cortesía son instituciones ideadas por la escuela holandesa y se encuentran vigentes en las normas internas de los Estados modernos.

¹⁸ Cfr. John Voet, citado por Martín Wolf, ob cit, pág 27.

¹⁹ Idem.

10.10 Escuela inglesa del siglo XVII

La escuela inglesa sostiene que los conflictos de leyes ocurrieron hasta el siglo XVII, ya que antes cada tribunal aplicaba sus leyes y los problemas no los resolvía con fundamento en el derecho sustantivo, sino que su planteamiento era de naturaleza adjetiva pues atendía a la competencia del juez.

En Inglaterra el problema se planteaba al inquirir: ¿cuál tribunal tiene competencia para juzgar el caso? Esta vía era totalmente opuesta a la estatutaria, cuyo punto de partida fue preguntarse inicialmente: ¿cuál ley debe aplicar un tribunal a un caso dado? Nótese que los estatutarios buscaron resolver primero cuál ley debería aplicarse y posteriormente el problema adjetivo al preguntarse: ¿cuál tribunal tendría competencia para juzgar el caso?

Por el contrario, Inglaterra resolvía el problema adjetivo y se mostró respetuosa de las sentencias extranjeras que se fundaban en el derecho sustantivo extranjero. El argumento inglés consistió en que los tribunales tenían la obligación de reconocer y dar cumplimiento a las sentencias extranjeras de acuerdo con las reglas de las naciones o de la cortesía internacional que respetaban y cumplían con base en preguntarse: ¿por qué razón un tribunal inglés revocaría una sentencia de un tribunal extranjero? y ¿qué ocurriría si un tribunal extranjero no diera crédito ni cumpliera las sentencias inglesas? Los ingleses apoyaron de esta forma tanto la soberanía de los Estados como el principio de reciprocidad, con lo cual se abrió paso a la cooperación procesal internacional.

El reconocimiento del derecho sustantivo extranjero, mediante el cumplimiento de una sentencia extranjera, llegó a ser tan respetado en Inglaterra que incluso el juez británico llegó a sustituir la ley inglesa por la ley del lugar de realización del acto. Los jueces ingleses estaban de acuerdo en reconocer y aplicar un derecho extranjero con apoyo en el principio de que tal acto no era ilegal.

10.11 Siglo XVIII: codificación de los principios de derecho internacional privado

El siglo XVIII se caracterizó por el estudio y aplicación de los principios que surgieron con el fin de precisar la ley aplicable. Tales principios se incluyeron en diversos códigos, entre los que destacó el Código Civil bávaro en 1756. En este cuerpo legal se incluyó el principio de que la ley aplicable

tanto a los muebles como a los inmuebles sería la del lugar de la ubicación unos u otros; se plantea así el principio *lex rei sitae*.

Cabe considerar que si bien los bienes muebles se rigen por el lugar donde están, tales bienes se encuentran ahí porque alguien los tiene y si ese alguien cambia de lugar y con él traslada el bien, se aplicará la ley que rija a la persona y será la del lugar donde se halle el bien. En tal sentido, procede afirmar que respecto a los bienes muebles hay una identidad en cuanto al lugar de ubicación del bien y el de la persona, es decir, siempre se aplicará la ley del lugar de la ubicación del bien. La diferencia está en que el Código Civil bávaro atiende al lugar para determinar el derecho aplicable, en tanto que el principio *mobilia sequuntur personam* determina la ley aplicable en función de la persona que tiene el bien. Finalmente, en ambos supuestos se aplicará la misma ley.

En 1794 el Código Civil prusiano estableció dos principios que favorecieron las relaciones comerciales, al considerar que si una persona tenía dos domicilios al celebrar un contrato o cualquier otro acto jurídico, la validez del contrato o del acto la daría la ley del domicilio que considerara válidos los actos. De esto se deduce que un domicilio podría estar regido por una ley que no considerara válido el acto, o el contrato y la ley aplicable en otro domicilio si reconociera la validez de los actos. En este punto se plantea la siguiente pregunta: ¿qué ocurriría si ninguno de los domicilios reconociera la validez del acto o del contrato? Tal vez la respuesta es que debería buscarse otro punto de contacto.

10.12 Tendencias de los siglos XIX y XX

Código de Napoleón. El derecho internacional privado moderno surgió con el código prusiano de 1794, obra que influyó mucho en el código civil francés del 21 de marzo de 1804 y cuerpo jurídico al que por la ley del 3 de septiembre de 1807 se le denominó *Código de Napoleón*. Posteriormente, el 27 de marzo de 1852 retomó su inicial nombre de *Código Civil*, actualmente se le conoce como *Código de Napoleón*.

Fundamentalmente dicho código adopta como principio la nacionalidad para regir el estado civil y capacidad de los franceses. El art 3o del código napoleónico establecía:²⁰

²⁰ Cfr Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, 5a ed, t I, Editorial Atlas, Madrid, 1969, págs 447 y siguientes.

Las leyes de policía y seguridad obligan a todos los que habitan el territorio. Los inmuebles, aun los poseídos por extranjeros, están regidos por la ley francesa. Las leyes referentes al estado y capacidad de las personas obligan a los franceses aunque residan en país extranjero.

El principio de la nacionalidad es absolutamente extraterritorial e ignora por completo el principio de soberanía. Nótese cómo poco a poco se determina que las causas de los conflictos son los atributos de la personalidad y que las soluciones se dan con base en los principios jurídicos.

En el mismo siglo XIX destacaron cinco tratadistas que dieron gran desarrollo al derecho internacional privado y marcaron la tendencia del Estado al que pertenecen: **Joseph Story** en Estados Unidos, **Dicey** en Inglaterra, **Friedrich Karl von Savigny** en Alemania, **Pascuale Stanislao Mancini** en Italia y **Pillet y Niboyet** en Francia.

Estados Unidos: Joseph Story. En 1834 en Boston apareció la obra de **Joseph Story**, a quien se atribuye ser el creador de la denominación *Derecho internacional privado*; el verdadero nombre de su libro es tan largo como su contenido: *Commentaries of the Conflicts of laws foreign and domestic in regard to contracts, rights and remedies and specially in regard to marriage, divorces, Wills, successions and judgments*.²¹

Del título se desprende todo lo que **Story** trata: los conflictos de leyes extranjeras; los internos en relación con los contratos, derechos y soluciones, especialmente respecto al matrimonio, divorcio, testamentos, sucesiones y juicios. Dicho autor abarca el derecho civil sustantivo en todas sus ramas y concluye con el derecho adjetivo; por tanto, es una obra muy completa.

Story tiene como principio fundamental el territorialismo de la ley; así, afirma que las leyes de un país sólo rigen a sus súbditos y sólo obligarán a los extranjeros mientras se encuentren en tal territorio. Ningún Estado ni persona alguna están obligados a obedecer una ley extranjera, por lo que si en algún momento se aplica y se obedecen normas extraterritoriales, esto sólo será por el principio de reciprocidad, por la convivencia pacífica o por satisfacer intereses mutuos de los Estados. A partir de esta idea, el autor estadounidense formula el principio *la capacidad de la persona debe regirse por la ley del domicilio*.

Este principio de la ley del domicilio, dice **Story**, tiene como excepción el matrimonio, el cual debe regirse por la ley del lugar de su celebración, con fundamento en el principio de *Comity* al sostener que hay la necesidad

moral de hacer justicia para que en otros Estados también se haga. Así, **Story** reconoce y aplica los principios *lex domicilium* en la capacidad y *locus regit actum* en un acto del estado civil.

Respecto a los bienes muebles en materia de sucesiones, el derecho aplicable es el del domicilio del *de cuius*, en tanto que en la sucesión de inmuebles se aplicaría la ley del lugar de la ubicación del bien, con base en el principio *lex rei sitae*.

Inglaterra: Dicey. Este autor escribió en 1896 la obra titulada *Un compendio de las leyes de Inglaterra en relación con los conflictos de leyes*. **Dicey** es territorialista y sostiene que ningún tribunal está obligado a aplicar leyes extranjeras; en tal sentido, expone: "...el soberano de un país tiene, por sus tribunales, jurisdicción y puede juzgar acerca de sus derechos en toda materia respecto a la cual puede dictar un fallo efectivo; no tiene jurisdicción en las materias respecto a las cuales no puede dictar un fallo efectivo".²²

Dicey sostiene que el juez inglés aplicará siempre la ley inglesa y nunca otra, pero en forma indirecta la ley extranjera puede surtir efectos en Inglaterra, ante el supuesto de que conforme a ella se haya creado válidamente un derecho subjetivo en el país donde esa ley tiene vigencia. Por ende, tal derecho debe ser reconocido y amparado por los jueces ingleses. **Dicey** añade que de esto se derivó el principio de los derechos adquiridos al sostener: "Todo derecho debidamente adquirido bajo la ley de un país civilizado es reconocido y en general sancionado por los tribunales ingleses."

Miaja de la Muela sintetiza la aportación inglesa al derecho internacional privado en los siguientes puntos:

- Territorialidad de la ley como principio general.
- Aplicación del derecho extranjero sólo si es útil.
- Aplicación del derecho del domicilio.
- Régimen distinto para bienes muebles e inmuebles.
- Reconocimiento de los derechos adquiridos válidamente en otro país.

Alemania: Friedrich Karl von Savigny. Alemania tiene representantes muy destacados en el derecho internacional privado, el más importante de ellos fue **Savigny**, quien sostuvo que todo conocimiento jurídico provenía de los romanos.

Nos unimos plenamente a lo expuesto por **Savigny** en atención a que el derecho romano no se limitó al derecho civil, como generalmente se afir-

²¹ Cfr **Story** citado por **Adolfo Miaja de la Muela**, ob cit, t I, pág 128.

²² **Dicey** citado por **Adolfo Miaja de la Muela**, ob cit, t I, pág 130.

ma, sino que trató todos los problemas jurídicos, por lo que creó y transmitió una verdadera teoría del derecho. **Savigny** sostiene al respecto que el derecho impera sobre las personas en sí mismas y en las relaciones jurídicas que establecen con sus bienes, con sus actos, en sus obligaciones y en su familia. Por ello, debe determinarse cuál ley se aplicará a la persona y a cada una de sus relaciones.

De acuerdo con las relaciones que se establecen, una persona está unida a un derecho por dos situaciones:

- Su origen.
- El territorio donde se encuentra.

Cada una de estas situaciones generalmente coincide; sin embargo, puede no coincidir al regirse por derechos distintos, lo cual conduce a una colisión de derechos. Tales casos de colisión los ha previsto a veces el legislador, lo cual facilita la solución del problema por fundarse en las normas de conflicto previamente legisladas. Empero, hay situaciones no previstas por el legislador, en cuyo caso tales relaciones pueden ser respecto a lo siguiente:

- Bienes.
- Actos.
- Obligaciones.
- Familiares.

Savigny sostiene que la persona es el centro de toda relación jurídica, cuyos nexos cada vez son más numerosos. Con este aumento surge una combinación entre las relaciones jurídicas y el origen de la persona o con el territorio donde se encuentra, lo cual conduce a que se rijan por diversos derechos. Esto lleva ineludiblemente a que cada relación esté vinculada con un ordenamiento jurídico distinto, vinculación que **Savigny** denomina *punto de contacto*.

Una vez establecido el punto de contacto, será necesario determinar reglas que den solución al conflicto surgido ante la diversidad de derechos aplicables. Las reglas que **Savigny** da son muy claras; de tal forma expone:

- El estado civil y la capacidad de las personas se regirán por la ley del domicilio, de modo que se aplicará el principio *lex domicilium*. Un ejemplo sería que la capacidad para trabajar se rigiera por la ley del domicilio.
- Los actos jurídicos se regirán en su creación por la ley del lugar donde se realicen, por lo cual se aplicarán los principios *lex loci constitutionis*

y *locus regit actum*. Un ejemplo de la aplicación del principio *lex loci constitutionis* sería la creación de una sociedad o de un fideicomiso y del principio *locus regit actum* la celebración de una adopción.

Debido a que todo acto jurídico implica también obligaciones, éstas se regirán, dice **Savigny**, por la sede de las obligaciones, lo cual significa que su cumplimiento se regirá por el lugar de su ejecución, en cuyo caso se aplicará el principio *lex loci executionis*. Un ejemplo sería el pago de un crédito o la entrega de un bien adquirido, actos que se regirían por la ley donde debieran cumplirse.

Para fundamentar lo anterior, **Savigny** expone su teoría, que es muy interesante; además, realiza un análisis de la norma y plantea que hay las dos clases de normas siguientes:

- Rigurosamente obligatorias.
- Las que no están reconocidas por el derecho.

Normas rigurosamente obligatorias. Son de naturaleza positiva, cuya motivación es moral, por ejemplo: la disposición que prohíbe la poligamia. Por lo tanto, el juez cuya legislación tenga esta prohibición deberá negarse a reconocer el matrimonio polígamo. Esta situación implica no aceptar el matrimonio polígamo por ir contra el derecho del juez con lo cual se estaría ante la institución de orden público; si el juez aceptara el matrimonio y sólo reconociera como válido el primero, se estaría ante la institución análoga.

Normas que no están reconocidas por el derecho. En esta clase de disposiciones, **Savigny** sostiene que se trata de casos que no están regulados en el derecho de un Estado, como ocurriría con la esclavitud: si en un Estado la esclavitud no está regulada, para él no existe. En tal supuesto se estaría ante la institución desconocida.

Savigny, para dar solución al conflicto que surge de una colisión de normas, analiza las relaciones jurídicas en las que ocurre el punto de conexión y plantea que los conflictos pueden existir en función:

- Del domicilio de cada una de las partes de la relación jurídica.
- Del lugar donde se realizó o se va a realizar el acto jurídico.
- Del tribunal que haya de conocer de la relación jurídica.

Después de analizar las distintas relaciones jurídicas, **Savigny** sienta los siguientes principios:

- Las relaciones cuyo conflicto surja con motivo de la capacidad o el estado civil de las personas deberán regirse por la ley del domicilio.
- A las cosas, se les aplicará el derecho del lugar donde se encuentren, sin distinguir entre muebles e inmuebles, salvo los bienes que se hallen en tránsito.
- En el supuesto de los muebles e inmuebles se aplicaría el principio *lex rei sitae*.
- En cuanto a los bienes en tránsito, la ley aplicable cambiará de acuerdo con los distintos lugares donde se encuentre el bien. Este traslado da lugar al conflicto móvil.
- Por lo que toca a las obligaciones, **Savigny** sostuvo que se debían regir por la ley de su ejecución; en este caso se aplica el principio *lex loci executionis*.
- Las partes pueden determinar el lugar de cumplimiento de la obligación, en cuyo caso se aplicará el principio de autonomía de la voluntad.
- Las sucesiones se deben regir por la ley del domicilio del *de cuius*, sin perjuicio de que intervengan otras leyes.
- En el caso del matrimonio, se aplicará la ley del domicilio del marido en el momento de la celebración.
- Las relaciones paternofiliales se deben regir por el domicilio actual del padre.
- A la tutela se le debe aplicar la ley del domicilio del pupilo; en este caso, dice **Savigny**, el domicilio del pupilo casi siempre coincide con el último domicilio que tuvo el padre.

Estos principios de **Savigny** son tan claros y lógicos que los adoptaron muchos códigos.

Joseph Story y Friedrich Karl von Savigny. Aun cuando estos autores pertenecen a Estados y continentes distintos, es importante conocer su confrontación. **Story** entabla un diálogo con **Savigny**, en el cual sostiene que las relaciones entre las personas de los diferentes pueblos son cada vez más numerosas, por lo que es necesario aceptar la inclusión del derecho extranjero a fin de solucionar las colisiones que surjan. Por tanto, debe haber reciprocidad en las relaciones de derecho a efecto de establecer una igualdad ante la justicia para nacionales y extranjeros.

En síntesis, **Story** acepta la aplicación del derecho extranjero en dos situaciones:

- Respeto a los derechos adquiridos.
- Principio de reciprocidad.

Ambos principios tienen el fin de establecer una igualdad entre nacionales y extranjeros y actualmente se aceptan.

Savigny acepta la propuesta de **Story** y propone una ley igual para todos al sostener que es necesario hacer justicia en un plano de igualdad a nacionales y extranjeros, porque los pueblos y los individuos deben ser tratados con justicia, de tal forma que cuando surge una colisión de derechos, el jurista alemán afirma que debe resolverse de la siguiente forma: si la igualdad fuese plena, tanto los nacionales como los extranjeros tendrían acceso a los tribunales de cualquier Estado y cuando hubiese colisión de leyes, la decisión que recayera a la relación jurídica en conflicto sería la misma sin distinción del país donde se dictará.

Al plantear **Savigny** que sin distinción del país la solución al conflicto fuera la misma, dio origen del actual derecho uniforme; sin embargo, como la solución planteada por dicho autor no era posible en ese momento, él propuso que para resolver la colisión de derechos se debía aplicar el derecho que estuviera más conforme con la naturaleza y esencia de la relación, principio que actualmente se incluye en las convenciones.

Alemania: Zitelmann. En Alemania, otro jurista, **Zitelmann**, con gran preparación filosófica presentó su teoría. Este autor parte de que el problema conflictual surge por la existencia de distintos órdenes jurídicos; por lo tanto, cada uno tiene su vigencia. Con base en ello, se pregunta: ¿cuál de los órdenes jurídicos de cada Estado debe aplicarse a determinado conflicto? En respuesta a tal pregunta, **Zitelmann** expone el siguiente razonamiento:

- Todo derecho subjetivo es un poder que un ordenamiento jurídico otorga a una persona.
- Todo derecho subjetivo deriva del Estado.
- El Estado, al otorgar o extinguir un derecho subjetivo, lo hace mediante la función legislativa. Esto ocurre en el ámbito interno, pero en el internacional la competencia del Estado se determina por el reconocimiento de los demás Estados y su competencia legislativa en derecho privado se apegará a los principios que limiten la soberanía de los Estados internacionalmente.
- El juez local sólo puede aplicar los principios internacionales cuando hay una laguna legal en sus normas de conflicto internas; sin embargo, estos principios son la base de los tratados que resuelven las controversias entre los Estados, solución que en ocasiones se realiza mediante el arbitraje.

Zitelmann continúa y contra su interés en el Estado y sus elementos: pueblo, territorio y poder. El poder, dice el tratadista alemán, lo ejerce el Estado sobre el pueblo y el territorio; de acuerdo con esto, sostiene que hay una soberanía personal y otra territorial. Con la soberanía personal, el Estado ejerce su potestad de mando y aun de coacción sobre las personas como nacionales. A su vez, con la soberanía territorial, el Estado ejerce su soberanía en un doble sentido:

- Sobre el comportamiento de las personas.
- Sobre el territorio.

De lo anterior se infiere lo siguiente: el Estado es libre de disponer de todos los comportamientos que ocurran en su territorio, lo cual significa que es señor del territorio, de todo lo que está y se encuentra en él.

El afamado jurista añade que los conflictos pueden surgir como sigue:

- Entre la soberanía territorial y la personal.
- Entre dos soberanías territoriales.
- Los conflictos entre la soberanía territorial y la personal deben resolverse en el sentido de que aquella no vaya más allá de los límites necesarios para el bien del Estado y el cumplimiento de sus fines, mientras que la soberanía personal debe ceder la preferencia a la territorial cuando así lo exija el orden público o la observancia de reglas generales y fundamentales.

Lo que **Zitelmann** plantea es la armonización entre la soberanía territorial y la personal, armonización que actualmente se busca al celebrar las convenciones. También pueden entrar en conflicto dos soberanías territoriales, lo cual ocurre cuando los actos realizados en un territorio producen efectos sobre personas o cosas situadas en otro territorio.

La solución que da **Zitelmann** es que cada Estado prohíba a las personas sobre las que tiene potestad realizar aquello que pueda consistir en una usurpación del señorío del otro Estado sobre su territorio, o que perturbe los intereses que el Estado persigue en su propio territorio.

La teoría de **Zitelmann**, con todo y ser muy interesante y lógica, no llega a una conclusión práctica en la solución de los conflictos, lo cual sí resuelve **Savigny**. Pesé a la falta de solución práctica de **Zitelmann**, es evidente que plantea la necesidad de armonizar las normas.

Italia: Pascuale Stanislao Mancini. En Italia destaca **Pasquale Stanislao Mancini**, a quien le tocó vivir el momento de la unión nacionalista propiciada por **Víctor Manuel II** de Cerdeña.

Mancini expone como profesor su teoría en la clase. Así, inicia su cátedra de derecho internacional con el tema de la nacionalidad como el fundamento del derecho de gentes. En 1851 dicho autor no era iusprivatista, pero en 1874 dictó una conferencia con un título muy largo, en la que expuso la teoría que lo hizo famoso "De la utilidad de hacer obligatorias para todos los Estados, bajo la formalidad de uno o varios tratados internacionales, cierto número de reglas generales de derecho internacional privado para asegurar la decisión uniforme de los conflictos entre las diferentes legislaciones civiles y criminales".²³

Mancini sostiene que es imposible un código para toda la humanidad, pero establece que toda sociedad tiene dos clases de normas:

- Las leyes generales.
- Las leyes de preceptos y prohibiciones.

Las leyes generales, reveladas por la razón del hombre dependientes de la naturaleza humana, son disposiciones inmutables, normas que los romanos llamaron *ius gentium*.

Las leyes de precepto y prohibiciones son el resultado de las características de cada país.

De acuerdo con esta última clase de leyes, dice **Mancini**, resulta imposible hacer una total unificación legislativa, lo cual se ve muy claramente en la edad que establece la ley para el matrimonio o para tener la mayoría de edad. En consecuencia, la determinación de los requisitos legales está de acuerdo con las características de cada Estado.

A lo anterior añade **Mancini**: pero el ser humano es cosmopolita, por lo cual no puede estar permanentemente en su lugar de nacimiento y esa inquietud lo lleva a cambiar de territorio. Ante dicha naturaleza del ser humano de cambiar de territorio es necesario plantearse las cuestiones siguientes:

- ¿De acuerdo con el principio de soberanía, ¿pueden los Estados negarse rotundamente a reconocer y aplicar el derecho extranjero en su territorio?

A esto, el tratadista italiano responde que la soberanía no autoriza a los Estados a dictar leyes injustas o lesivas; por tanto, los Estados tienen un deber internacional con otros Estados de reconocer y aplicar su derecho.

²³ Mancini citado por Mijala de la Muela, ob cit, t I, págs 151 y siguientes.

En la segunda cuestión, **Mancini** dice:

- La aplicación de las leyes extranjeras se basa en el principio de *comity*, o sea, en una obligación internacional del Estado receptor.
- Si existe el deber internacional de aplicar el derecho extranjero, ¿todas las naciones deben cumplirlo de la misma manera y con reglas idénticas en la legislación y las decisiones internas?

Al respecto **Mancini** responde afirmativamente y argumenta que de lo contrario surgiría el caos por decisiones contradictorias.

En la última pregunta, dicho autor plantea: ¿cuáles son los medios que permiten la aplicación uniforme del derecho para la protección y garantía de las personas, bienes y actos de los extranjeros?

Mancini responde que la uniformidad de leyes es difícil porque unos países se rigen por la ley del domicilio y otros por la ley de la nacionalidad: en unos las sucesiones las regula la ley del de *cuius* y en otros se aplica la ley de la ubicación de los bienes. Por lo tanto, **Mancini** dice, que la única manera de que haya una regulación uniforme es mediante la celebración de tratados.

En este punto, **Mancini** se plantea nuevas preguntas: ¿Cómo debe ser el contenido de los tratados?, ¿deben basarse en la investigación empírica de las costumbres o en el sentimiento de prudencia y el respeto a los intereses de los Estados contratantes? o ¿deben basarse en principios filosóficos del derecho internacional?

Con apoyo en los cuestionamientos planteados y las respuestas que asimismo se da, **Mancini** expone su teoría de la siguiente forma: el orden jurídico consiste en el acuerdo entre la libertad privada y el ejercicio del poder social; en otras palabras, el orden jurídico debe mantener un equilibrio y una armonía entre la ley del Estado y las prerrogativas del individuo. En consecuencia, el Estado no debe invadir el ámbito de libertad del individuo. Esta libertad de la persona es la raíz de la nacionalidad de un pueblo con sus características especiales; lo cual distingue a un pueblo de otro. Esto da lugar a los nacionales y extranjeros; aquí **Mancini** se refiere a este último y a su derecho y dice:

El derecho privado del extranjero tiene dos partes: necesaria y voluntaria.

- **La parte necesaria** comprende las leyes que rigen el estado personal, el orden y las relaciones de familia; así, la persona no puede renunciar ni alterar las relaciones familiares que le impone su patria.

- **La parte voluntaria** del derecho privado se refiere a la celebración de contratos y a las obligaciones que se adquieran; en estos casos el extranjero puede someterse a su ley nacional o a otra, siempre y cuando no afecte el orden público.

La institución del orden público es una excepción al principio de aplicación de las leyes extranjeras. El orden público prohíbe reconocer y aplicar las instituciones extranjeras incompatibles con el orden moral y en algunos Estados éstas son las normas de orden económico. Con esto, **Mancini** desarrolla la teoría de **Zitelmann** referente a la armonización de las normas y aporta la institución del orden público. Nótese cómo aquí **Mancini** enuncia la ley uniforme, la objetiviza en la celebración de tratados y finalmente invoca la armonización de las normas cuyo único impedimento sería el principio de orden público.

Francia: A. Pillet. En el siglo XIX destacó en Francia **Pillet**, quien afirmó que el problema fundamental del derecho internacional privado es determinar en cada ley si ésta ha de ser territorial. Para ello se necesita ver si su naturaleza le permite dar una solución internacional de los conflictos y si en las relaciones internacionales mantiene las cualidades que tiene en las relaciones internas. En este orden de ideas, **Pillet** dice:

- En el derecho interno, las leyes tienen permanencia y generalidad.
- Las leyes son permanentes en el sentido de que tienen vigencia mientras no se derogen o abroguen; además, se aplican desde que la persona se ubica en el supuesto y la rigen de manera constante hasta que deja de estar en tal hipótesis.
- Las leyes son generales en el sentido de que se aplican a todas las personas que se encuentran en el territorio; sin embargo, esto no ocurre cuando hay un conflicto entre diferentes legislaciones, en cuyo caso la ley no es permanente ni general.

Pillet sostiene que la permanencia es extraterritorial y la generalidad territorial, lo cual no ocurre en las relaciones internacionales, porque —de conservar la ley ambas características— no podría haber armonía ni comunidad de derecho. Por lo tanto, dice **Pillet**, hay que elegir uno de los dos criterios en sacrificio del otro: la ley en las relaciones internacionales será permanente o general y sólo excepcionalmente será general y permanente.

El criterio de discriminación se debe buscar en el objeto social de la ley, el cual sirve para distinguir las leyes obligatorias de las facultativas, así como al derecho público del privado. Por ende, ha de estudiarse el objeto

social que tiene cada ley y en función de él determinar si el objeto exige la permanencia o la generalidad.

Si lo preponderante del objeto social es la generalidad, la ley será territorial; en consecuencia, se aplicará tanto a las nacionales como a los extranjeros que estén dentro del país, pero no a los nacionales fuera del país, por ejemplo: las leyes penales y las fiscales. Debido a que estas leyes generales no se aplican a los nacionales fuera del país, surgieron las convenciones acerca de extradición y ejecución de sentencias. Por el contrario, si la finalidad de la ley es la permanencia, será extraterritorial; en consecuencia, se aplicará a los nacionales donde se encuentren, pero no será general y, por tanto, no se aplicará a los extranjeros dentro del territorio. Un ejemplo de leyes que deben ser permanentes son las relativas a los menores.

Una vez determinados los dos objetos sociales de la ley, **Pillet** concluye con la distinción de dos clases de leyes:

- Las que protegen al individuo contra la sociedad.
- Las leyes que tienden a proteger a la sociedad contra los posibles abusos de los particulares.

Textualmente **Pillet**²⁴ afirma:

Las leyes hechas en interés de la persona son las leyes permanentes; las leyes hechas en interés de la comunidad son las leyes territoriales... las leyes hechas teniendo en cuenta la situación particular de una persona tienden siempre y necesariamente a protegerla. Ahora bien, es evidente que una protección no alcanza su fin si no es continua. Es preciso que dure tanto tiempo como el peligro que intenta contrarrestar, sin lo cual sería ineficaz. Estas leyes son esencialmente permanentes y faltarían de manera inevitable a su fin si no acompañasen a la persona en todo tiempo y en todo lugar.

Otra cosa ocurre con las leyes de garantía social o de orden público. Cada una de estas leyes representa algún principio que se ha estimado indispensable para la existencia tranquila de una sociedad y para la satisfacción de necesidades comunes a los miembros que la coronen... esas leyes se aplican, pues, igualmente a los extranjeros.

Si bien —como se ha visto— la bibliografía es muy amplia, hay muchas teorías y autores que exponen diversas soluciones a los conflictos que surgen por la existencia de múltiples Estados con sus respectivos derechos. En esta obra daremos aquí por concluido el aspecto histórico para abordar las

otras tres fuentes que siguen, enunciadas al inicio de esta unidad por **Fernández Rozas**:

- El derecho internacional privado convencional.
- El derecho internacional privado institucional.
- La *lex mercatoria*.

10.13 Derecho internacional privado convencional

José Carlos Fernández Rozas²⁵ considera que la segunda fuente del derecho internacional privado son los convenios internacionales. Cabe aclarar que los convenios son normas creadas por los Estados con el fin de resolver los problemas de derecho internacional privado. En realidad, la fuente es el proceso de creación de los convenios, los cuales son la base de solución o prevención de conflictos, pero no la fuente del derecho, sino el derecho mismo.

Los convenios pueden ser bilaterales o multilaterales, aunque están también los considerados universales por el número de Estados que participan y se obligan. Estos convenios se incorporan al derecho interno o pueden sustituirlo mediante la creación de una ley interna. La incorporación de las convenciones puede llevarse a efecto por dos formas:

- Mediante la remisión que haga la ley interna al convenio, en cuyo caso será un derecho paralelo al interno.
- Mediante la incorporación total del convenio dentro del derecho interno con la creación de una ley interna en armonía con la convención. Esta vía facilitará tanto las relaciones jurídicas internas como las internacionales.

El derecho convencional es la base del derecho uniforme, el cual consiste en la armonización de las distintas legislaciones, lo que lleva a emplear un lenguaje jurídico propio. En otras palabras, los convenios utilizan conceptos, a los que la Conferencia de La Haya denomina *neutros* por ser distintos de los utilizados por los Estados parte de la convención. Estos conceptos neutros surgieron con el fin de tener un lenguaje común internacional, diverso del particular de cada Estado.

²⁴ **Pillet** citado por **Adolfo Mijang de la Muela**, ob cit, t I, págs 5, 159 y siguientes.

²⁵ *Cfr* **José Carlos Fernández Rozas**, ob cit, pág 60.

Pese al beneficio práctico que reporta la celebración de convenciones, surge el problema relativo a la jerarquía normativa que cada Estado le otorgue de acuerdo con su Constitución. En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que los tratados o convenciones se ubican jerárquicamente por debajo de la Constitución y por arriba de las leyes federales.

Una situación que puede surgir se refiere a la existencia de convenios bilaterales o multilaterales que coincidan en la materia; sin embargo, esto no es un conflicto insalvable, pues los Estados pueden llegar a un acuerdo respecto a cuál de ellos aplicar, solución que además normalmente se incluye en los convenios. Un ejemplo de esta cláusula es el art 10 de la Convención Interamericana sobre el Régimen Legal de Poderes²⁶ para utilizarlos en el extranjero, que dispone:

Esta convención no restringirá las disposiciones de las Convenciones que en materia de poderes hubieran suscrito o se suscribieren en forma bilateral o multilateral por los Estados Partes, en particular el Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de Poderes o Protocolo de Washington de 1940, o las prácticas más favorables que los Estados Partes pudieran observar en la materia.

10.14 Derecho internacional privado institucional: tendencias regional y universal

Las tendencias regionales e internacionales son el resultado de la labor legislativa de instituciones cuya función ha sido proponer la celebración de convenios en esos niveles.

La Organización de los Estados Americanos es una institución regional que celebra convenciones mediante las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado; están también la Convención de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, el Instituto Internacional para la Unificación de Derecho Internacional Privado, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Organización de las Naciones Unidas. Estas instituciones, mediante el proceso que llevan a efecto con los diversos Estados, son en realidad la fuente de las convenciones porque realizan el trabajo de creación del derecho convencional. A su vez, la Organización de los Estados Americanos es regional, mientras que las otras instituciones son de tendencia universal.

²⁶ DOP del 17 de agosto de 1987.

La diferencia entre el derecho de tendencia universal y el que proviene de organismos regionales y la diferencia entre una convención bilateral, multilateral o universal radica en que los convenios bilaterales y multilaterales son producto del acuerdo de los Estados que —por diversas razones— tienen algunos problemas comunes, en tanto que el derecho surgido de las organizaciones mencionadas éstas lo promueven desde su inicio hasta su conclusión. Tales convenciones tienen como fin resolver problemas que atañen a todos los Estados, por lo cual se crean con la idea de ser universales.

En la creación de convenciones, el primer paso que dan los organismos, es la formulación de guías legislativas, en un segundo momento proponen una ley modelo y el último paso es proponer una ley uniforme. Cuando cualquiera de las instituciones mencionadas pretende celebrar una convención universal, el procedimiento se inicia con el envío de cuestionarios a los Estados, mediante las respuestas recibidas se formula un proyecto de Convención, posteriormente se convoca a los Estados a participar en las sesiones plenarias en las que poco a poco se perfecciona el proyecto y se llega a la conferencia diplomática, en la cual se presenta el texto oficial.

La bondad de las convenciones universales radica en constituir una garantía de seguridad jurídica, porque al ratificarlas múltiples Estados existe la ventaja de que la solución será acorde con las disposiciones de un tratado aceptado por un gran número de países. En consecuencia, la solución de un problema al fundarse en normas iguales será la misma, ideal expuesto por Savigny, desarrollado por Zitelmann y convertido actualmente en realidad.

10.15 Lex mercatoria

La *lex mercatoria* es una fuente y un derecho paralelo al legislado, cuyo origen está en la Edad Media en el *ius mercatorum*. Dicha ley es el resultado de la necesidad de los comerciantes de crear normas específicas que regularan su actividad económica. Esta manifestación jurídica se extendió a la sociedad internacional de comerciantes, que en atención a sus problemas crearon disposiciones y vías de solución cuyos procedimientos son mucho más rápidos, por la eliminación de formalidades.

La *lex mercatoria* es un derecho de y para los comerciantes, de naturaleza espontánea y derivado de los usos y costumbres, creada sin la intervención del Estado o de los Estados y de la función legislativa. Tal ley la crearon los comerciantes, quienes al tener conflictos suelen resolverlos mediante el arbitraje. Sus elementos básicos son el contrato internacional y el

UNIDAD 11

Derecho internacional privado

11.1 Introducción

Después de estudiar el derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros en seguimiento de la doctrina francesa, se tratarán los temas centrales del derecho internacional privado; para ello, será necesario analizar sus problemas, los sujetos, su objeto de estudio, sus principios fundamentales, sus métodos y técnicas para dar solución a sus problemas, su ámbito de acción y los fines que persigue.

11.2 Problemas de derecho internacional privado

El derecho internacional privado es un área del conocimiento jurídico que en opinión del jurista **Arminjon**¹ tiene los siguientes problemas:

¹ Cfr. **Arminjon** citado por **Adolfo Miaja de la Muela**, *Derecho internacional privado*, 5a ed, t I, Editorial Atlas, Madrid, 1969, pág 9.

Su objeto está mal determinado, su esfera mal circunscrita; su lugar en la legislación, mal fijado; sus materias mal clasificadas; su terminología mal definida y frecuentemente anfibológica; su mismo nombre ambiguo y contradictorio; mal formado y propio para dar una idea falsa de lo que designa. Además, muchas de sus reglas son todavía incompletas, imperfectamente justificadas, dudosas y discutidas, por lo menos en sus aplicaciones.

Todo lo expuesto es cierto, pero no en forma absoluta. El problema del nombre que destaca **Arminjon** se debe analizar. Obviamente, resultan contradictorios los términos internacional y privado; en tal sentido, el maestro **Sepúlveda** sugiere que se le denomine derecho privado internacional y **Werner Goldschmidt** propone el nombre de derecho intersistémico. En esta obra se continuará con el nombre tradicional de derecho internacional privado, cuyo autor fue **Joseph Story**, en 1834, y **Foelix** lo difundió en su libro, al que le dio tal título en 1843.

Seguir con el nombre tradicional de derecho internacional privado, término aceptado unánimemente por la comunidad jurídica internacional, no elimina la contradicción, pues los conceptos *internacional* y *privado* se oponen totalmente. Pese a ello, el nombre de derecho internacional privado tiene un mínimo de lógica, ya que se refiere a situaciones jurídicas de naturaleza privada vinculadas con elementos extranjeros.

En ese orden de ideas y de acuerdo con lo expuesto por **Arminjon**, en esta obra se explicarán las contradicciones mencionadas; al efecto se determinarán los sujetos, el objeto y los métodos de derecho internacional privado, el fin que persigue y el ámbito de acción por las materias en las cuales se aplica.

11.3 Sujetos de derecho internacional privado

Los sujetos del derecho internacional privado son las personas físicas y jurídicas, quienes —por la constante interacción en que se encuentran con personas de diferente nacionalidad— han dado lugar a relaciones jurídicas o fácticas de las que han derivado conflictos, cuya solución se torna difícil debido a la posibilidad que surge de que esas relaciones las regulen diversas legislaciones. En consecuencia, es necesario determinar las clases de relaciones que se pueden presentar.

11.4 Relaciones jurídicas

Dentro del mundo jurídico se pueden presentar tres clases de relaciones:

- Absolutamente nacionales.
- Relativamente internacionales.
- Absolutamente internacionales.

Relaciones absolutamente nacionales. Son las que se establecen entre personas de una misma nacionalidad y dentro de su Estado, por ejemplo: el matrimonio celebrado en México entre mexicanos. Esta relación queda totalmente fuera del ámbito del derecho internacional privado y se circunscribe sólo al derecho interno nacional.

Relaciones relativamente internacionales. Son las que se establecen entre personas de una misma nacionalidad y se realizan en el propio Estado, pero el acto jurídico que dio lugar a tal relación es cuestionado en su validez o efectos en otro Estado. En tal supuesto, la relación es relativamente internacional debido a que el cuestionamiento surge en el extranjero, en tanto que para el Estado donde se llevó a cabo el acto la relación será absolutamente nacional.

De acuerdo con el ejemplo anterior, si el matrimonio celebrado entre mexicanos y realizado en México se cuestionara en su validez o efectos en España, la relación sería internacional para España y absolutamente nacional para México. Este carácter ecléctico de la relación le da la naturaleza de relativamente internacional.

Relaciones absolutamente internacionales. Son las que se establecen entre personas de diferente nacionalidad, relaciones cuya validez y eficacia se cuestionan en otro Estado. En tal supuesto, el ejemplo cambia debido a que se trataría de un matrimonio contraído en México entre un español y una francesa, acto cuya validez y eficacia se cuestionaran en Italia.

Nótese que el matrimonio es el mismo, su ubicación como institución jurídica siempre será en el derecho privado, aunque —por la nacionalidad de las personas, por la ley bajo la cual se llevó a efecto y por la ley del país donde la eficacia y validez del acto se cuestionan— intervienen múltiples legislaciones reguladoras del matrimonio. La interferencia de diversos derechos fue la razón de atribuir a estas relaciones la denominación de *absolutamente internacionales*.

El matrimonio es un acto jurídico regido por el derecho civil; por tanto, se le considera de naturaleza privada y regulado por el derecho nacional

donde se realizó, tal situación da el elemento de derecho privado. El elemento internacional surge cuando el matrimonio tuvo en su origen un elemento extranjero o derivó de él una relación relativa o absolutamente internacional, debido a que sus efectos o validez trascienden las fronteras del Estado que rigió su celebración. Este elemento extranjero es la razón por la cual se atribuye el nombre de *derecho internacional privado* a la rama jurídica que resuelve los conflictos que se presenten en estas relaciones.

De acuerdo con lo anterior, es posible considerar que el nombre de derecho internacional privado, aparentemente contradictorio, en realidad conjunta la naturaleza privada del acto o hecho jurídico realizado y la naturaleza internacional de la relación jurídica establecida. En consecuencia, las relaciones relativamente internacionales y las absolutamente internacionales dan lugar tanto al nombre de derecho internacional privado como al conflicto de leyes. De ello se deriva la necesidad de determinar qué derecho se debe aplicar; por lo tanto, estas relaciones, los conflictos que derivan de ellas y el derecho que se les debe aplicar constituyen el objeto de estudio del derecho internacional privado.

11.5 Objeto de estudio del derecho internacional privado

El objeto de estudio del derecho internacional privado lo constituyen los conflictos que surgen tanto de las relaciones jurídicas relativas como de las absolutamente internacionales. Es conveniente aclarar que dicha ciencia jurídica no resuelve el problema sustantivo o de fondo del conflicto, su objeto es identificar la naturaleza jurídica de la relación y analizarla cuando el acto o hecho jurídico en conflicto que dio lugar a tal relación esté vinculado con diversas legislaciones.

La realización del objeto del derecho internacional privado implica, en un primer momento, llevar a efecto un proceso de análisis y valoración de la relación jurídica y de las legislaciones con las que tenga contacto y en un segundo momento elegir el derecho apropiado que resuelva el conflicto, garantice la justicia y evite la impunidad.

Al ser el objeto de estudio del derecho internacional privado las relaciones jurídicas con elementos extranjeros, es necesario determinar las clases de elementos extranjeros que se pueden presentar; al efecto, **Goldschmidt**² sostiene que éstos son de tres clases:

² Cfr. **Werner Goldschmidt**, *Summa del derecho internacional privado*, sne, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, págs 6 y siguientes.

- Elementos personales.
- Elementos reales.
- Elementos conductuales.

Elementos personales. En estos elementos de la relación jurídica, el conflicto deriva de que una de las partes es de nacionalidad extranjera o tiene su domicilio o residencia en el extranjero. Tal situación da lugar a que entren en contacto dos legislaciones distintas en las que el juez deberá decidir cuál de los derechos se aplicará para resolver el conflicto.

Los elementos personales de la relación jurídica se basan en la nacionalidad y el domicilio o residencia de las partes, por lo cual dan lugar a dos principios:

- Principio de la nacionalidad.
- Principio del domicilio o *lex domicilium*.

En esta primera clase de elementos es importante destacar que tanto la nacionalidad como el domicilio son atributos de la personalidad de los que derivan los principios expuestos.

Elementos reales. En estos elementos de la relación jurídica, el conflicto se refiere a bienes; el problema radica en que tales bienes, que pueden ser inmuebles o muebles, se ubican en el extranjero y ésta será la causa de que distintas legislaciones entren en contacto, con lo cual darán lugar a que el juez deba decidir el derecho que deba aplicarse.

Los elementos reales de la relación jurídica, al basarse en bienes, dieron lugar a dos principios:

- *Lex rei sitae*, relativo a inmuebles.
- *Lex mobilia sequuntur personam*, aplicable a muebles.

De este segundo grupo de elementos es importante destacar que el problema deriva de bienes; en consecuencia, el conflicto se centra en el patrimonio, que es un atributo de la personalidad del que derivan los principios señalados anteriormente.

El principio general *lex rei sitae* se aplica tanto a inmuebles como a muebles; sin embargo, en un afán por tener principios más específicos, el de *lex rei sitae* se aplica a los inmuebles, mientras que a los muebles se les aplica el de *mobilia sequuntur personam*, en atención a que su movilidad siempre la realizarán personas; por ende, se les aplicará la ley del lugar a donde se trasladen.

Elementos conductuales. En estos elementos de la relación jurídica, el conflicto tiene su origen en los hechos o actos jurídicos que se llevan a efecto en el extranjero. Debido a que el punto central de la relación jurídica es la conducta realizada o por realizar, ésta es muy variada: consistirá siempre en un hecho o acto jurídico, cuyas consecuencias u origen serán lícitos o ilícitos y aún pueden constituir delitos.

Es conveniente aclarar que la relación jurídica con elementos conductuales se puede referir a la capacidad de las personas para llevar a cabo determinada conducta, es posible también que el problema surja de acuerdo con quién o cómo se realizó o dónde tendrá efectos la conducta. Ello involucra en primer lugar la capacidad de quien realiza la conducta; por lo tanto, se encuentra aquí otro elemento de la personalidad, que es la capacidad de ejercicio.

Respecto a cómo se realizó la conducta, el punto de contacto se halla en la forma en que se llevó a efecto o en cómo se creó el acto; de aquí derivan los principios siguientes:

- *Locus regit actum*.
- *Lex loci constitutionis*.

Finalmente, debe considerarse el lugar donde se realizó la conducta o donde surtirá sus efectos. Aquí el punto de contacto es el lugar de realización de un acto o de un hecho lícito, ilícito o delictivo. De estas situaciones surgen los principios siguientes:

- *Lex loci commissi delicti*.
- *Lex loci executionis*.

11.6 Métodos del derecho internacional privado

11.6.1 ¿Qué es el método?

En sentido amplio, método es el procedimiento que se sigue para encontrar la verdad. En sentido estricto, el método es un sistema de principios y normas de razonamiento que permiten establecer conclusiones en forma objetiva. Los métodos son múltiples y su elección está determinada por la naturaleza del objeto por estudiar.³

³ Cfr. Ario Garza Mercado, *Manual de técnicas de investigación*, 2a reimp, El Colegio de México, México, 1971, pág. 2.

El derecho, como el conocimiento dedicado al estudio de la realidad y a la búsqueda y creación de soluciones jurídicas a los problemas de la sociedad, utiliza diversos métodos. A su vez, la ciencia jurídica, como dice **Hernández Gil**,⁴ es no sólo descriptiva, sino también explicativa, valorativa, de interpretación y aplicativa, todo lo cual lleva a cabo el derecho mediante distintos métodos y técnicas. Entre los métodos están el exegético, dogmático, histórico-evolutivo, comparado, sociológico, teleológico, político-jurídico, analítico, sintético, inductivo y deductivo.

Por su parte, **Garza Mercado**⁵ sostiene que el método es un sistema de principios y normas de razonamiento que permiten establecer conclusiones en forma objetiva. Para lograrlo, el método requiere varias técnicas, a saber:

- La técnica es también un sistema de principios y normas que auxilian para aplicar los métodos, pero realiza un valor distinto.
- Las técnicas de investigación se justifican por su utilidad, las cuales se traducen en la optimización de los esfuerzos, la mejor administración de los recursos y la comunicación de los resultados.
- La técnica es un conjunto de procedimientos y recursos de que se vale una ciencia o un arte.

Así mismo, **Ario Garza**⁶ sostiene: "La diferencia entre método y técnica no es clara en los diccionarios ni en los manuales de metodología o técnicas de investigación." De acuerdo con lo expuesto por dicho autor, cabe considerar que tal diferencia puede en ocasiones no ser clara, pero existe, debido a que el método es un sistema de principios y normas de razonamiento que permite establecer conclusiones de forma objetiva, en tanto que las técnicas son los medios que permiten aplicar el método. Por ello, las conclusiones sólo se obtienen mediante la aplicación de técnicas que, aun cuando aparentemente pueden parecer similares a los métodos, en realidad hay una diferencia específica que conduce a ver con claridad que no son lo mismo.

La técnica es un sistema de principios y normas, tiene una utilidad práctica, hay en ella un valor diferente al del método. La diferencia específica entre el método y la técnica es la utilidad práctica que esta última le proporciona al método, sin la cual éste no podría arribar a las conclusiones.

⁴ Cfr. Antonio Hernández Gil, *Metodología del derecho*, sne, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971, pág. 382.

⁵ Ario Garza Mercado, ob cit., pág. 2.

⁶ Ibidem, pág. 4.

11.6.2 Métodos y técnicas del derecho internacional privado

El derecho internacional privado requiere para su estudio distintos métodos, los cuales a su vez se apoyan en diversas técnicas. Cada estudioso del derecho internacional privado ha propuesto métodos y técnicas distintos; sin embargo, aquí sólo se hará referencia a los expuestos por **J. Jitta** y **Goldschmidt** por ser los más claros y apropiados.

Los métodos del derecho internacional privado tienen por objeto señalar el camino para solucionar los conflictos derivados de las relaciones jurídicas relativa y absolutamente internacionales, en las que es necesario determinar qué derecho deberá aplicarse para darles solución.

J. Jitta propone dos métodos, que denomina individual y universal.

A su vez, **Goldschmidt** propone cuatro métodos: directo, indirecto, analítico-analógico y jurídico-sintético.

11.7 El doble método de J. Jitta

Jitta⁷ propone un doble método: el individual y el universal; mediante ellos parte de la conciencia de los Estados en particular y de la colectividad de los Estados en general, con el fin de aproximar el derecho privado de los Estados a las condiciones normales de la vida jurídica de la humanidad. En este orden de ideas, para **Jitta** existen dos comunidades jurídicas: la nacional y la universal, ambas formadas por seres humanos. En esta distinción basa la división de sus dos métodos: el individual y el universal.

11.7.1 Método individual

En el método individual, **Jitta** afirma que los seres humanos son entes individuales que al unirse llegan a la asociación más amplia creada por los hombres, que es el Estado: persona jurídica que tiene obligaciones con los individuos que la forman y con los demás Estados de la comunidad internacional. El método individual se funda en las normas nacionales de cada Estado, las cuales —añade **Jitta**— pueden estar inspiradas en distintos derechos y en los principios generales; sin embargo, el derecho que los rija tendrá como elemento dominante las características nacionales propias de cada Estado.

⁷ Cfr. J. Jitta, *Método de derecho internacional privado*, sne, La España Moderna, Madrid, 1905, págs. 101 y siguientes.

El derecho a la búsqueda, un método de J. Jitta
 221
 rasgo individual.

Jitta— no pueden aislarse, sino que pertenecen a la al regida por principios básicos e iguales; sin em- nacional con características propias de cada Estado a otros Estados porque el juez nacional aplicará en io derecho. A pesar de ello, la necesidad de la vida :rea deberes con la comunidad internacional, los cua- por las características propias de ese Estado. A estos os y propios de cada Estado **Jitta** los llama *método in-*

11.7.2 Método universal

Al método individual se opone el universal, que no toma como punto de partida el derecho particular de cada Estado, sino se coloca en el punto de vista de la comunidad de Estados con el objeto de crear una conciencia y convicción comunes sobre el derecho internacional privado, cuyo fin es dar soluciones homogéneas.

En el método universal, el derecho internacional privado debe actuar sobre la colectividad de los Estados con el fin de que el derecho sea igual en todos ellos; por ende, las soluciones tendrán los mismos fundamentos jurídicos en cualquier país. Según **Jitta**, esto se puede obtener sólo con la celebración de tratados o mediante la creación de leyes uniformes. El método universal se basa en una sociedad jurídica que busca incluir a toda la humanidad. En tal sentido, **Jitta** parte del conjunto de Estados, los cuales tienen el deber común de asegurar el cumplimiento del derecho privado por medio de reglas jurídicas destinadas a obtener su aplicación en toda la humanidad. Basado en esta idea de justicia homogénea, dicho tratadista propone la creación de una ley universal.

De esos dos métodos es conveniente aclarar que en el individual existe una autoridad que puede obligar al cumplimiento de las normas internas mediante la coacción, lo cual no ocurre en el universal por no haber un poder supranacional que garantice el cumplimiento de las normas. En consecuencia, las disposiciones de carácter universal carecen de medios coactivos, por lo que el método universal de **J. Jitta** sólo prosperaría si los Estados tuvieran el pleno convencimiento de la necesidad de cumplir, sin la existencia de coacción. Como esto es dudoso de lograr, el método universal resulta muy difícil de aplicar; sin embargo, **J. Jitta**, ante lo benéfico y útil que sería su aplicación, consideró que el método universal —para ser efectivo— tendría que valerse de la celebración de leyes uniformes o tratados

internacionales, los cuales pueden hacer cumplir los tribunales internos mediante la cooperación procesal internacional.

En este orden de ideas, es necesario precisar qué es una ley uniforme y qué un tratado internacional.

11.7.3 Ley uniforme

La ley uniforme es una disposición creada y aceptada por los Estados, cuyo origen puede deberse a causas históricas, como ocurrió con el derecho de Estados Unidos basado en el derecho inglés de tradición consuetudinaria o como sucedió en los Estados de derecho escrito, cuyo origen es el derecho romano.

La ley mencionada también puede tener como origen la identidad entre determinados Estados, la similitud de sus condiciones o el convencimiento de su necesidad, lo cual facilita crear disposiciones iguales cuyo desarrollo ha sido notorio en materia mercantil.

Los partidarios de este método universal se basan en que las comunidades actuales han trascendido con sus relaciones las barreras entre los Estados, lo que hace necesaria la creación de leyes que rijan universalmente. En tal sentido, dichas disposiciones deben propiciarse y ser bien conocidas por quien las creó y por quien deba aplicarlas y en general deben darse a conocer a toda persona. Con ese fin se ha propuesto la formulación de leyes y reglamentos homogéneos para aplicarse en todos los Estados, lo cual facilitaría la impartición de justicia y daría seguridad jurídica a los contendientes.

11.7.4 Tratados internacionales

La otra vía propuesta por el método universal es la celebración de tratados internacionales, documentos cuyo origen se encuentra en la decisión de los Estados y en la convicción de obligarse de buena fe a cumplir lo pactado, por no existir un poder supranacional que obligue a su cumplimiento mediante la coacción.

Los tratados internacionales logran una armonización entre los derechos de los Estados parte, se fundan en principios que aseguran el cumplimiento de un mínimo de coincidencias y a la vez permiten la vigencia de las diferentes características de cada Estado. La armonización de las normas mediante la celebración de tratados sigue la vía tradicional de establecer reglas generales, así como mantener y respetar las diferencias al aceptar la diversidad como algo natural e inevitable.

Jitta,⁸ al insistir en el método universal, busca mediante el convencimiento hacerlo efectivo con la creación de leyes uniformes y tratados. De acuerdo con esto y en aplicación de su método, expone: "Los Estados, considerados en conjunto, tienen el deber común de asegurar la aplicación del derecho privado en la humanidad, formulando reglas jurídicas positivas universales, fundadas en una común convicción de los Estados relativa al fin social de las relaciones jurídicas." Jitta denomina *seguridad jurídica* a este fin social.

11.7.5 Método individual y método universal: similitudes y diferencias

Cabe puntualizar al respecto lo siguiente:

- El método individual se aplicará cuando las instituciones sean diferentes. En tal supuesto, a lo más que se ha llegado actualmente es a presentar leyes modelo con el fin de que los Estados las consideren y adecuen su legislación a dichos modelos de ley si así lo consideran conveniente.
- El método universal tiene el mismo fin que el individual: ambos buscan solucionar a los conflictos derivados de las relaciones relativa y absolutamente internacionales. La diferencia entre ambos métodos radica en el punto de partida y el camino que sigue cada uno.
- El método universal debe crear en los Estados la convicción de lo útil que son las reglas universales y lo necesario de su cumplimiento. Igualmente, esto lo hace el método individual, ya que también busca convencer a los Estados de la necesidad de cumplir los pactos internacionales, pero esto lo dirige a los Estados en particular mediante la propuesta de leyes modelo.
- El método universal debe analizar la naturaleza de cada relación jurídica a fin de incluir las necesidades de las personas de cada Estado; sin embargo, esto no se puede presentar en el método individual, debido a que en éste los Estados decidirán si aceptan o no la ley modelo, si sólo la aceptan parcialmente o si la ajustan a su derecho interno.
- En el método universal las relaciones sólo son internacionales, a diferencia del individual, que abarca las tres clases de relaciones: las nacionales, las relativas y las absolutamente internacionales.
- En el método universal no existe la diferencia entre leyes nacionales e internacionales, sino hay una yuxtaposición de leyes en las que todas

⁸ J. Jitta, ob cit, pág 247.

tienen la misma jerarquía y su *imperium* es exactamente igual; por ello, debe existir una visión y solución común de los problemas del derecho internacional privado en todos los Estados. En el método individual siempre existirá la diferencia entre leyes nacionales y extranjeras.

Como ya se vio, Jitta afirma que la dificultad en la aplicación del método universal radica en que no existe una concepción homogénea en las instituciones jurídicas de cada Estado, lo cual se manifiesta claramente en lo que cada país considera como institución de orden público o lo calificado como moral o buena costumbre. Por tanto, estas apreciaciones las deja al método individual, en el que cada Estado determinará en qué consisten su orden público, su moral y sus buenas costumbres.

En aras de aplicar el método universal, se ha tratado de extraer de las legislaciones particulares rasgos comunes con el fin de crear principios generales que apliquen todos los Estados a efecto de lograr una armonía legislativa universal; sin embargo, al no existir una conciencia jurídica universal, este método será inaplicable y se tendrá que recurrir al método individual. Frente a los problemas señalados, la solución que propone Jitta es distinguir claramente los dos métodos y aplicarlos debidamente en cada situación.

En este orden de ideas, se aplicará el método universal cuando las instituciones de cada país sean coincidentes, supuesto en el cual se podrán crear leyes uniformes. Esta labor de armonización legislativa la realizan diversas organizaciones, como la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Uncitral y Unidroit, en tanto que el método individual lo aplicará cada Estado con fundamento en su normatividad interna, dentro de la cual puede incluir las leyes modelo y adecuarlas a su propio derecho.

11.7.6 Métodos de Werner Goldschmidt

Goldschmidt⁹ es otro iusprivatista, quien como estudioso del derecho internacional privado propone los siguientes métodos: directo, indirecto, analítico-analógico y sintético-judicial.

El autor parte de la idea del respeto al derecho extranjero y al efecto sostiene la necesidad de contar con un método que indique el derecho del cual saldrá la solución de un conflicto cuyos elementos sean extranjeros. La solución que da al exponer cada uno de sus métodos es muy sencilla.

⁹ Cfr Werner Goldschmidt, ob cit, págs 10 y siguientes.

11.7.6.1 Método directo

Goldschmidt afirma en lo conducente: "En algunos aspectos se resuelven los supuestos iusprivatistas con elementos extranjeros, con arreglo a un derecho privado específicamente creado en atención a estos supuestos y, por lo tanto, de acuerdo con un método directo."¹⁰ La aplicación de este método depende exclusivamente del legislador interno. Al efecto, el autor cita los convenios ginebrinos de las letras de cambio y los cheques al sostener:

Acudir a un derecho privado internacional a fin de resolver problemas de derecho internacional privado no es lícito, sino en la hipótesis de que entre los diversos países exista ya un aspecto determinado, una coincidencia en lo esencial. En caso contrario, el derecho internacional privado no respeta el elemento extranjero debidamente, ya que sólo lo considera como extranjero a secas, en lugar de valorarlo como francés, inglés o italiano.¹¹

En tal sentido, **Goldschmidt** considera que los tratados o convenios celebrados con el fin de que los Estados tengan reglas comunes en materias privadas, lleva al campo del derecho internacional privado, por estar de acuerdo con la tendencia actual de celebrar tratados con objeto de prevenir o resolver el problema del derecho aplicable. En consecuencia, de existir un tratado concreto sobre la materia, éste sería el aplicable por ser una norma especial. De esta forma el tratado eliminaría las leyes particulares de los Estados parte, situación que evitaría el problema de la multiplicidad de legislaciones y la incertidumbre acerca de cuál sería el derecho apropiado para resolver el conflicto.

El método directo de **Goldschmidt**, que puede identificarse con el método universal de **Jitta**, se manifiesta tanto a nivel regional como a nivel universal. A nivel regional, en el continente americano, la Organización de los Estados Americanos, mediante las conferencias interamericanas de derecho internacional privado conocidas como CIDIP, ha celebrado múltiples convenciones con el fin de disponer de reglas especiales para resolver los problemas de derecho internacional privado. Al efecto, hay convenciones con reglas generales, así como con reglas específicas en las diversas áreas del derecho; en tal sentido está la Convención sobre Normas Generales, también hay convenciones en materia civil, mercantil, fiscal, penal y procesal.¹² Respecto a los organismos intergubernamentales que han celebrado

¹⁰ Ídem.

¹¹ Ídem.

¹² Cfr. **Leonel Perezniето Castro**, *Derecho internacional privado, parte general*, 7a ed., Oxford University Press, México, 1998, págs 274 a 281.

convenciones acerca de derecho internacional privado, está la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado,¹³ que para 2011 ha realizado 39 convenciones en diversas materias tanto en derecho sustantivo como adjetivo. En materia mercantil está la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional¹⁴ (Cnudmi o Uncitral) y el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (Unidroit) o Instituto de Roma. Dichas instituciones han dado un gran desarrollo al derecho internacional privado al celebrar convenciones con el fin de propiciar el método universal propuesto por **Jitta** y el directo de **Goldschmidt**.

11.7.6.2 Método indirecto

Otro método que propone **Goldschmidt**¹⁵ es el indirecto, del cual dice:

El método indirecto es de fácil manejo: si todos los elementos extranjeros del caso, excepto el tribunal ante el que pende, están vinculados a un solo país. En tal supuesto, se está en presencia de lo que se llama *caso relativamente internacional*. En esta hipótesis, el derecho aplicable es el de aquel país. La situación será más compleja si los diversos elementos extranjeros del caso se relacionan con Estados diferentes, o sea, se trata de un *caso absolutamente internacional*. En este supuesto, el legislador no puede saber —sin acudir a un nuevo orden de ideas— a cuál derecho debe encomendar su solución. El método indirecto es abandonado, si el derecho indicado es extranjero y si la solución del problema concreto fuese inaceptable para el juez que concede el pleito (llamado *orden público*).

Cabe aclarar que el orden público es uno de los puntos a estudiar posteriormente.

11.7.6.3 Método analítico-analógico

Respecto a este método, **Goldschmidt**¹⁶ expone:

En la hipótesis de los casos absolutamente internacionales, el respeto debido a los elementos extranjeros exige que cada elemento sea resuelto por el derecho del Estado al que esté vinculado. En otras palabras, hay que proceder a un

¹³ Cfr. **Julio D. González Campos y Alegría Borrás**, *Recopilación de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado*, 2a ed., Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2008, págs 15 a 51.

¹⁴ Cfr. **Francisco José Contreras Vaca**, *Derecho internacional privado, parte especial*, sne, Oxford University Press, México, 1998, págs 275 y 319.

¹⁵ **Werner Goldschmidt**, ob cit, pág 11.

¹⁶ Ídem.

análisis del caso, haciendo un inventario de los elementos extranjeros y examinando las relaciones de cada uno de ellos con el Estado al que pertenece; por este motivo, este nuevo método se denomina *analítico*. También el método analítico consiste, por consiguiente, en el respeto debido a lo extranjero.

El método analítico-analógico exige el cumplimiento de dos requisitos: el reconocimiento y aceptación de los elementos similares en las categorías de derecho privado, por ejemplo: la analogía que hay entre capacidad jurídica y capacidad de obrar o la forma del negocio, y los requisitos de validez, o los efectos de un acto y la transmisión de la propiedad, etcétera.¹⁷

Nótese que en estos ejemplos del método analítico-analógico de **Goldschmidt**, los términos empleados por las normas de los Estados difieren gramaticalmente, pero su significado es análogo; en otras palabras, es similar. Esto resulta importante porque de aquí deriva la institución análoga que se tratará en otra unidad.

11.7.6.4 Método sintético-judicial

De acuerdo con lo expuesto, este cuarto método es el sintético-judicial, también denominado *método de adaptación* y que para **Goldschmidt** consiste: "...en que el legislador encomienda al juez la misión de hallar una síntesis de los diversos fragmentos de los diferentes derechos".¹⁸ En otras palabras, según este método, el juez tendría que analizar los aspectos aplicables de cada derecho y unirlos en una síntesis lógica que permitiera adaptar las normas y así resolver el conflicto.

Después de la exposición de los métodos señalados, **Goldschmidt** llegó a la conclusión de que si la codificación del derecho internacional privado a nivel nacional era difícil, resultaba inviable una codificación de esta ciencia jurídica de los diferentes Estados; de lograrse, "...tal unificación llevaría a la desaparición del derecho internacional privado".¹⁹

11.8 Ámbito de acción del derecho internacional privado

Determinar la esfera de acción del derecho internacional privado implica especificar en qué áreas del derecho se aplica; para lograrlo se debe re-

¹⁷ *Ibidem*, pág. 12.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 13.

¹⁹ *Ibidem*, pág. 14.

cordar que el derecho internacional privado es *sui generis*, ya que es totalmente distinto de las áreas que conforman la sistemática jurídica.

Recuérdese que el derecho internacional privado es un derecho de aplicación del derecho; al ser éste su fin, su naturaleza jurídica consiste en ser una técnica creadora de normas que determinen el derecho aplicable. En este punto surge la pregunta ¿la técnica jurídica que aclara y resuelve cuál derecho debe aplicarse?, ¿se limita sólo a una rama del derecho, abarca sólo algunas o se presenta en todas las áreas? La respuesta la da el siguiente razonamiento: si los conflictos de leyes surgen por las relaciones relativa y absolutamente internacionales, éstas se pueden presentar en todas las ramas del derecho; así, los conflictos existen en derecho civil, mercantil, penal, administrativo, laboral y constitucional; ocurren también en las subramas de los derechos mencionados, como el fiscal, ambiental, económico y de propiedad intelectual.

Baste para confirmar lo anterior la existencia del *Código de Bustamante*, conjunto de normas dirigidas a la solución de conflictos de leyes en las diversas áreas del derecho. También hay un gran número de convenciones y tratados que se abocan a solucionar los problemas del derecho internacional privado, como ocurre con las convenciones sobre matrimonio y alimentos en materia civil, acerca de títulos de crédito en el área mercantil, en el derecho administrativo se encuentran problemas en materia del derecho de autor y propiedad industrial. Lo mismo ocurre en el derecho penal con los tratados de extradición y ejecución de sentencias; en materia fiscal el ejemplo son los tratados para evitar la doble imposición; los hay también en materia laboral en la contratación de extranjeros, así como en el área de salud, como ocurre con los seguros de gastos médicos.

De acuerdo con lo expuesto, el derecho internacional privado es una técnica jurídica que soluciona conflictos de leyes al determinar el derecho aplicable a una relación jurídica, se encuentra en todas las áreas y las subáreas del derecho que conforman la sistemática jurídica.

11.9 Fin del derecho internacional privado

El fin inmediato que persigue el derecho internacional privado es determinar el derecho que debe aplicarse y el fin mediano es la justicia. No debe confundirse el objeto del derecho internacional privado con su fin. El objeto consiste en que debe realizarse un proceso de análisis de la relación jurídica origen del conflicto y determinar la vinculación que guarde con dife-

rentes legislaciones. El fin consiste en elegir correctamente, entre los diversos derechos aplicables, aquel que solucione el conflicto de fondo y de esta forma se haga justicia. En tal sentido, el objeto es la causa y el fin el efecto.

El problema por resolver en el derecho internacional privado es complejo, pues ante diversos puntos de contacto con distintas legislaciones, el juzgador tiene un grave dilema que debe resolver siempre con base en la justicia, lo cual resulta difícil por la diferente idiosincrasia en que se basan las legislaciones. En tal sentido, **Goldschmidt**²⁰ dice:

La verdadera finalidad del derecho internacional privado consiste en el logro de la justicia dentro de la comunidad nacional. La justicia se basa siempre en el respeto hacia la particular manera de ser del otro. En el derecho internacional privado, la justicia consiste en la manifestación de respeto hacia el elemento extranjero y, a través de él, hacia las personas y comunidades interesadas en el mismo. El medio para alcanzar este fin es la llamada *aplicación del derecho extranjero*, que, precisamente por el respeto debido a lo extranjero, será la imitación del derecho extranjero. Esta imitación puede ser en forma parcial o mediante una asimilación total de ese derecho.

El reconocimiento y aceptación del derecho extranjero puede realizarse por una de las vías siguientes:

- En forma unilateral como un acto discrecional y soberano del Estado.
- Mediante la reciprocidad.
- Por la asimilación del derecho extranjero al hacerlo propio.
- Por la celebración de un tratado.

²⁰ *Ibidem*, pág 8.

UNIDAD 12

Técnicas del derecho internacional privado

12.1 Consideraciones previas

El derecho internacional privado es un derecho de aplicación del derecho, por lo cual requiere métodos que a su vez se aplican mediante técnicas. Recuérdese que el método es un sistema de principios y normas de razonamiento que conducen a conclusiones objetivas; en tal sentido, se han estudiado los métodos de **Jitta** y **Goldschmidt**, los cuales satisfacen los requisitos de un método, consistentes en ser un conjunto de principios y normas de razonamiento que a su vez llevan a una conclusión objetiva.

De acuerdo con lo anterior y después de identificados los métodos aplicables al derecho internacional privado, es necesario recurrir a las técnicas para aplicar los métodos. Previamente se dijo que la técnica es un conjunto de procedimientos y recursos de los que se vale una ciencia o un arte. Recuérdese que la técnica es igual que el método debido a que también tiene un sistema de principios y normas, con la diferencia de que su fin es práctico. La diferencia específica entre el método y la técnica consiste en

que el método es el conocimiento y los principios para llegar a una conclusión, en tanto que la técnica consiste en la aplicación práctica y real del conocimiento y los principios del método.

En conclusión, el método estaría incompleto sin la técnica porque ésta le permite llegar a resultados prácticos. En ese orden de ideas, en el derecho internacional privado existen la técnica directa y la indirecta.

12.2 Técnicas directas

Las técnicas directas tienen por objeto designar de manera inmediata la norma sustantiva aplicable al fondo del asunto en litigio y así dar fin al conflicto. ¿Cuáles son estas técnicas que resuelven de modo directo un conflicto de leyes? La respuesta es muy sencilla: estas técnicas se aplican mediante normas materiales o sustantivas que por la jerarquía en que se encuentran deben aplicarse inmediata y directamente, con exclusión de cualquier otra disposición; sin embargo, tal respuesta no resuelve por completo el problema sino que es necesario decir concretamente cuáles son esas normas.

Debido a que se ha sostenido con toda razón que el derecho internacional privado es interno, lógicamente las normas serán internas en principio, aunque también pueden no serlo. De acuerdo con el art 133 constitucional, las disposiciones sustantivas internas de mayor jerarquía son las normas constitucionales, a continuación están los tratados internacionales y finalmente las disposiciones federales, que son normas materiales. De aquí se deriva otra pregunta: ¿cuáles serían las normas materiales que resolvieran un conflicto de leyes? y ¿cuál sería su contenido? ya que referirse sólo a la jerarquía normativa interna no es una respuesta totalmente clara.

Es importante recordar que las relaciones relativa o absolutamente internacionales derivan del tráfico de personas, por ende, estas relaciones pueden ser de naturaleza personal, real o conductual. En otras palabras, las relaciones pueden referirse a situaciones de las personas, de sus bienes o de su conducta, por lo que las normas directas que den solución deben regular los elementos personales, reales o conductuales de la relación jurídica.

Al respecto procede preguntar: ¿son creadas por el legislador interno las normas que regulen estas relaciones? La respuesta es sí; en efecto, las normas deben ser producto del legislador interno, por lo que no hay problema en cuanto a las disposiciones constitucionales y las federales, pero ¿qué ocurre con los tratados internacionales? Este último cuestionamiento es correcto: los tratados no constituyen un producto legislativo interno, al ser

bilaterales o multilaterales, en su creación intervienen dos, varias o múltiples voluntades estatales.

La respuesta a esto es la siguiente: en los tratados intervienen dos o varios Estados, que con su aceptación realizan un acto unilateral de soberanía e *imperium* y dan lugar a un acto bilateral o multilateral que conlleva derechos y obligaciones, por lo que si un país acepta un tratado y lo hace libre y soberanamente, adquiere obligaciones que se deben manifestar en dos efectos:

- Sometimiento a las normas del tratado.
- La incorporación del tratado a las disposiciones internas.

Para cumplir los Estados con las obligaciones señaladas deben crear normas sustantivas o materiales, que se apliquen inmediatamente con exclusión de cualquier otra disposición y de esta forma se dé solución inmediata a un conflicto de normas. Esta forma de dar solución al conflicto se conoce como *técnica directa*, la cual comprende las tres clases:

- Normas de aplicación inmediata.
- Normas materiales.
- Normas de vocación internacional.

12.2.1 Normas de aplicación inmediata

Ésta es una categoría de normas que por su elevada jerarquía excluye por completo la aplicación de otra disposición; el ejemplo clásico es el art 121 constitucional. Por lo tanto, una primera norma de aplicación inmediata es la Constitución, la cual con esta disposición resuelve aspectos sustantivos de un conflicto de derecho internacional privado.

De acuerdo con el art 133 constitucional y la interpretación que de él hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las siguientes normas de aplicación inmediata son los tratados internacionales. Las leyes federales también son normas de aplicación inmediata. En síntesis, las normas de aplicación inmediata internas resuelven conflictos de leyes sustantivos, al determinar de manera directa la norma aplicable al problema conflictual. Dichas normas son las siguientes:

- La Constitución.
- Los tratados internacionales.
- Las leyes federales.
- Las indebidamente denominadas normas generales.

12.2.2 Normas materiales

Estas disposiciones son también resultado de la actividad legislativa interna, su creación es doméstica y su finalidad es resolver conflictos sustantivos de forma directa. Antes de la interpretación hecha por la Corte del art 133 de la Constitución había dos categorías de normas materiales: las de vocación internacional y las internacionales, estas últimas se trasladaron a las normas de aplicación inmediata, por lo cual sólo quedaron las normas de vocación internacional.

12.2.3 Normas de vocación internacional

Estas disposiciones regulan elementos extranjeros, reconocen y aceptan las relaciones con el extranjero; por lo tanto, son normas creadas para resolver tales situaciones. Las normas de vocación internacional tienen en cuenta las necesidades de la vida internacional y los intereses de la vida nacional; en consecuencia, están dirigidas a las personas, bienes o conductas que sólo se aplican a los extranjeros; de ahí el nombre de normas de vocación internacional. Carrillo Salcedo¹ las denomina *normas de inspiración internacional*.

Ejemplo de normas de vocación internacional son la *Ley de Inversión Extranjera* y la *Ley de Migración*, las cuales regulan respectivamente la inversión y al inversionista extranjero y las distintas condiciones migratorias en que se puede encontrar un extranjero en el país. Por ende, son normas que sólo se aplican a los extranjeros.

Las técnicas directas constituyen la instrumentación del método directo expuesto por Goldschmidt, estudiado en la unidad anterior.

12.3 Técnica indirecta

Esta técnica, como su nombre lo indica, resuelve el problema de forma mediata y responde a la pregunta ¿cuál derecho deberá aplicarse, ante el conflicto que surge cuando en una misma relación jurídica se ven unidos derechos de personas de diferentes Estados y, por lo tanto, sujetos a distintos derechos?

La técnica indirecta, mediante una norma denominada *norma conflictual*, dirá cuál derecho deberá aplicarse para solucionar el problema sustantivo o

de fondo en las relaciones relativas o absolutamente internacionales. Por lo tanto, en la aplicación de la técnica indirecta hay dos momentos: en el primero se resolverá la duda acerca de cuál derecho será el aplicable. Esta incógnita se resuelve mediante la aplicación del sistema conflictual tradicional con el análisis y la aplicación de la norma conflictual. En el segundo se resolverá el problema al aplicar el derecho sustantivo señalado por la norma conflictual.

De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que la técnica indirecta, mediante el análisis y aplicación de la norma conflictual, sólo determina qué derecho se debe aplicar para resolver el problema sustantivo, origen del litigio. Todo lo expuesto conduce al estudio, análisis y aplicación de la norma conflictual, procedimiento que se denomina *sistema conflictual tradicional*.

En síntesis, la técnica indirecta, como su nombre lo indica, resuelve de forma mediata el problema del derecho que deberá aplicarse en un conflicto ocurrido cuando una misma relación jurídica se pone en contacto con dos derechos diferentes, debido a que las partes de esa relación pertenecen a distintos Estados y, por ende, están regidos por derechos diferentes. Cuando se presenta esta situación, surge el conflicto de leyes, el cual sólo sucede en el momento en que se ponen en contacto dos derechos distintos. Esta confluencia de derechos extraños entre sí se denomina *punto de contacto*. Por ello, antes de estudiar el sistema conflictual tradicional, mediante el análisis de la norma conflictual será necesario estudiar el punto de contacto.

¹ Cfr. Juan Antonio Carrillo Salcedo, *Derecho internacional privado*, 3a ed, Editorial Tecnos, Argentina, 1983, pág 115.

UNIDAD 13

Punto de contacto

13.1 Presentación del problema

Es conveniente aclarar que, dada la importancia del tema, se estudiará el punto de contacto de acuerdo con dos estudiosos del derecho internacional privado **Carrillo Salcedo** y **Werner Goldschmidt**.

En lo expuesto por estos autores acerca del punto de contacto se encontrarán coincidencias y diferencias; sin embargo, es importante presentar ambas posturas, debido a que sus diferencias pueden llevar a un conocimiento más profundo del punto de contacto, en atención a que las disimilitudes que hay entre ellos no implican contradicciones, sino que se complementan.

13.2 El punto de contacto o conexión para Carrillo Salcedo

La conexión, dice **Carrillo Salcedo**, es un elemento esencial de la norma de conflicto a tal grado que se ha sostenido que el derecho internacional privado

es un derecho de conexiones. En efecto, como señala el autor, es acertada la aseveración de que el derecho internacional privado es un derecho de conexiones debido a que su función consiste —con base en el punto de contacto— en conocer los ordenamientos jurídicos que están en conflicto y determinar cuál de ellos deberá aplicarse para dar solución al conflicto de normas.

El punto de contacto es el elemento que determina si la relación jurídica en conflicto es absolutamente nacional, relativamente internacional o absolutamente internacional. Dicho punto surge cuando una situación jurídica se relaciona con uno o varios ordenamientos jurídicos extranjeros entre sí; por ende, el punto de contacto dará lugar a la intervención de dos o más derechos. Así, surgirá la duda de cuál de ellos debe elegirse para dar solución correcta al conflicto. La duda la resolverá el juez mediante el estudio del punto o puntos de contacto que se establezcan en la relación jurídica. En consecuencia, el punto de contacto hace concreta la relación jurídica y ésta, a su vez, le da vida al supuesto y a la conclusión de la norma conflictual.

Carrillo Salcedo¹ considera que las conexiones pueden ser varias y dinámicas y hace una clasificación de ellas.

13.3 Clasificación de los puntos de contacto

El autor mencionado ha establecido las siguientes clases de puntos de contacto con sus respectivos opuestos, por lo cual cabe afirmar que son los ocho que se exponen:

- Únicos o múltiples.
- Mudables o inamovibles.
- Principales o subsidiarios.
- Alternativos o acumulativos.

13.3.1 Puntos de contacto únicos o múltiples

Puntos de contacto únicos. El propio nombre lo indica: aquí el problema es muy sencillo de resolver debido a que el punto de contacto existe únicamente entre dos derechos. En consecuencia, la norma conflictual interna tendrá que elegir sólo entre uno y otro; tal ocurre, por ejemplo, cuando la solución del problema señala como punto de contacto el lugar donde se

¹ Cfr. **Juan Antonio Carrillo Salcedo**, *Derecho internacional privado*, 3a ed., Editorial Tecnos, Argentina, 1983, págs 148 a 156.

realizó la conducta, por lo cual se aplicará el principio *lex loci commissi delicti*. En dicho supuesto se aplicará la ley del lugar de la comisión de la conducta, en cuyo caso será competente el juez de ese lugar. Un ejemplo muy claro es el *Tratado de Ejecución de Sentencias Penales* celebrado entre México y España en el cual se dispone que una vez juzgado el reo puede ser trasladado a su país de origen para cumplir en él la sentencia. Esto significa que el Estado donde se cometió el delito y se llevó a efecto el juicio es el único punto de contacto; por ello, aun cuando el reo sea trasladado a su país de origen, éste se obliga a cumplir en todos sus términos la sentencia emitida en el país donde se cometió la conducta y donde surgió el punto de contacto. El traslado del reo, de llevarse efecto, sólo será con el fin de readaptarlo y de que mediante la cooperación entre los Estados se evite la impunidad.

El *Tratado² entre los Estados Unidos Mexicanos y España sobre Ejecución de Sentencias Penales* dispone lo siguiente en los arts 1o, 14, 15 y 17:

Artículo 1. Los Estados Unidos Mexicanos y España se comprometen en las condiciones previstas por el presente Tratado, a concederse la cooperación más amplia en materia de ejecución de sentencias penales de personas condenadas a privación de libertad o a medidas de seguridad.

Artículo 14. Cada una de las Partes tomará las medidas legislativas necesarias y, en su caso, establecerá los procedimientos adecuados para que surtan efectos legales en su territorio las sentencias a que se refiere este Tratado, dictadas por los tribunales de la otra Parte.

Artículo 15.

[...]

2. En la ejecución de la condena el Estado receptor:

- a) Estará vinculado por la naturaleza jurídica y duración de la pena o medida de seguridad;
- b) Estará vinculado por los hechos probados en la sentencia;
- c) No podrá convertir la pena o medida de seguridad en una sanción pecuniaria;
- d) Deducirá íntegramente el período de prisión provisional, y
- e) No agravará la situación del condenado ni estará obligado por la sanción mínima que, en su caso, estuviere prevista por la legislación para la infracción cometida.

Artículo 17. El Estado trasladante mantendrá jurisdicción exclusiva respecto de todo procedimiento, cualquiera que sea su índole y que tenga por objeto impugnar, modificar o dejar sin efecto las sentencias dictadas por sus tribunales. El Estado receptor, al recibir aviso del Estado trasladante de cualquier

decisión que afecte una sentencia, deberá adoptar las medidas que correspondan conforme a dicho aviso.

Nótese que el punto de conexión basado en el principio *lex loci commissi delicti* es único y, por tanto, inamovible.

Puntos de contacto múltiples. Éstos se presentan cuando una misma relación jurídica está regida por diversos derechos por comprender una combinación entre los elementos personales reales y conductuales. Un ejemplo de la multiplicidad de puntos de contacto se encuentra en el art 4o de la *Convención de La Haya sobre Ley Aplicable a la Responsabilidad por Daños Derivados de los Productos*, que dispone:

Artículo 4. La ley aplicable es la ley interna del Estado en cuyo territorio ocurrió el hecho dañoso, si este Estado es además:

- a) El Estado de la residencia habitual de la persona que sufrió directamente el daño, o
- b) El Estado del establecimiento principal de la persona cuya responsabilidad se invoca, o
- c) El Estado en cuyo territorio fue adquirido el producto por la persona que sufrió directamente el daño.

Nótese cómo la Convención determina la existencia de los diversos puntos de contacto siguientes:

- Donde se cometió el delito,
- El establecimiento del responsable, o
- Donde se adquirió el producto.

13.3.2 Puntos de contacto mudables o inamovibles

Puntos de contacto mudables. Se presentan cuando una relación jurídica se altera por el transcurso del tiempo, por el cambio de lugar cuando se trata de bienes, por el cambio de nacionalidad o de domicilio de una persona. Tales puntos de contacto pueden dar lugar al conflicto móvil, como ocurre con los bienes muebles o los títulos de crédito. Un ejemplo de punto de contacto mutable en cuanto a las personas son los arts 3 y 4 ap "4" del *Protocolo sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias de La Haya*.

Artículo 3. Norma general sobre la ley aplicable

- 1. Las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa.

² DOF del 17 de enero de 1994.

2. En caso de cambio de la residencia habitual del acreedor, se aplicará la ley del Estado de la nueva residencia habitual desde el momento en que se produce el cambio.

Artículo 4. Normas especiales a favor de determinados acreedores
[...]

Si el acreedor no puede obtener alimentos del deudor en virtud de las leyes a que se refieren el artículo 3o y los apartados 2 y 3 del presente artículo, se aplicará la ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe.

Este punto de contacto, además de ser mudable, es subsidiario. Nótese que dicho punto se modifica al incluir el principio de nacionalidad o con el cambio de lugar de las personas.

Puntos de conexión inamovibles. Estos son posibles sólo en conexiones territoriales, como ocurre con los inmuebles que se rigen por el principio *lex rei sitae*.

13.3.3 Puntos de contacto principales o subsidiarios

Puntos de contacto principales. En todo conflicto siempre hay un punto de conexión básico del cual parte la determinación del derecho aplicable y del que pueden derivar nuevos conflictos, como ocurriría en un *ab intestato* en el que surgieran personas con derechos alimentarios o con créditos laborales.

Puntos de contacto subsidiarios. Éstos se aplican sólo cuando el punto de contacto principal sea impracticable, por ejemplo la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales,³ cuyo art 9o dispone:

Si las partes no hubieran elegido el derecho aplicable o si su ejecución resultara ineficaz, el contrato se regirá por el derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos. El tribunal tomará en cuenta los elementos objetivos y subjetivos que se desprenden del contrato para determinar el derecho del Estado con el cual tiene vínculos más estrechos...

La convención, al regular los contratos internacionales, permite que las partes determinen el derecho aplicable; en tal sentido, la solución se basa

³ Francisco José Contreras Vaca, *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Oxford University Press, México, 1998, pág 485.

en el principio de autonomía de la voluntad; sin embargo, si ésta no se ejerce o el derecho elegido por las partes es ineficaz, subsidiariamente se aplicará el derecho del Estado que mayor vinculación tenga con el contrato.

En conclusión, inicialmente se aplicaría el derecho que designen las partes; si éstas se abstuvieran de hacerlo o el derecho elegido fuera ineficaz, el tribunal, después de analizar los elementos objetivos y subjetivos, subsidiariamente determinaría el derecho del Estado con el cual la relación jurídica en conflicto tuviera el vínculo más estrecho. El beneficio que representa el punto de contacto subsidiario es que evita el problema del punto de contacto único.

13.3.4 Puntos de contacto alternativos o acumulativos

Puntos de contacto alternativos. Son aquellos que presentan la posibilidad de elección, lo cual ocurre cuando el legislador da varias opciones de ley aplicable; en otras palabras, en una misma relación jurídica hay una pluralidad de conexiones, lo cual significa que se pueden aplicar varias leyes. Los puntos de contacto alternativos permiten al juez elegir el derecho más conveniente. Un ejemplo de punto de contacto alternativo es el art 13 de la *Convención Interamericana⁴ sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción Internacional de Menores*, que dispone:

Artículo 13. Cuando sea posible la conversión de la adopción simple en adopción plena o legitimación adoptiva o instituciones afines, la conversión se regirá a elección del actor, por la ley de la residencia habitual del adoptado al momento de la adopción, o por la del Estado donde tenga su domicilio el adoptante, o adoptantes, al momento de pedirse la conversión.

Puntos de contacto acumulativos. En estos puntos, la solución del conflicto sólo se logrará cuando se apliquen todas las normas de los diversos puntos de contacto. En otras palabras, en un conflicto con puntos de conexión acumulativos es necesaria la aplicación simultánea de varios derechos por tratarse de una misma situación jurídica en conflicto, por ejemplo: la extradición que exige, para su procedencia, que la conducta de la persona sea delito tanto en el Estado solicitante como en el Estado solicitado.

⁴ DOF del 6 de febrero de 1987.

13.4 El punto de contacto para Werner Goldschmidt

Werner Goldschmidt⁵ sostiene que:

"... los puntos de conexión indican cuál es el derecho aplicable mediante una expresión variable, la cual se individualiza, en atención a las particularidades de cada caso. Estos puntos de conexión, añade se encuentran siempre en la consecuencia de la norma conflictual y se enuncian a través de principios jurídicos propios del derecho internacional privado.

En ese orden de ideas, el punto de conexión es la situación que se presenta cuando una misma relación jurídica o fáctica —esto es, un acto o hecho jurídico— se regula por derechos distintos. De esto se concluye que hay varias clases de puntos de conexión.

13.4.1 Clases de puntos de conexión

En su obra *Summa de derecho internacional privado*, Goldschmidt⁶ señala la existencia de múltiples puntos de conexión y al efecto expone una clasificación detallada. El autor parte de dos grandes géneros de conexiones:

- De acuerdo con el objeto.
- De acuerdo con el carácter de la conexión.

13.4.1.1 Punto de conexión de acuerdo con el objeto

Goldschmidt sostiene que este punto de conexión se divide en tres subclases:

- De acuerdo con las personas.
- Según los objetos o bienes.
- De acuerdo con los sucesos.

De acuerdo con las personas. En esta primera subdivisión, los puntos de conexión son: la nacionalidad, el domicilio, la residencia y la pertenencia a un país por prestación de servicios; en consecuencia, se regirán por los principios de nacionalidad, domicilio o residencia habitual.

⁵ Werner Goldschmidt, *Summa de derecho internacional privado*, sne, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, págs 86 y siguientes.

⁶ Ídem.

Según los objetos o bienes. Goldschmidt expone que se debe tomar en cuenta la naturaleza del bien, por lo que el punto de conexión depende de si son bienes: muebles, inmuebles o un cargamento para ser entregado.

En el caso de los bienes muebles e inmuebles, el punto de conexión se basaría en el principio *lex rei sitae*. En el último supuesto, relativo a un cargamento y a su entrega, se pueden presentar dos situaciones respecto a: los bienes transportables y el medio de transporte.

En los bienes transportables, el punto de conexión se determinará por el punto de salida o de destino de los bienes. Respecto al medio de transporte, los puntos de conexión se establecerán de acuerdo con el derecho del Estado de matrícula y, en su caso, de abanderamiento.

De acuerdo con los sucesos. Estos puntos de contacto los determina Goldschmidt en función de la conducta de las personas; al efecto señala tres supuestos con su respectivo principio, el cual determinará el derecho aplicable. En tal sentido expone:

- Por el lugar de la celebración del acto, el principio aplicable es el de *locus regit actum*.
- Por el lugar del cumplimiento de la obligación, el principio aplicable es el de *lex loci executionis*.
- Por el acuerdo de las partes, el principio que rige es el de autonomía de la voluntad.

13.4.2 Clasificación de acuerdo con el carácter de la conexión

En este segundo género de puntos de conexión, Goldschmidt sostiene que hay dos clases con sus respectivas subdivisiones:

- Conexión no acumulativa.
- Conexión acumulativa.

A su vez, la conexión no acumulativa puede ser: simple o condicional.

En la conexión no acumulativa simple sólo se aplicará una ley. Este punto de conexión se equipara al punto de contacto único expuesto por Carrillo Salcedo. Por otro lado, en la conexión no acumulativa condicional hay nuevamente una subdivisión, por lo que ésta puede ser, según Goldschmidt, subsidiaria o alternativa.

La conexión no acumulativa condicional subsidiaria consiste en que la norma conflictual emplea sólo un punto de contacto, pero ofrece otras op-

ciones para que —en el caso de no resultar aplicable el primer punto de conexión— sea posible recurrir a los subsecuentes. Nótese que esta conexión coincide con el punto de contacto subsidiario de **Carrillo Salcedo**.

La conexión no acumulativa condicional alternativa consiste en que la norma conflictual ofrece varios puntos de conexión simultáneos, entre los cuales las partes deben elegir voluntariamente cualquiera de ellos o elegir con base en un hecho determinado que les represente algún beneficio. Esta conexión coincide con el punto de contacto alternativo expuesto por **Carrillo Salcedo**.

Punto de conexión acumulativa. Este punto de conexión puede ser: igual o desigual.

El punto de conexión acumulativa igual consiste en que el mismo problema se somete a diferentes derechos que lo resuelven, cada uno con independencia del otro y sólo el acuerdo entre todos los derechos permite obtener una solución positiva.

La conexión acumulativa desigual consiste en aplicar a un problema un solo derecho, el cual se puede complementar o disminuir por otro, que actúa en función de un mínimo o un máximo. Un ejemplo de esto es el art 18, párr primero inc d) de la Convención sobre Recuperación de Alimentos del 23 de noviembre de 2007, que dispone:

Artículo 18. *Cuando se adopte una decisión en un Estado contratante en el que acreedor tenga su residencia habitual, el deudor no podrá iniciar en ningún otro Estado contratante un procedimiento para que se modifique la decisión u obtener una nueva mientras el acreedor continúe recidiendo habitualmente en el Estado en que se adoptó la decisión, excepto que:*

[...]

d) ... la decisión dictada en el Estado de origen no pueda reconocerse o declararse ejecutoria en el Estado contratante en el que se esté considerando un procedimiento para modificar o dictar una nueva.

Nótese que aquí este dispositivo crea un punto de contacto acumulativo desigual debido a que hay la posibilidad de modificar o dictar una nueva resolución, la cual puede ser en el sentido de aumentar, disminuir o dejar la misma cantidad señalada para cubrir los alimentos. **Goldschmidt** añade a esta detallada clasificación que los puntos de conexión deben ser precisos; por ello, la determinación de la norma aplicable no sólo debe limitarse a solucionar el conflicto espacial, sino también ha de tener en cuenta el conflicto temporal.

De acuerdo con lo expuesto por **Carrillo Salcedo** y **Werner Goldschmidt** respecto al punto de contacto como el origen de los conflictos de normas, cabe afirmar que el primer tratadista, aun cuando considera cuatro clases y sus respectivos opuestos, ofrece una clasificación muy sencilla y general, pero incompleta debido a que hay puntos de contacto no incluidos en ella.

Respecto a la clasificación de **Goldschmidt**, pese a que sólo tiene dos grandes clases de puntos de contacto, abarca una amplia subclasificación más completa, eficaz y justa para solucionar los conflictos.

UNIDAD 14

Técnicas de solución de los conflictos de leyes

14.1 Introducción

Después de estudiar los métodos planteados por Jitta y Goldschmidt se puede concluir que ambos son aplicables en el derecho internacional privado, pues, lejos de oponerse, se complementan. En tal sentido, la solución de los conflictos de leyes se centra en los métodos directo e indirecto propuestos por Goldschmidt, cuyas técnicas son también directas e indirectas,¹ y en los métodos y técnicas de Jitta. Tales vías de dar solución a los conflictos se aplicarán de acuerdo con la naturaleza del problema y con el derecho en que se presenten. En consecuencia, unos métodos y técnicas se aplicarán para dar solución a los problemas del derecho conflictual sustantivo y otros a los problemas que presente la competencia judicial. En este orden de ideas, es necesario recordar los métodos de Werner Goldschmidt.

¹ Cfr. Werner Goldschmidt, *Summa del derecho internacional privado*, sne, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958, pág. 11.

14.2 Métodos y técnicas de Werner Goldschmidt

El método directo depende exclusivamente del derecho interno. De esta afirmación del autor, sólo puede colegirse que la técnica directa también se funda en el derecho interno. Como se vio en la unidad 12, las técnicas directas se aplican mediante normas materiales.

El método indirecto consiste en resolver el conflicto de leyes mediante una técnica indirecta, cuya aplicación requiere un proceso complejo que permite solucionar el conflicto de leyes con la norma conflictual. Esta técnica puede ir más allá del derecho interno y señalar como derecho aplicable el extranjero.

Antes de recordar brevemente las técnicas, es necesario tener presente que el universo normativo del derecho internacional privado incluye dos clases de normas: las materiales o sustantivas y las conflictuales. Las técnicas directas se aplican mediante normas materiales, en tanto que la técnica indirecta se basa en la norma conflictual.

14.2.1 Técnicas directas

Las técnicas directas se llevan a efecto mediante normas materiales que resuelven el conflicto de forma inmediata, lo cual significa que, una vez aplicada la norma el conflicto termina. Las técnicas directas son tres y reciben los nombres siguientes:

- Normas de aplicación inmediata.
- Normas materiales.
- Normas de vocación internacional.

14.2.1.1 Normas de aplicación inmediata

Del nombre se deduce la naturaleza de las normas de aplicación inmediata: son normas directas ineludibles y aplicables jerárquicamente sobre cualquier otra norma. Nussbaum² sostiene al respecto que mediante esta técnica se protege el derecho interno en forma absoluta, por no tomarse en cuenta el derecho extranjero. Así, los tribunales nacionales deben aplicar de

² Cfr. Nussbaum citado por Leonel Perezniño Castro, *Derecho internacional privado, parte general*, 7a ed, Oxford University Press, México, 1998, págs. 206 y siguientes.

manera directa el derecho interno y excluir por completo cualquier otra norma, lo cual conduce a que su aplicación sea inmediata, nombre que le fue dado por **Philon Francescakis**.³

Es claro que la norma de aplicación inmediata en cualquier país es la Constitución, por lo que tal ordenamiento es prioritario en la solución de un problema. La Carta Magna es el cuerpo rector y de ella deriva toda la normatividad que dará solución a la multiplicidad de problemas que pueda tener cualquier sociedad.

Después de la Constitución están las normas federales. A algunas de las cuales indebidamente se les ha llamado también normas generales.⁴ Junto a éstas existe otra clase de normas que también deben ser de aplicación inmediata, pues los bienes que tutelan no admiten la aplicación de normas extranjeras. Acerca de este punto **Pereznieto**⁵ afirma: "Mediante la técnica directa de normas de aplicación inmediata, el legislador emite leyes que por su naturaleza se relacionan de tal manera con la estructura familiar o con cualquier otra institución que por sus características son básicas para el Estado; por tanto, en estos casos, las relaciones jurídicas internacionales se interrumpen y se aplican las leyes nacionales."

En complemento de lo anterior, el mismo autor expone tres situaciones que justifican la existencia y preeminencia de las normas de aplicación inmediata.

Primer. Existen ciertos problemas del tráfico jurídico internacional que se deben resolver directamente mediante la aplicación de normas internas sin acudir a otro recurso.

Segundo. En cada sistema jurídico existe una serie de normas cuya función u objeto se encuentra vinculado con cuestiones de organización estatal, interés general o colectivo o de protección a otros intereses y se ha considerado que dichas normas deben aplicarse sin otro recurso, normas que la doctrina ha denominado *leyes de aplicación inmediata*, *leyes de aplicación necesaria* o *autolimitantes*.

Tercero. Deben existir normas internas que, en virtud de su función u objeto y por su propia naturaleza, no admitan otro recurso que el de su aplicación, aun en el caso de que estén involucrados elementos de orden internacional.⁶

14.2.1.2 Normas materiales

Debe recordarse que el universo normativo del derecho internacional privado abarca las normas sustantivas, o materiales (nombre este último utilizado en el derecho internacional privado) y las conflictuales. Este punto se limitará a las normas materiales.

Las normas materiales constituyen otra técnica que permite, en forma directa, dar solución a un problema de derecho internacional privado. En otras palabras, una norma sustantiva resolverá el problema. ¿Cómo son estas normas materiales y cuál es su contenido?: estas disposiciones son producto del legislador interno. Entre estas técnicas directas se incluían las normas internacionales, pero debido a la interpretación de la Corte sólo quedaron las normas de vocación internacional.

14.2.1.3 Normas de vocación internacional

Éstas son normas que admiten una relación internacional y que reconocen la existencia de relaciones jurídicas con elementos extranjeros, de tal manera que resuelven el problema en forma también directa. Son normas creadas por el legislador interno que prevé situaciones con elementos extranjeros y con tal motivo amplían el ámbito de aplicación de las disposiciones a tales elementos ajenos, por lo cual se conocen como *normas de vocación internacional*. Como su nombre claramente lo indica, son tanto normas que únicamente tienen como fin regular elementos extranjeros, como normas internas creadas por el legislador nacional, sólo se aplican a extranjeros. Reciben el nombre de normas de vocación internacional porque son disposiciones nacionales que se aplican sólo a situaciones con elementos extranjeros, como ocurre con la *Ley de Migración* y su reglamento, la *Ley de Inversión Extranjera* y su reglamento o la *Ley de Nacionalidad* y su reglamento.

Bajo ese tenor, a un mexicano nunca se le confinará en una estación migratoria, ni se le limitará su participación accionaria en la inversión nacional, ni se le exigirá una carta de naturalización, salvo el caso previsto del certificado de nacionalidad y ante el supuesto de que pretenda acceder a uno de los cargos que requieren tal documento.

En síntesis, las normas materiales como técnica directa de solución de conflictos del derecho internacional privado son reglas internas creadas por el legislador nacional en prevención de conflictos que puedan surgir en relación con el estatus de extranjero, con los bienes que adquiera o con las conductas que realice.

³ Cf. **Philon Francescakis** citado por **Leonel Pereznieto Castro**, *Derecho internacional privado*, 5a ed, Harla, México, 1991, pág. 206.

⁴ A ciertas normas federales se les ha denominado indebidamente *leyes generales*, lo cual es un error del legislador debido a que toda ley es general.

⁵ **Leonel Pereznieto Castro**, ob cit, pág. 288.

⁶ *Ibidem*, págs. 208 y siguientes.

Antes de entrar al estudio de la técnica indirecta, es necesario destacar las diferencias entre la norma conflictual y la material.

14.2.1.4 La norma material y su diferencia con la norma conflictual

Es necesario aclarar con precisión la diferencia que existe entre los elementos de la norma material y los elementos de la norma conflictual a fin de no confundirlas.

Norma material. Ésta resuelve los problemas de fondo que surgen entre las personas por las relaciones jurídicas establecidas entre ellas. Dichas normas tienen supuesto y consecuencia: en el supuesto se encuentra la conducta realizada y en la consecuencia están definidos los efectos de la conducta. Por ejemplo, el código penal dispone.

Comete el delito de homicidio quien priva de la vida a otro.

El supuesto es privar de la vida y la consecuencia es cometer un delito. El mismo código establece:

Quien priva de la vida tiene una sanción de ocho a veinte años de prisión.

El supuesto es privar de la vida y la consecuencia es perder la libertad de ocho a veinte años. Éstas son normas materiales porque describen una conducta en el supuesto y en la consecuencia se determina la sanción. El estudio y análisis de la norma conflictual es más complejo, para lo cual es necesario también analizar sus dos elementos.

Norma conflictual. Esta norma es distinta, aun cuando también tiene supuesto y consecuencia. En el supuesto determina la naturaleza jurídica de la relación en conflicto y en la consecuencia cuál derecho debe aplicarse. El contenido del supuesto es siempre una situación humana que da lugar a una relación jurídica referida siempre a un atributo de la personalidad, el cual generó el conflicto, y expresa la relación existente entre las personas y la relación que se tiene con los bienes o respecto a la conducta realizada.

La consecuencia tiene siempre como contenido un principio jurídico: establece la conexión entre el supuesto y la consecuencia que determina el derecho que debe aplicarse. Por lo tanto, al ser el supuesto y la consecuencia elementos de la norma conflictual, es indispensable determinar tanto la naturaleza jurídica de la relación que se encuentra en el supuesto como el principio jurídico en el cual se basa la consecuencia de la norma conflictual. Un ejemplo de norma conflictual es el art 1o del *Código Penal Federal*, que dispone:

Este código se aplicará en toda la República para los delitos del orden federal.

En este dispositivo se regula el delito federal, pero la norma no dice que delito, sino sencillamente se refiere a cualquier delito federal: éste es el supuesto y la consecuencia determina el derecho aplicable, que obviamente será el del *Código Penal Federal* para los delitos de orden federal. Ésta es una norma conflictual, cuyos elementos son los mismos que tiene la norma material; sin embargo, su función es distinta: es determinar el derecho aplicable.

En síntesis, la norma sustantiva tiene como función regir a las personas en cualquier situación que surja, pueda surgir o haya surgido. La norma conflictual tiene como función dar reglas al derecho no a las personas. Por tanto, la diferencia específica entre la norma material y la conflictual radica en que la primera resuelve problemas de las personas y la segunda problemas del derecho en forma indirecta. Con la norma conflictual se aplican la técnica indirecta y el sistema conflictual tradicional.

14.3 Técnica indirecta

El método indirecto es un proceso que en forma mediata dará solución al conflicto de normas; la técnica de que se vale es también indirecta y se conoce como *sistema conflictual tradicional*.

14.4 Sistema conflictual tradicional

Se llama sistema conflictual tradicional al conjunto integrado por el método y la técnica indirectos, los cuales mediante el análisis y aplicación de la norma conflictual determinan cuál derecho se ha de aplicar para resolver un problema sustantivo. El sistema comprende un conjunto de pasos lógicamente ordenados y de reglas que permiten resolver la duda sobre el derecho aplicable cuando confluyen varios ordenamientos jurídicos en un mismo punto de contacto. En síntesis, la técnica indirecta se limita a señalar cuál de los derechos involucrados en el punto de contacto será el aplicable, lo que se realiza mediante la norma conflictual.

14.4.1 Análisis de la norma conflictual

La aplicación del sistema conflictual tradicional se inicia con el análisis de la norma conflictual; por tanto, es necesario conocer lo siguiente:

- ¿Qué es la norma conflictual?
- ¿Qué función tiene?
- Su clasificación.
- ¿Dónde se encuentra?
- ¿Cuál es su naturaleza jurídica?
- ¿Qué problemas se pueden presentar en su aplicación?

14.4.2 ¿Qué es la norma conflictual?

La norma conflictual es la disposición que permite aplicar la técnica indirecta y solucionar así un problema del derecho. Esta técnica resolverá en forma mediata la duda del juzgador al indicarle cuál derecho debe aplicar para resolver un litigio en el que confluyen varios derechos o hay distintos puntos de contacto.

La norma conflictual no resuelve directamente el problema sustantivo, pero sí la incógnita del juez.

14.4.3 ¿Qué función tiene la norma conflictual?

La función de la norma conflictual es determinar cuál derecho se debe aplicar. ¿Por qué tiene esta función? La respuesta se puede dar fácilmente: la norma conflictual tiene esta función porque el juzgador se encuentra frente a una relación relativa o absolutamente internacional en la que, debido al punto de contacto establecido entre dos o más personas, intervienen dos o más derechos. Por tanto, el juez de la causa ignora cuál de ellos debe aplicar; para resolverlo debe acudir a la norma conflictual, que aclarará la duda y le indicará —de los derechos involucrados en el punto de contacto— cuál debe aplicar.

El juzgador tendrá que partir del punto de contacto, ver el derecho o derechos involucrados y, mediante el análisis de la norma conflictual correspondiente, elegir cuál será el derecho correctamente aplicable. En síntesis, la norma conflictual tiene como función aclarar las dudas del juez al decirle el derecho que se debe aplicar, para dar solución al problema jurídico sustantivo.

14.4.4 Clasificación de las normas conflictuales

La norma conflictual se puede clasificar de acuerdo con su origen; según esta perspectiva, puede ser:

- Interna: unilateral o bilateral.
- Internacional.

Norma de conflicto interna. Ésta es producto del legislador doméstico, debido a que los conflictos surgen por situaciones internas; en consecuencia, cada Estado tiene su propio sistema conflictual. La norma conflictual interna puede ser unilateral o bilateral.

Norma conflictual interna unilateral. Esta norma normalmente designará como aplicable su propio derecho, esto es, designará como derecho material el interno; por ello, finalmente éste se aplicará para solucionar el problema sustantivo. En tal supuesto la norma de conflicto es unilateral porque ignora todo elemento internacional. Un ejemplo de norma conflictual interna unilateral se encuentra en el art 12 del *Código Civil para el Distrito Federal*, que dispone:

Artículo 12. *Las leyes para el Distrito Federal se aplicarán a todas las personas que se encuentren en el territorio del mismo, sean nacionales o extranjeras.*

Esta norma dispone tajantemente que se aplicará el derecho del Distrito Federal, por lo cual es una norma de conflicto interna unilateral.

Norma conflictual interna bilateral. Aun cuando lo usual es que la norma de conflicto designe la norma material interna o sólo un derecho, también puede designar el derecho material sin distinguir entre sí es interno o extranjero. En tal caso, la norma conflictual será bilateral debido a que al no señalar concretamente ningún derecho, admite la posibilidad de que sea el nacional o el extranjero. Un ejemplo de norma conflictual interna bilateral es el art 12 del *Código Civil Federal*.

Artículo 12. *Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los hechos y actos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquellos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo además lo previsto en los tratados y convenciones de los que México sea parte.*

Esta disposición admite que se apliquen otros derechos; por ende, es una norma conflictual interna bilateral, aunque bien se puede considerar

multilateral porque contempla el derecho interno, el extranjero y las convenciones y tratados. En síntesis, la norma unilateral se limita a señalar sólo un derecho aplicable, que es el interno; por el contrario, la norma bilateral designa en forma genérica el derecho aplicable sin determinar concretamente si es el derecho interno o el extranjero, por lo cual denota la apertura hacia un derecho distinto del interno.

Norma conflictual internacional. Por su propia naturaleza, la norma conflictual internacional es bilateral o multilateral debido a que su origen generalmente es convencional; en otras palabras, proviene del acuerdo de los Estados parte de una convención. Esta norma conflictual, a fin de armonizar los distintos derechos, puede determinar que se aplique el derecho interno de cada Estado o el derecho extranjero con el cual se haya establecido el punto de contacto.

14.4.5 ¿Dónde se encuentra la norma conflictual?

La norma conflictual forma parte del derecho interno de cada Estado, es producto del legislador doméstico y se encuentra en todos los ordenamientos jurídicos; concretamente, el legislador interno la coloca en las "Disposiciones preliminares".

Recuérdese que el derecho internacional privado, dentro de la ciencia del derecho, pertenece a la técnica jurídica; tal naturaleza lo ubica en todas las ramas de la sistemática jurídica. Por tanto, al ser la norma conflictual una vía para resolver problemas técnicos de aplicación del derecho, tendrá la ubicación que se da a las reglas generales, que se encontrarán siempre en las disposiciones preliminares de cada rama del derecho; por ejemplo, en la legislación mexicana están los arts 12, 13, 14 y 15 del *Código Civil Federal*, los arts 2, 3, 4, 5 y 6 del *Código Penal Federal*, el 1o de la *Ley de Propiedad Industrial* y 1 y 2 del *Código de Comercio*.

14.4.6 Naturaleza jurídica de la norma conflictual

La norma conflictual es *sui generis*, reguladora del derecho, una disposición de naturaleza técnica y una regla creada para aplicar el derecho. En consecuencia, la naturaleza jurídica de la norma conflictual consiste en ser una norma reguladora del derecho.

14.4.7 ¿Qué problemas se pueden presentar en la aplicación de la norma conflictual?

La norma conflictual es la base del sistema conflictual tradicional, sistema que se aplica mediante la técnica indirecta, la cual exige estudiar cada uno de los problemas que se pueden presentar al resolver un conflicto de leyes por medio de la aplicación de la norma conflictual. Los problemas que se pueden presentar son los siguientes:

- Calificación.
- Reenvío.
- Cuestión previa.
- Orden público.
- Fraude a la ley.
- Institución análoga.
- Institución desconocida.
- Conflicto móvil.

De estos problemas que pueden surgir, los únicos que indefectiblemente se presentan son la calificación y el reenvío, mientras que los otros seis pueden o no presentarse.

14.4.8 Calificación: ¿Qué es calificar?

Calificar consiste en decir cómo es o cómo está algo, mientras que calificación es el resultado de calificar. En consecuencia, en derecho internacional privado calificar es tomar la norma conflictual y ver cómo está en relación con un problema.

La calificación, como el resultado de calificar, debe aclarar y determinar con precisión el contenido de la norma conflictual en sus dos elementos: supuesto y consecuencia. Por lo tanto, la calificación es el resultado del análisis que se hace de los elementos de la norma conflictual para determinar correctamente cuál derecho debe aplicarse en la solución de un problema sustantivo.

La calificación consiste en determinar la naturaleza jurídica de la relación que por ser relativa o absolutamente internacional está en conflicto. En esta relación se encontrará siempre el atributo de la personalidad que dio lugar al conflicto y habrá un principio jurídico que determine el derecho aplicable; por lo tanto, la calificación es un requisito *sine que non* en el aná-

lisis de la norma conflictual. Niboyet⁷ expone con toda claridad que calificar consiste en encontrar el derecho competente que habrá de resolver un litigio propio del derecho internacional privado.

14.4.9 Vías para calificar

Existen tres vías para realizar la calificación:

- *Lex fori*.
- *Lex causae*.
- Tercera escuela.

Calificación *Lex fori*. Ésta la realiza el juez de acuerdo con su propio derecho, debido a que ante él se presentó el litigio. Tal calificación será territorialista.

Calificación *Lex causae*. Aquí el juez acudirá al derecho extranjero, lo cual significa que calificará con fundamento en el derecho que dio origen a la relación jurídica y, por ende, al conflicto.

Tercera escuela. Ésta no da una solución, sino sólo hace un planteamiento de naturaleza legislativa al proponer que la norma conflictual debe ser lo suficientemente general, y, por tanto, desvinculada del derecho interno, a fin de comprender en una institución jurídica las diversas modalidades que se puedan presentar y dar así flexibilidad para la solución del problema.

En síntesis, calificar consiste en analizar la norma conflictual en sus dos elementos (supuesto y consecuencia) con el fin de determinar el derecho aplicable al problema sustantivo.

14.4.10 Supuesto y consecuencia de la norma conflictual

Se ha dicho que para resolver cuál derecho ha de aplicarse se debe calificar la norma conflictual, lo que se lleva a efecto mediante su análisis; también se ha afirmado que en el supuesto de la norma conflictual se encontrará un atributo de la personalidad.

Es necesario aclarar que el atributo de la personalidad del supuesto puede estar en forma expresa o implícita. Por tanto, el análisis del supues-

to dará siempre como atributo en conflicto el nombre, el domicilio, la nacionalidad, el patrimonio, el estado civil o la capacidad, excepto en las personas jurídicas que carecen de estado civil.

El otro elemento de la norma conflictual es la consecuencia, la cual tiene siempre un principio jurídico que determinará el derecho aplicable a la relación jurídica que se encuentra en el supuesto. En tal sentido, los principios que estén en la norma conflictual serán *lex domicilium*, *locus regit actum*, *lex rei sitae*, *lex loci executiones*, *lex loci commissi delicti* y *lex loci constitutionis*.

En conclusión, el supuesto y la consecuencia de la norma conflictual son dos elementos inseparables. El supuesto da la naturaleza jurídica de la relación en conflicto y la consecuencia contiene el principio que determina el derecho que dará solución al problema sustantivo.

Clases de supuestos de la norma conflictual. El supuesto de esta norma, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la relación en conflicto puede ser de tres clases:

- Personal.
- Real o patrimonial.
- Relativo a los actos.

Supuestos personales. En esta clase de supuestos, el problema se refiere a situaciones inherentes a la persona; por ende, los atributos serán el nombre, el estado civil y la capacidad; aquí la solución la daría la consecuencia de la norma conflictual con los principios *locus regit actum*, *lex domicilium* o ley de la nacionalidad.

El nombre es un atributo que suele no modificarse y, por lo tanto, se acepta sin presentar problema; a su vez, el estado civil es un atributo reconocido en cualquier parte, pero también puede ser objeto de múltiples cambios; por ejemplo, en la adopción se adquiere el estado civil de hijo y de padres adoptivos, en el matrimonio y el divorcio se adquiere el estado civil de casado o soltero. En tales supuestos, la solución normalmente la da el principio de nacionalidad, el de *lex domicilium* o el de *locus regit actum*. Un ejemplo claro de la aplicación de los principios mencionados se encuentra en la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores*. Esta convención, referente al nuevo estado civil que tendrá el adoptado, dispone que los principios del domicilio y de la residencia habitual del menor determinan el derecho aplicable. En tal sentido, el art 3o de la convención establece a la letra:

⁷ Cfr J.P. Niboyet, *Principios de derecho internacional privado*, selección de la 2a ed francesa del *Manual de A. Pillet y J.P. Niboyet*, traducida y adicionada con legislación española por Andrés Rodríguez Ramón, Editora Nacional, México, 1957, pág 349.

La ley de residencia habitual del menor regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como cuáles son los procedimientos y formalidades extrínsecas necesarios para la constitución del vínculo.

Nótese que el supuesto se refiere al atributo del estado civil que tendrá el adoptado, por lo cual en protección del menor la consecuencia de la norma conflictual dispone que en los requisitos se aplicará la ley de su residencia habitual, lo cual es lógico y justo por ser la ley con la que vive. Aquí se aplica el principio de residencia habitual.

El art 4o regula la situación personalísima del adoptante, en la que se aplicará la ley de su domicilio, lo cual también —además de lógico— es justo, por ser la ley que rige su capacidad de adoptante. De acuerdo con esto, se transcribe dicho artículo:

La ley del domicilio del adoptante (o adoptantes) regirá:

- a) *La capacidad para ser adoptante;*
- b) *Los requisitos de edad y estado civil del adoptante;*
- c) *El consentimiento del cónyuge del adoptante, si fuere el caso, y*
- d) *Los demás requisitos para ser adoptante.*

En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante (o adoptantes) sean manifiestamente menos estrictos que los señalados por la ley de la residencia habitual del adoptado, regirá la ley de éste.

Supuestos de contenido real o patrimonial. En dichos supuestos, el problema versa sobre bienes que pueden ser muebles o inmuebles, lo cual significa que el atributo de la personalidad del supuesto es el patrimonio. Si los bienes son muebles, el principio aplicable será el de *mobilia sequuntur personam*, en tanto que en los inmuebles se aplicará el de *lex rei sitae*.

Supuestos relativos a los actos. En los supuestos cuya relación jurídica conflictual se refiera a los actos de las personas, deberán tomarse en cuenta tres situaciones diferentes que se solucionarán por distintos principios.

A. Si el contenido del supuesto es un negocio jurídico (como la compra de un bien o la creación de una sociedad), los principios que determinarán el derecho aplicable serán: en el negocio jurídico el de *locus regit actum* y en la creación de una sociedad el de *lex loci constitutionis*.

Al efecto, el art 2o de la *Convención⁸ Interamericana sobre Personalidad y Capacidad de las Personas Jurídicas* dispone:

La existencia, la capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, el funcionamiento, la disolución y la fusión de las personas jurídicas de carácter privado se rigen por la ley del lugar de su constitución

Por la ley del lugar de su constitución se entiende la del Estado Parte donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.

El supuesto se refiere a la capacidad de las personas jurídicas y el principio determinado por la consecuencia es el de *lex loci constitutionis*.

El art 4o de dicha convención añade:

Para el ejercicio de actos comprendidos en el objeto social de las personas jurídicas privadas, regirá la ley del Estado Parte donde se realicen tales actos.

En dicho numeral, el supuesto de la norma conflictual se refiere también al atributo personal de la capacidad y la consecuencia contiene el principio *locus regit actum*; en otras palabras, esto significa que se aplicará el derecho del lugar donde la persona jurídica realice el acto.

¿Cómo se establece la relación entre el conflicto y la norma conflictual que lo resolverá? La respuesta es la siguiente: dicha relación se establece mediante el punto de contacto.

Recuérdese que el punto de contacto surge cuando dos personas tienen un problema regido por diferentes derechos. En tal punto surge la relación jurídica que deberá ubicarse en el supuesto de la norma conflictual a fin de que la consecuencia determine cuál de los posibles derechos debe aplicarse, para finalmente resolver el problema sustantivo.

En resumen, la relación jurídica, de acuerdo con el atributo de la personalidad contenido en el supuesto, puede ser personal, real o conflictual y estará regida por un principio jurídico contenido en la consecuencia de la norma conflictual, principio que conducirá al segundo problema, denominado reenvío.

14.5 Reenvío

Una vez establecido el punto de contacto, identificado el problema y ubicado en el supuesto de la norma conflictual, la condición determinará el derecho aplicable, lo cual se lleva a efecto mediante el reenvío. Por ello, es necesario abordar el segundo problema de la norma conflictual: el reenvío.

⁸ DOF del 6 de febrero de 1987.

El análisis del reenvío conduce a los siguientes cuestionamientos:

- ¿Qué es el reenvío?
- ¿De dónde proviene?
- ¿Cuál es su naturaleza jurídica?
- ¿Quién lo determina?
- ¿Qué fin tiene?
- ¿Cómo se aplica?

Estas interrogantes deben resolverse a fin de conocer dicha figura y aplicarla debidamente. Niboyet⁹ sostiene al respecto que el reenvío es uno de los problemas más importantes del derecho internacional privado. Se considera que su importancia es tal que sin el reenvío el sistema conflictual sencillamente no existiría.

Resulta imposible desligar la norma conflictual del reenvío ya que éste se deriva de la consecuencia de tal disposición. Prácticamente la solución del conflicto de leyes la da el principio jurídico que se encuentra en la consecuencia de la norma conflictual, el cual determina el derecho aplicable.

Debe recordarse que la solución del conflicto de leyes implica dos momentos:

- Ubicar en el supuesto de la norma conflictual la relación jurídica en conflicto, esto es, calificar.
- Determinar el derecho que deba aplicarse, mediante el principio que se encuentra en la consecuencia de la norma conflictual. El reenvío surge cuando el principio jurídico envía al derecho que debe aplicarse.

De lo anterior se infiere que la calificación y el reenvío se derivan de los dos elementos de la norma conflictual: del supuesto se deriva la calificación y de la consecuencia el reenvío. La calificación identifica la relación conflictual, mientras que la consecuencia determina el derecho que debe aplicarse. Estos dos elementos, dice **Berlin**,¹⁰ "están tan íntimamente unidos que de la calificación se pasa de manera insensible al reenvío".

Hasta aquí se ha dicho que el reenvío es indispensable para dar solución al conflicto de leyes y que el reenvío se deriva del principio que se encuentra en la consecuencia de la norma conflictual; sin embargo, no se ha dicho qué es el reenvío.

⁹ Cfr. J.P. Niboyet, ob cit, pág 317.

¹⁰ Berlin citado por Niboyet, ob cit, pág 349.

14.5.1 ¿Qué es el reenvío?

El reenvío es una figura jurídica compleja integrada por una serie de reglas que deben seguirse para determinar cuál derecho ha de aplicarse cuando —por un punto de contacto entre dos o más derechos— surge la duda de cuál de ellos dará la solución a ese conflicto de leyes.

La siguiente pregunta por responder al respecto es:

14.5.2 ¿De dónde proviene el reenvío?

Puede sostenerse que el reenvío tiene dos causas: una material y una formal. La causa material es la necesidad de aclarar la duda de cuál derecho debe aplicarse ante un punto de contacto cuya relación jurídica está sometida a dos o varios derechos aplicables.

La causa formal se encuentra en la consecuencia de la norma conflictual que determinará cuál derecho debe aplicarse después de calificar el supuesto de la norma conflictual en relación con el punto de contacto.

La siguiente pregunta por contestar se refiere a la naturaleza jurídica del reenvío.

14.5.3 Naturaleza jurídica del reenvío

Dar respuesta a esta pregunta es más complejo porque la naturaleza puede ser múltiple. En tal sentido, puede decirse que la naturaleza del reenvío se manifiesta en las siguientes formas:

- Como el efecto de aplicar el principio que se encuentra en la consecuencia de la norma.
- Como solución al problema conflictual.
- Como elemento armonizador de distintos derechos.
- Como el elemento jurídico que disipa la duda del juzgador ante un conflicto de leyes.

Todo lo anterior se sintetiza en que el reenvío es un proceso de técnica jurídica para determinar el derecho aplicable a una relación jurídica con elementos extranjeros.

Toca ahora dar respuesta a la siguiente pregunta:

¿Quién determina el reenvío? Se ha dicho que el derecho internacional privado es interno porque es creado por el legislador de cada Estado. El

reenvío es una parte de la norma conflictual creada por el legislador interno; en consecuencia, quien determina el reenvío es el legislador de cada Estado; por lo tanto, es interno.

¿Qué fin tiene el reenvío? El fin del reenvío es determinar el derecho que debe aplicarse para impartir justicia en una relación jurídica con elementos extranjeros.

La última pregunta y la más difícil de resolver es:

¿Cómo se aplica el reenvío? Dar respuesta a tal cuestionamiento es difícil debido a que no hay una sola respuesta. Hay tantas respuestas como relaciones jurídicas y puntos de contacto se puedan presentar. Para responder a cómo se aplica el reenvío es necesario tener en cuenta:

- El conflicto originado por el punto de contacto entre dos o más derechos distintos.
- La naturaleza jurídica de la relación contenida en el supuesto de la norma conflictual.
- El principio jurídico que se encuentra en la consecuencia de la norma conflictual.

De la unión de estos tres elementos puede haber tal cantidad de combinaciones como las que se pueden presentar del 1 al 0. Por ello, el proceso lógico de combinar estos tres elementos con el fin de dar la respuesta correcta le he llamado *matemáticas jurídicas*.

¿Por qué le he dado el nombre de matemáticas jurídicas al proceso de técnica jurídica mediante el cual se determina el derecho aplicable a una relación jurídica con elementos extranjeros? Tal nombre obedece a que en el reenvío hay un número mínimo de reglas básicas de las cuales se parte para dar solución a los múltiples conflictos de leyes; de la misma forma, hay un número mínimo de operaciones básicas que resuelven los múltiples problemas matemáticos que se pueden presentar. En consecuencia, así como en las matemáticas hay cuatro operaciones básicas (suma, resta, multiplicación y división), con las cuales se resuelve todo tipo de problemas matemáticos —siempre y cuando se relacionen correctamente— en el reenvío hay también un conjunto de reglas técnicas mínimas, que debidamente combinadas darán la solución correcta a los conflictos de leyes.

De lo anterior se derivan nuevos cuestionamientos: ¿cómo designa el reenvío el derecho aplicable?, ¿cuál derecho designa el reenvío? y ¿designa el derecho interno o el extranjero? Naturalmente, el reenvío puede determinar que es aplicable el derecho interno o el extranjero; sin embargo, al ser

el reenvío una técnica jurídica, ha de someterse a reglas o principios específicos.

14.6 Reglas de Maridakis que determina la aplicación del derecho extranjero

Respecto a estas reglas técnicas, Maridakis¹¹ sostiene el principio de que el legislador interno, en su función de legislador internacional, debe dictar reglas de conflicto que tomen en cuenta otros derechos. Por ello, no puede limitar su actividad a dictar normas internas. En aplicación de este principio, el autor da seis reglas que de forma concreta exponen las obligaciones del legislador, las cuales al reconocer la aplicación del derecho extranjero, regulan el reenvío. Dada la importancia de este punto, se transcribirán textualmente:

- a) El Estado no sólo no está legitimado para prescribir que el suyo es el único derecho aplicable dentro de los límites de su territorio, sino también se halla obligado a determinar los casos en que ha lugar a aplicar el derecho de un país extranjero.
- b) El Estado se encuentra obligado a determinar las reglas que den a conocer los casos en los cuales se debe aplicar el derecho extranjero.
- c) Cada Estado tiene también el derecho y el deber de permitir la ejecución de las decisiones judiciales extranjeras en su territorio.
- d) El Estado no puede privar al extranjero de su protección legal ni hacerle difícil el goce de los derechos que la humanidad civilizada concede al hombre en calidad de tal.
- e) El Estado debe abstenerse de legislar sobre bienes inmuebles sitos fuera de su territorio.
- f) El Estado se halla obligado a respetar los derechos adquiridos.

14.7 Aplicación del derecho extranjero en México y las reglas de Maridakis

En este tema es importante destacar que el *Código Civil Federal* de México cumple perfectamente con las seis reglas en los arts 12 a 15, que se transcriben:

¹¹ Cfr Maridakis citado por Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, 5a ed, t II, Editorial Atlas, Madrid, 1970, pág 273.

Artículo 12. Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.

Este dispositivo satisface la primera regla establecida por **Maridakis** pues determina que se aplicará el derecho extranjero.

Artículo 13. La determinación del derecho aplicable se hará conforme a las siguientes reglas:

- I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas;
- II. El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio;
- III. La constitución, régimen y extinción de los derechos reales sobre inmuebles, así como los contratos de arrendamiento y de uso temporal de tales bienes, y los bienes muebles, se regirán por el derecho del lugar de su ubicación, aunque sus titulares sean extranjeros;
- IV. La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren. Sin embargo, podrán sujetarse a las formas prescritas en este Código cuando el acto haya de tener efectos en el Distrito Federal o en la República tratándose de materia federal; y
- V. Salvo lo previsto en las fracciones anteriores, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el derecho del lugar donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran designado válidamente la aplicabilidad de otro derecho.

El art 13 establece en sus cinco fracciones los supuestos en que se aplicará el derecho extranjero; por tanto, satisface la regla segunda de **Maridakis**.

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

- I. Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;
- 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;
- III. No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la

institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos;

- IV. Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal, no deberán resolverse necesariamente de acuerdo con el derecho que regule a esta última; y
- V. Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos. Las dificultades causadas por la aplicación simultánea de tales derechos se resolverán tomando en cuenta las exigencias de la equidad en el caso concreto.

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación.

El art 14 especifica las reglas que el juez debe seguir para aplicar el derecho extranjero. Con esta norma se da cumplimiento a la regla tercera de **Maridakis**, pues el derecho mexicano reconoce, acepta y dispone cómo debe aplicarse el derecho extranjero.

En cuanto al reconocimiento y ejecución del derecho extranjero de la misma regla tercera de **Maridakis**, es conveniente aclarar que éste es un tema de competencia judicial que se desarrollará en la cuarta parte de la presente obra. La regla cuarta de **Maridakis** es ampliamente y hasta en exceso aplicada en México, so pretexto de proteger los derechos humanos. Esta exageración es resultado de la reforma al art 1o de la Constitución realizada el 1o de junio de 2011. Respecto a la regla 5 es evidente su naturaleza totalmente imperativa en cumplimiento del principio *lex rei sitae*, aplicable a los inmuebles. Por lo que toca a la regla 6, ésta contiene el principio del derecho internacional privado, que admite el reconocimiento y respeto a los derechos adquiridos, siempre que no se viole el orden público o haya fraude a la ley, como lo determina el art 15 del *Código Civil Federal*.

Un punto que **Maridakis** no consideró es el relativo a cuándo no deberá aplicarse el derecho extranjero, vacío que sí cubre el art 15 del *Código Civil Federal*, que se transcribe:

Artículo 15. No se aplicará el derecho extranjero:

- I. Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión; y
- II. Cuando las disposiciones del derecho extranjero o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano.

De estos seis principios se derivan la necesidad y la obligación internacionales de reconocer y aplicar el derecho extranjero en determinadas situaciones, pues de no ser así no podría prosperar el sistema conflictual y, por ende, no se solucionarían los conflictos.

Las disposiciones transcritas evidencian que en el derecho mexicano las normas conflictuales, al determinar el derecho aplicable, pueden remitir al derecho interno o al extranjero. Estas reglas, combinadas debidamente, conducirán a elegir de manera correcta el derecho que se aplicará para dar solución al conflicto de leyes.

De acuerdo con lo expuesto, puede sostenerse que las reglas generales del reenvío se limitan a cuatro supuestos básicos, consistentes en que el derecho interno determine con precisión cuándo se deberá:

- Remitir al derecho interno.
- Remitir al derecho del país de la contraparte.
- Remitir al derecho de un tercer Estado.
- Remitir al derecho de diferentes Estados.

14.8 Análisis del reenvío

Es importante aclarar que la relación que existe entre el supuesto y la consecuencia de la norma conflictual es tan estrecha que, identificada la relación jurídica del supuesto, en forma absolutamente natural se pasa a la consecuencia, la cual envía al derecho aplicable. En el reenvío hay dos figuras: remisión y reenvío, ante lo cual es necesario establecer su diferencia.

La remisión se manifiesta en dos formas: remisión simple y confirmación de la remisión. En la remisión, la solución al conflicto de leyes se da una vez que se designa el derecho aplicable.

La determinación del derecho aplicable en la remisión ocurre en uno o dos momentos, se da en un solo momento en la remisión simple y existe en dos momentos en la confirmación de la remisión.

El reenvío se manifiesta en una de tres formas:

- Reenvío en primer grado con conflicto negativo.
- Reenvío en primer grado con conflicto positivo.
- Reenvío en segundo grado.

Contrariamente a la sencilla solución de la remisión y de la confirmación de la remisión, el reenvío en sus tres diversas formas es mucho más

complejo, pues requiere varias combinaciones para llegar a la determinación concreta del derecho aplicable. Por ello, el reenvío es análogo a las matemáticas, en atención a las múltiples combinaciones que pueden surgir en cada caso.

En síntesis, de la misma forma que en las matemáticas hay cuatro operaciones básicas, en el reenvío hay cinco reglas básicas; sin embargo, en ambos conocimientos, conforme se combinen debidamente las reglas de acuerdo con el problema planteado, el resultado será correcto.

14.8.1 El reenvío como género y sus especies

El reenvío es el género del conjunto de reglas básicas; en este orden de ideas, el reenvío como género tiene las siguientes especies:

- Remisión simple.
- Confirmación de la remisión.
- Reenvío en primer grado con conflicto negativo.
- Reenvío en primer grado con conflicto positivo.
- Reenvío en segundo grado.

Aclarado lo anterior, procede analizar cada una de las cinco especies de reglas técnicas del reenvío.

14.8.1.1 Remisión simple

En esta regla, una vez identificada en el supuesto de la norma conflictual la naturaleza jurídica de la relación en conflicto, la consecuencia de dicha norma señalará como derecho aplicable una norma material, debido a que en este problema la duda por despejar es: ¿se cumplió o no con un requisito material? Por ello, la consecuencia de la norma conflictual determinará como derecho aplicable la norma material incumplida, en cuyo caso se habrá resuelto el conflicto y la duda sobre el derecho aplicable se habrá despejado. Un ejemplo es el conflicto consistente en la impugnación de un acto jurídico por no haberse cumplido los requisitos materiales. Concretamente se presentaría en la constitución de una sociedad extranjera que deseara establecerse en México.

Recuérdese que en el derecho mexicano las sociedades extranjeras que deseen operar en México, de acuerdo con el primer párr del art 2736 del *Código Civil Federal* y el *Código Civil para el Distrito Federal*, deben satisfacer

los requisitos de la ley de su país, como claramente se expone en la transcripción siguiente:

Artículo 2736. *La existencia, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, transformación, disolución, liquidación y fusión de las personas morales extranjeras de naturaleza privada se regirán por el derecho de su constitución, entendiéndose por tal, aquél del Estado en que se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de dichas personas.*

De acuerdo con el principio *lex loci constitutionis* establecido en el art transcrito, la consecuencia de la norma conflictual remite al derecho material del país de origen de la sociedad extranjera. De esta manera se confirma si se cumplió o no con los requisitos de la ley de origen; aclarado esto, se da fin al conflicto. Por lo tanto, si la sociedad cumplió con los requisitos de su ley de origen, no procederá la impugnación; si no los cumplió procederá la impugnación y la nulidad del registro, o el cumplimiento de la norma material incumplida y, en consecuencia, la conservación del registro.

Nótese que en la remisión simple sólo hubo un movimiento de la consecuencia de la norma conflictual a la norma material extranjera. En la remisión simple, la norma conflictual no señala genéricamente el derecho aplicable, sino que remite directamente a la norma sustantiva cuyos requisitos se deben satisfacer, con lo cual el conflicto queda resuelto.

14.8.1.2 Confirmación de la remisión

En la confirmación de la remisión, también se debe identificar en el supuesto de la norma conflictual la relación jurídica en conflicto, en función de ella. La consecuencia de esta norma conflictual remitirá a la consecuencia de otra norma de conflicto; si ésta acepta la remisión, designará el derecho que resuelva el problema sustantivo. Con ello se dará por concluido el problema. Nótese que en la confirmación de la remisión hay dos movimientos: el primero remite de una norma conflictual a otra norma conflictual y el segundo remite de la norma conflictual al derecho sustantivo aplicable.

La confirmación de la remisión consiste en que la segunda norma conflictual acepta la remisión de la primera; de ahí el nombre de *confirmación de la remisión*; y la segunda norma conflictual, al aceptar la remisión, remite al derecho sustantivo aplicable; un ejemplo de la confirmación de la remisión se presenta cuando en el conflicto planteado en la relación jurídica se impugna un acto jurídico con fundamento en que debe regirse por el derecho del país A y se rigió por el derecho del país B.

Aclarar la situación anterior requeriría acudir a la norma conflictual a fin de que su consecuencia determinará cuál es el verdadero derecho aplicable a la situación impugnada.

Nótese la diferencia entre la remisión simple y la confirmación de la remisión: en la primera el conflicto surgió por el incumplimiento de requisitos de un acto jurídico de su propio derecho, razón por la cual la remisión se dirigió a la norma material extranjera; en tanto que en la confirmación de la remisión, el conflicto versó sobre la aplicación de un derecho que no correspondía; por tal razón la norma conflictual remitió a la norma conflictual extranjera para que ésta determinara cuál derecho era el aplicable.

14.8.1.3 Reenvío en primer grado con conflicto negativo

En el reenvío en primer grado con conflicto negativo, igual que en las remisiones anteriores, debe identificarse —en el supuesto de la norma conflictual— la naturaleza jurídica de la relación en conflicto. La diferencia surge en la consecuencia, debido a que si bien ésta —con base en un principio jurídico— remite a la consecuencia de otra norma conflictual para que ella determine el derecho aplicable, el principio jurídico de la segunda norma conflictual rechaza el reenvío. Por ello, no hay solución debido a que ambas normas de conflicto se niegan a determinar el derecho que deba solucionar el problema sustantivo.

La negativa de ambas normas conflictuales se debe a que los principios jurídicos contenidos en sus respectivas consecuencias y los principios en los cuales se basa cada uno de los derechos involucrados se oponen. Esto ocurre cuando un Estado tiene como principio rector el de nacionalidad y el Estado con el que se creó la relación aplica el principio del domicilio.

Aquí la situación es muy distinta de las anteriores, ya que pese al reenvío que determine la consecuencia de la norma conflictual, con base en un principio jurídico, éste no lo aceptará la norma conflictual extranjera. Esto ocurre debido a que el principio que aplica cada Estado en sus normas conflictuales, se excluyen. Por lo tanto, los dos ordenamientos jurídicos se niegan a que sus normas conflictuales determinen el derecho aplicable; esta exclusión crea el conflicto negativo.

En conclusión, el conflicto negativo se presenta cuando un Estado tiene como principio rector el de nacionalidad y el derecho del Estado con el que se creó la relación aplica el principio del domicilio. En términos generales, los países europeos se rigen por el principio de nacionalidad, mientras que los Estados americanos se rigen por el principio del domicilio.

Dado lo diferente de los principios, ante la situación de que el nacional de un país de América domiciliado en Europa deseara ejercer su derecho de adopción, debería probar su capacidad para ello. El país europeo tendría que analizar los requisitos de capacidad exigidos por el país de América, debido a que en Europa se aplica el principio de la nacionalidad; sin embargo, al analizar la ley del país americano, se encontraría con que ésta señalaba como derecho aplicable el del domicilio. En consecuencia, ni uno ni otro derecho serían aplicables, pues al vivir en Europa se le remitiría al derecho de su nacionalidad y al consultar la ley de su nacionalidad, esta remitiría a la ley del domicilio.

¿Qué ocurre entonces?, ¿cómo se resuelve este problema?, ¿no podría el extranjero adoptar a un menor? y ¿se negaría a un niño sin familia el derecho a tenerla? Obviamente, esto sería absurdo, pues el país europeo convertiría ficticiamente su principio de nacionalidad al principio del domicilio y con base en él determinaría la capacidad o incapacidad del extranjero para adoptar.

La Conferencia de La Haya, en previsión de este conflicto, celebró el 15 de junio de 1955 la Convención para Regular los Conflictos entre la Ley Nacional y la Ley del Domicilio; sin embargo, México no es parte de esta convención.

14.8.1.4 Reenvío en primer grado con conflicto positivo

Este reenvío es totalmente contrario al negativo y en realidad no hay reenvío, debido a que las normas conflictuales de ambos Estados, cuyos derechos entraron en contacto, establecen que el conflicto se debe resolver por su propio derecho. Como ambos derechos tienen la posibilidad de resolver el conflicto, no hay reenvío. Cabe suponer al respecto que quien adjudicó tal nombre a esta figura seguramente no encontró una mejor denominación; sin embargo, se considera que habría sido suficiente con darle únicamente el nombre de conflicto positivo y eliminar el concepto de reenvío, que sólo crea confusión por no existir realmente esta figura. El ejemplo sería el de un europeo que viniese a un país americano y, como en el supuesto anterior, quisiera ejercer su derecho a adoptar. En este caso, los requisitos de capacidad que debería satisfacer serían los del país donde estuviera domiciliado; a su vez, el derecho del país europeo determinaría que debía aplicarse su ley por ser nacional de un país de Europa.

La solución aquí sería la misma que se dio en el reenvío con conflicto negativo, pero en forma inversa. El país americano transformaría ficticia-

mente el principio del domicilio en el principio de nacionalidad y resolvería el conflicto con fundamento en su derecho interno.

Aun cuando México no es parte del Convenio de La Haya para Regular Los Conflictos entre la Ley Nacional y la Ley del Domicilio, se considera necesario transcribir el art 1o con el fin de fundamentar la solución de los dos conflictos: el negativo y el positivo.

Artículo 1o. *Cuando el Estado en que la persona interesada se halle domiciliada prescriba la aplicación de la ley nacional, mientras que el Estado del que dicha persona sea nacional prescriba la aplicación de la ley del domicilio, todo Estado contratante aplicará las disposiciones del derecho interno de la ley del domicilio.*¹²

14.8.1.5 Reenvío en segundo grado

Este reenvío es aún más complejo porque hay varios puntos de contacto, lo que conduce a involucrar a un tercer Estado. En el reenvío en segundo grado, como en los casos anteriores, tendría que determinarse la naturaleza de la relación jurídica contenida en el supuesto de la norma conflictual, con base en la cual el principio de la consecuencia de la norma conflictual remitiría a otra norma conflictual, que rechazaría el reenvío por tener un principio que no le permitiera aceptarlo.

Al existir otro punto de contacto de la relación jurídica, la consecuencia de esta segunda norma conflictual reenviaría a otra norma de conflicto que aceptaría el reenvío y determinaría finalmente el derecho sustantivo aplicable. Un ejemplo sería el de un mexicano que viviera en Alemania, viajara a Francia y ahí falleciera. Al abrirse la sucesión habría que determinar cuál derecho se aplicaría, pues la norma francesa que aplica el principio de nacionalidad remitiría a la norma mexicana, la cual aplica el principio de domicilio; sin embargo, ésta no sería la aplicable debido a que México se rige por el principio del domicilio, y el mexicano vivía en Alemania, país en el que tenía sus bienes inmuebles, en cuyo caso el derecho aplicable a la sucesión sería el alemán. Nótese que el derecho francés remitiría al mexicano, éste remitiría al derecho alemán, cuyo derecho sería el aplicable.

Las anteriores reglas técnicas son básicas para solucionar los conflictos de leyes en el sistema conflictual tradicional, sistema que se aplica mediante la norma conflictual.

¹² **Alegria Borrás y Julio D. González Campos** (coordinación y estudio preliminar), *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*, 2a ed, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág 95.

14.9 Cuestión previa o cuestión incidental

Esta figura se ha estudiado poco en la literatura del derecho internacional privado, lo cual es un error, dadas las múltiples posibilidades de que surja un conflicto en materia de derechos personales, reales o conductuales del actual mundo globalizado. Los escasos estudios que hay sobre esta figura se inclinan por la denominación de *cuestión incidental*, concepto que manifiesta en forma mucho más clara su naturaleza jurídica. La cuestión previa o incidental es por naturaleza inesperada e imprevisible, se presenta de pronto en un juicio y debe resolverse rápidamente debido a que en cuanto surge paraliza el asunto principal, que no podrá concluirse mientras esté pendiente de solucionar la cuestión que surgió súbitamente.

14.9.1 Naturaleza jurídica de la cuestión previa o incidental

De acuerdo con lo expuesto, la cuestión previa tiene la naturaleza jurídica de un incidente y se define como: La situación que impide que el juicio siga su curso mientras no se resuelva la situación presentada en forma imprevista. Por tanto, los problemas que se derivan de la cuestión previa son los siguientes:

- Retrasa la solución del problema principal al impedir su continuación.
- Surge un nuevo conflicto en el cual deberá determinarse el derecho aplicable para resolver el incidente.

Algunos autores, como Boggiano y Martín Wolf,¹³ se preguntan: ¿cuál debe ser el derecho aplicable a este nuevo conflicto de leyes?, ¿debe ser el mismo que resuelva la cuestión principal? y ¿deberá analizarse de acuerdo con el principio de *lex causae*? o ¿ha de estudiarse en todos sus elementos?

Boggiano¹⁴ sostiene que se debe analizar la interconexión de las normas de conflicto que se involucren, con el fin de descubrir la voluntad de su autor. De acuerdo con esto, textualmente expone:

Al parecer, cuando nuestro legislador manda aplicar el derecho elegido en la norma de conflicto a una cuestión descrita en el tipo legal no quiere que ese

¹³ Cfr. Martín Wolf, *Derecho internacional privado*, t. I, 2a ed., Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958, pág. 199.

¹⁴ Antonio Boggiano, *Derecho internacional privado*, 3a ed., t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 465.

derecho elegido sea aplicado también a otra cuestión, incidental, descrita en el tipo legal de otra norma de conflicto, que elige otro derecho aplicable. Consecuentemente cabe afirmar que a falta de regulación especial de las cuestiones conectadas, el legislador ha querido resolverlas independientemente sometiéndolas a sus respectivos derechos elegidos, *lex causae*, en los diversos tipos legales que ha construido. Bien se advierte que el derecho elegido debe ser respetado tal cual es, y sólo en la materia para la cual es elegido. Así, vgr. El derecho del último domicilio del causante es elegido para regir su herencia, pero no para regir la validez de una adopción en que se funda una pretensión de herencia, regida por el derecho domiciliario del adoptado.

En la figura de la cuestión previa es importante mencionar lo invocado en la obra colectiva *Derecho internacional privado* de la Universidad a Distancia de Madrid.¹⁵

En el proceso de aplicación del derecho puede suceder que la cuestión litigiosa que se presenta al juez no pueda resolverse sin examinar antes otra cuestión, que constituye una condición de aplicación de la norma. En derecho interno es una operación que no presenta demasiadas complicaciones que puede resolverse bien dentro de una rama del Derecho por ejemplo, determinación de la cualidad del hijo como condición previa para una sucesión o acudiendo a otra determinación de la cualidad de hijo como condición de aplicación de la norma relativa al parricidio. En Derecho Internacional Privado el tema suscita mayores dificultades y en algunos casos son dos problemas distintos.

En primer lugar la elección del sistema de Derecho Internacional Privado que ha de ser aplicado a la cuestión incidental que es el problema de la cuestión previa en sentido estricto, y en segundo lugar, la posible armonización de los distintos derechos materiales a los que pueden verse sometidas las diferentes cuestiones del supuesto, y que es un problema común a todas las cuestiones prejudiciales del Derecho Internacional Privado.

En resumen, la cuestión previa da lugar a dos problemas:

- La elección del derecho que debe aplicarse a la cuestión incidental.
- La posible armonización de los distintos derechos materiales a los que pueden verse sometidas las diferentes cuestiones del supuesto.

De lo expuesto se puede concluir que la naturaleza jurídica de la cuestión previa consiste en ser un incidente y que su efecto es ser una condición para que el juicio principal continúe.

¹⁵ Ana Paloma Abarca Junco, et al., dirigida por Elisa Pérez Vera, *Derecho internacional privado*, 3a ed., vol. I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, págs. 138 y siguientes.

14.10 Orden público

El siguiente problema del derecho internacional privado en el sistema conflictual tradicional es el orden público. De acuerdo con ello, podría concluirse que si desapareciera tal sistema de solución de conflictos, el orden público también desaparecería; sin embargo, esto es erróneo porque el orden público se encuentra también en el derecho convencional, en el derecho uniforme y en las leyes modelo, lo cual significa que es una institución del derecho internacional privado y no un simple accidente.

En forma simplista, el orden público se explica como "la no aplicación del derecho extranjero". Tal enunciado indica cuál es el efecto del orden público, pero no expresa que es, en otras palabras, decir que el orden público consiste en no aplicar el derecho extranjero, ni lo define, ni determina su naturaleza jurídica dentro del universo en estudio.

14.10.1 ¿Qué es el orden público?

Muchas son las teorías cuyo fin consiste en desentrañar qué es el orden público, por lo cual se citarán algunas de ellas.

Friedrick Karl von Savigny.¹⁶ Este autor sostuvo que el orden público era un remedio contra la aplicación de la ley extranjera que normalmente debiera aplicarse: "este remedio es una excepción, que debe limitarse y cuando la aplicación de la norma extranjera se dirige a un estado de cosas que el legislador considere como destructor del orden social o de la moral, no puede tolerar esta aplicación". En tal supuesto, **Savigny** considera que el orden público es una excepción y una reserva a la aplicación de la norma extranjera.

Pillet. Dicho autor¹⁷ sostiene que las leyes de orden público deben ser generales para que no dejen de cumplir su objeto social. Luego, entre la idea de orden público y la de generalidad existe una verdadera e indivisible relación. Para **Pillet**, ambas leyes son lo mismo y añade: "...cuando se recurre a la noción de orden público, el objeto a realizar exige para la ley su generalidad y si mediante ésta se realiza dicho objeto, la competencia de esta ley será perfectamente normal". La ley de orden público no solamente es la ley competente, sino también la única ley competente. **Pillet** no aclara el

problema y parece olvidar que toda norma debe ser general y no sólo las de orden público.

Miaja de la Muela. Este autor¹⁸ considera que la no aplicación del derecho extranjero es una excepción y acepta la inaplicabilidad de leyes inspiradas en concepciones morales en su más amplio sentido: el moral, el religioso y el económico por calificarlas como normas contrarias a las vigentes en el país del juez; empero, aun sin estas orientaciones, ajenas al derecho, el autor afirma que las orientaciones jurídicas son suficientes para que en cada Estado existan unos preceptos de derecho que se estiman tan fuertemente conectados en concepciones morales que descartan la aplicación de cualquier ley en contrario.

Martín Wolf. Dicho autor¹⁹ sostiene que en ocasiones una norma jurídica extranjera que normalmente se aplicaría en ciertos casos y situaciones no se puede aplicar por razones especiales. Este incumplimiento —continúa **Wolf**— sólo podría realizarse si se derogara la norma y es claro que una disposición no puede derogarse sólo con fundamento en que la autoridad se niegue a cumplir con su norma que le indica aplicar el derecho extranjero. Para que la autoridad se niegue a aplicar el derecho extranjero debe existir una razón muy poderosa, la cual sólo es con base en el orden público. Es decir, el orden público sólo se puede invocar ante una hipótesis en la que normalmente se aplicaría el derecho extranjero porque sólo mediante la figura del orden público se puede evadir la aplicación de la norma extranjera. Por lo tanto, puede invocarse el orden público cuando, de aplicarse la norma extranjera, derive un peligro o un perjuicio a la comunidad, situación que debe evitarse a toda costa.

Niboyet. El autor francés²⁰ afirma lo siguiente respecto al orden público:

Para que se aplique una ley extranjera es preciso que entre los países exista no de una manera general, sino sobre cada punto en cuestión, un *mínimum* de equivalencia de legislaciones. Si se desciende más, debajo de este *mínimum*, ocurrirá lo que sucede cuando torcemos la llave de un conmutador eléctrico para apagar la luz: la corriente cesa y ya no hay interpenetración jurídica.

No se alcanza pues, en este caso, el *mínimum* de equivalencia jurídica, necesario para poder pasar de una legislación a otra, y entonces con el fin de evitar la aplicación de la ley extranjera, hay que recurrir a la noción de orden

¹⁶ Savigny citado por J.P. Niboyet, ob cit, pág 385.

¹⁷ Pillet citado por J.P. Niboyet, ob cit, pág 399.

¹⁸ Cfr Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, 5a ed, t I, Editorial Atlas, Madrid, 1969, págs 345 y siguientes.

¹⁹ Cfr Martín Wolf, ob cit, t I, págs 162 y siguientes.

²⁰ J.P. Niboyet, ob cit, pág 408.

público, pues el aplicar dicha ley quebrantaría el orden del país donde se invoca.

14.10.2 Origen del orden público

De acuerdo con las teorías expuestas, el orden público es nacional, lo que significa que cada país tiene su propia concepción del orden público; en consecuencia, una institución extranjera puede quebrantar el orden público de un país y no quebrantar el de otro.

14.10.3 Determinación del orden público

Determinar cuándo se debe invocar el orden público corresponde a la autoridad interna del Estado, autoridad que puede ser administrativa o judicial. Las autoridades competentes para invocar el orden público deben tener una idea muy clara de lo que se pretende al esgrimirlo, con el fin de realizar correctamente el juicio de valor que les permita: primero, realizar un análisis de la norma jurídica extranjera con el propósito de saber con precisión si viola su derecho interno; segundo, aclarado esto, si existe tal violación deberá abstenerse de aplicar el derecho extranjero.

Con el objeto de aclarar el problema que tiene la autoridad de un Estado para invocar el orden público, es necesario contestar las siguientes preguntas:

- ¿Qué se pretende con el orden público?
- ¿Se trata de no aplicar el derecho extranjero o de no reconocer la situación que se constituyó con una ley extranjera?
- ¿Se está ante un problema de aplicación del derecho extranjero o del reconocimiento de sus efectos?

En realidad se trata de dos problemas distintos:

- Uno es aplicar la ley extranjera.
- Otro es reconocer los efectos de esa ley extranjera.

Es indudable que ningún Estado debe desconocer el derecho de los demás Estados, razón por la cual cada país determina soberanamente cuándo y cómo aceptará y aplicará el derecho extranjero y cuándo por ningún motivo lo reconocerá ni aplicará.

Pese a lo anterior, es imposible para el legislador interno regular casuísticamente todos los posibles supuestos de negativa para aplicar el derecho extranjero o para negar su reconocimiento y ejecución. Tal imposibilidad conduce a dejar al racionio de la autoridad la determinación del orden público en cada caso concreto. En consecuencia, el problema de invocar el orden público y según tal institución no aplicar la norma extranjera o no reconocer sus efectos implica la necesidad de analizar dos situaciones distintas:

- Una es: ¿se aplica o no la ley extranjera?
- Otra es: ¿se reconocen o no los efectos de un derecho extranjero?

Estas dos situaciones se deben unir a las preguntas planteadas respecto a:

- ¿Qué se pretende con el orden público?
- ¿Se trata de no aplicar el derecho extranjero? o
- ¿De no reconocer la situación que se constituyó con una ley extranjera?
- ¿Se está ante un problema de aplicación del derecho extranjero o del reconocimiento de sus efectos?

La respuesta a la primera pregunta es sencilla: lo que se pretende al invocar el orden público es mantener la vigencia plena del orden jurídico interno; sin embargo, es imposible desconocer el derecho ajeno y aquí surge el problema: la norma extranjera se puede aplicar internamente siempre y cuando no contradiga o viole el derecho interno. La pregunta que surge es: ¿Cuál derecho interno no se puede contradecir o violar?

Genéricamente la respuesta sería: todo el derecho interno se debe respetar, pues de no ser intrínsecamente valioso, no tendría razón de existir; sin embargo, la respuesta no puede ser absoluta. Se ha considerado que el orden público es una excepción opuesta a la norma interna, la cual permite aplicar el derecho extranjero, pero ¿qué norma nacional se debe invocar en el orden público? La respuesta se puede encontrar al establecer la diferencia entre la ley de orden público y la ley de derecho público.

14.10.4 Ley de orden público y ley de derecho público

¿Es lo mismo ley de orden público que ley de derecho público? Contestar la interrogante planteada exige continuar con el análisis del orden público. Al

efecto, resulta de gran interés conocer el planteamiento de **Elisa Pérez Vera**,²¹ quien dice: "Todo orden jurídico responde a un conjunto de principios o valores que en consecuencia intenta preservar. En este sentido, el orden público es consustancial a todo ordenamiento jurídico."

La misma jurista emite un concepto de orden público y sostiene: "Es el conjunto de normas y principios que en un momento histórico determinado reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de manera especial cada ordenamiento jurídico concreto." La exposición de **Elisa Pérez Vera** es clarísima pues distingue con precisión extraordinaria las dos clases de normas que suelen confundirse.

- La norma o cláusula de orden público.
- La norma imperativa o de aplicación inmediata.

A fin de no incurrir en interpretaciones que pudieran oscurecer la nitidez de exposición de **Elisa Pérez Vera**, se transcribe su planteamiento:

... la cláusula de orden público es preciso distinguirla de las llamadas normas imperativas o de aplicación inmediata. Éstas expresan también principios y valores fundamentales del ordenamiento. Pero: 1) Operan en la fase de determinación del derecho aplicable, siendo de aplicación inmediata por su contenido material. 2) Al ser de aplicación inmediata, impiden la consulta y aplicación del derecho extranjero en el punto concreto que regulan, a diferencia de la excepción de orden público, que requiere la consulta previa del derecho designado por la norma de conflicto; 3) las normas imperativas o de aplicación inmediata son de orden legal, en tanto que la cláusula de orden público es activada por el juez en cada caso concreto.

La distinción entre ley de derecho público y ley de orden público es muy clara: la primera no requiere investigar si se aplica o no, sino sencillamente se debe aplicar; contrariamente, en la ley de orden público la autoridad ha de realizar una investigación dentro de su derecho para saber si se permite o no aplicar la ley extranjera. Hecho esto, la autoridad tiene que efectuar un juicio de valor y determinar si al aplicar ese derecho extranjero se viola o no su derecho interno.

A manera de corolario, la autora añade: "... la excepción de orden público es un mecanismo de defensa de la coherencia interna del propio ordenamiento... El orden público es consustancial a todo orden jurídico; ¡qué duda cabe que las autoridades y jueces deben defender el orden público!"

²¹ **Elisa Pérez Vera**, *et al*, *Derecho internacional privado*, 2a ed, vol I, Colex, España, 1998, págs 164 y siguientes.

En síntesis, lo que pretende el orden público es garantizar la aplicación de su propio derecho mediante la no aplicación del derecho extranjero. La siguiente pregunta por responderla es: ¿se está ante un problema de aplicación del derecho extranjero o del reconocimiento de sus efectos? Aquí la pregunta se divide en dos:

- ¿Se trata de no aplicar el derecho extranjero? La respuesta ya se dio y se repite: en realidad se trata de no aplicar el derecho extranjero cuando de aplicarse se vulnera el derecho interno.
- ¿Se trata de no reconocer la situación que surgió bajo un derecho extranjero? En otras palabras, el orden público se invoca para no reconocer las situaciones constituidas mediante una ley extranjera. En este cuestionamiento se involucra otro elemento: los efectos de la aplicación de una norma extranjera.

Los diferentes autores partidarios de la teoría de los derechos adquiridos han sido muy claros: sin duda, los derechos adquiridos legalmente se deben respetar y reconocer; sin embargo, no se puede pretender que todos los derechos adquiridos sean respetados y reconocidos, sino sólo lo serán aquellos que no vulneren el derecho del Estado al cual solicitan el reconocimiento. La explicación es muy sencilla, los derechos adquiridos sólo se reconocerán en la medida en que coincidan con el derecho del que esperan el reconocimiento. De lo contrario, no serán reconocidos por las siguientes razones:

- Es imposible reconocer derechos extranjeros que no se otorgan a los nacionales.
- No pueden prevalecer derechos individuales adquiridos por medio de una ley extranjera frente al sistema de valores jurídicos de otro Estado.

En otras palabras, la norma extranjera se reconocerá, pues la situación en conflicto existe y se rigió por tal disposición; lo que se desconoce, parcial o totalmente son sus efectos. Con esta posibilidad de desconocer totalmente o sólo en forma parcial los efectos de una norma extranjera, surgieron la institución desconocida y la institución análoga que se estudiarán en líneas ulteriores.

14.10.5 Orden público como resguardo de la soberanía del Estado

El orden público, como figura incluida en la norma interna y como cláusula de una convención, tiene por objeto tutelar todo el orden jurídico de un Estado; con tal dimensión, sus efectos van más allá de la tutela de un interés privado o de la protección de valores o instituciones fundamentales de un pueblo.

El orden público, al erigirse en legítima protección a la normatividad interna o nacional, pone de relieve y tutela ampliamente la soberanía de un Estado, pues al ser invocado por una autoridad o un juez se protege el inalienable e imprescriptible derecho de los pueblos a su autodeterminación, al decidir discrecional y unilateralmente cuándo aplica el derecho extranjero y cuándo decide no aplicarlo.

El orden público, como cláusula en una convención de derecho internacional privado, equivale a la cláusula de reserva de un tratado internacional, pero ésta es de aplicación general, en tanto que el orden público se invocará en cada caso concreto. En conclusión, si con la cláusula de reserva un plenipotenciario evita que se desconozca su derecho nacional, en una convención de derecho internacional privado, mediante la cláusula de orden público, la autoridad también evita que se desconozca el derecho interno aplicable a particulares.

14.10.6 Naturaleza jurídica del orden público: obligación de hacer y de no hacer

Pese a todo lo discurrido hasta aquí, aún no se ha determinado qué es el orden público. En este punto, se puede decir que el orden público —como el dios *Jano*— tiene dos lados: uno está dirigido a determinar concretamente en qué consiste el orden público para ser tutelado e invocado; el otro ve hacia el interior de la institución a fin de encontrar su naturaleza jurídica como el acto que debe realizar la autoridad. De acuerdo con el primer lado, se ha sostenido el principio de que el derecho extranjero no se aplicará porque de hacerlo se desconocerían los principios y valores fundamentales de un orden jurídico determinado en una época y lugar específicos; por ende, tales valores son temporales y relativos: son temporales porque se pueden modificar con el paso del tiempo y son relativos porque no puede darse de ellos un concepto absoluto y su determinación ha de hacerse en cada caso concreto. Respecto al segundo problema del orden público, como el acto que debe realizar la autoridad interna en protección al derecho nacional,

cabe considerar que la autoridad —ante la obligación que le impone su propia norma de aplicar el derecho extranjero— está obligada a efectuar un juicio de valor que le permita fundar debidamente la no aplicación de la norma extranjera.

De lo anterior se deduce que valorar el orden público es una obligación que tiene el juez, quien debe analizar los efectos de la aplicación de la norma extranjera. Una vez realizado el juicio de valor y constatado que la norma extranjera contraviene el derecho interno, habrá cumplido con una obligación de hacer, después de lo cual la autoridad tendrá que cumplir con una obligación de no hacer, pues deberá negarse a dar cumplimiento a su propio orden jurídico que le exige aplicar la norma extranjera.

De todo lo expuesto se puede concluir que:

- El orden público es temporal y relativo por estar de acuerdo con los valores que cada sociedad tutela mediante su derecho.
- Su aplicación está a cargo de la autoridad y se determina en cada caso concreto.
- El orden público, al aplicarse, tiene una doble naturaleza: es una obligación de hacer y de no hacer. Es una obligación de hacer a cargo de la autoridad, la cual, de acuerdo con su derecho, tiene la obligación inicial de aplicar el derecho extranjero, porque su derecho se lo permite. Pese a ello, no aplicará el derecho extranjero porque de hacerlo iría en contra de sus propias normas y ésta es la obligación de no hacer.

En consecuencia, el orden público es una institución jurídica que evita la violación del derecho de un Estado mediante una obligación de hacer y una de no hacer a cargo de la autoridad.

14.10.7 El orden público en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y en el Instituto de Derecho Internacional²²

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, la noción de orden público no sólo es variable de un país a otro, sino también difiere dentro de un mismo país según los cambios que ocurren en cada época. Ante tal situación de anarquía e indefinición del orden público, la Conferencia de La Haya y el Instituto de Derecho Internacional, a fin de evitar el subjetivismo del juzga-

²² J.P. Niboyet, ob cit, págs 406-408.

dor y en interés de los particulares, sostuvieron: "Sería conveniente que cada convenio de derecho internacional privado precisara los puntos acerca de los cuales una disposición considerada de orden público en cada país contratante pudiera desvirtuar los principios mismos del convenio."

En la Segunda Conferencia de La Haya de 1900 se propuso que al no existir orden público común a varios Estados, cada país debería emitir una ley que determinara los casos de orden público. A su vez, el Instituto de Derecho Internacional propuso en 1910 que se hiciera una enumeración internacional de los casos de orden público; sin embargo, el propio instituto concluyó que tal propuesta era imposible en atención a que cada país tenía su propio orden público; no obstante, el instituto emitió una resolución en los siguientes términos:

El instituto expresa el deseo de que para evitar la incertidumbre a que se presta el arbitrio del juez y el perjuicio que pudiera resultar para el interés de los particulares, cada legislación determine con la mayor precisión posible, aquellas disposiciones cuya aplicación no será nunca suspendida por la intervención de una ley extranjera aún en el caso de que ésta fuese competente para regir la relación jurídica de que se trate.

Acorde con lo expuesto, puede sostenerse categóricamente que la imposibilidad para enumerar los casos de orden público radica en que éste es local, lo que significa que el orden público constituye un problema esencialmente determinado por el derecho nacional. A lo anterior se suma su variabilidad, pues lo que hoy pudiera considerarse de orden público podría dejar de serlo posteriormente. En tal sentido, se puede concluir que el orden público es interno y variable de un país a otro y aun dentro del mismo país de acuerdo con las distintas épocas.

14.11 Fraude a la ley y conexión fraudulenta *fraus legis facta*

Otro de los problemas del sistema conflictual tradicional es el fraude a la ley, figura que depende de las personas; en otras palabras, el fraude a la ley es un acto consciente y voluntario de las personas con el fin de lograr un beneficio. Fraude a la ley, conexión fraudulenta o *fraus legis facta* son las denominaciones que se han dado a esta figura del derecho internacional privado. Puede considerarse que el término *fraude* se adoptó del derecho penal, por lo que es necesario distinguir ambas instituciones jurídicas.

14.11.1 Fraude penal y fraude a la ley

Todo jurista o estudioso del derecho sabe que el concepto de fraude es propio del derecho penal. En tal rama, el fraude es el tipo descriptivo de una conducta sancionada, incluso con pena privativa de libertad. El fraude penal se realiza mediante una acción u omisión. En el primer supuesto, una persona obtiene un beneficio económico por medio de actos realizados de mala fe y en forma totalmente planeada, al grado de conducir a la víctima al engaño. El fraude por omisión implica el aprovecharse del error de una persona, darse cuenta de tal error, no evitarlo y como resultado obtener un beneficio económico.

Tanto el fraude por acción como el realizado por omisión son conductas delictivas; en consecuencia, son conductas penalizadas. Sin embargo, la gravedad del fraude por acción es mayor debido a la evidente mala fe del sujeto activo, quien planeó su conducta con toda conciencia, en tanto que el fraude por omisión, si bien es una conducta delictiva, ésta resulta ocasional: no hay planeación ni mala fe, sino sólo existe un aprovechamiento circunstancial del error para obtener un beneficio.

En ambos supuestos hay una intención o la aceptación de causar un daño a la víctima, por lo que es evidente la presencia de los dos elementos, conocidos desde el derecho romano como *animus* y *corpus*. El *animus* es la decisión volitiva, interna, planeada o aceptada para obtener un beneficio, voluntad que se manifiesta en el *corpus*, consistente en la realización de la conducta para conseguir el beneficio económico, o simplemente la aceptación del error y del consecuente beneficio.

Si bien lo señalado pertenece al derecho penal, la pregunta que surge es: ¿cuál es el fraude a la ley del derecho internacional privado? En este punto procede plantearse las preguntas indispensables en toda investigación:

- ¿Qué es el fraude a la ley?
- ¿Cuándo surge el fraude a la ley?
- ¿Cuál es la naturaleza jurídica de este fraude?
- ¿Tiene sanción el fraude a la ley?

Resulta claro que se puede defraudar a una persona, a una sociedad e incluso al Estado, pero ¿se puede defraudar a una disposición legal? De acuerdo con el derecho internacional privado, la respuesta es positiva pues de otra forma no existiría. Sabido es que la doctrina estudia el fraude a la ley y que el derecho vigente y las convenciones lo incluyen en su normati-

vidad; por lo tanto, con estas bases, apriorísticamente se acepta la existencia del fraude a la ley. Acorde con lo expuesto, se dará respuesta concreta a las incógnitas planteadas.

14.11.2 ¿Qué es el fraude a la ley?

Es unánime la doctrina al exponer que el fraude a la ley consiste en burlar la aplicación de una norma desfavorable, así como buscar y obtener que se aplique otra disposición favorable. El fraude a la ley consiste en la conducta totalmente voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un beneficio ilícito a través de un medio lícito. Dicho fraude radica en evitar la aplicación de una norma imperativa, mediante el cambio del punto de contacto; por ello, es necesario determinar cuándo se está ante una norma imperativa y recordar qué es un punto de contacto.

14.11.3 Normas imperativas y facultativas

El desarrollo de este punto exige recordar que todo ordenamiento jurídico, de acuerdo con los obligados a cumplirlo, tiene dos clases de normas: facultativas e imperativas.

Normas facultativas. Estas normas contrariamente a las imperativas, están sujetas a la voluntad de las partes y les dan vida. El sometimiento a tales disposiciones depende única y exclusivamente de la voluntad de las personas.

Normas imperativas. Estas normas ordenan de manera taxativa el cumplimiento de una conducta, que es total e inexorablemente obligatorio. Dichas disposiciones no pueden estar sujetas a la voluntad de las personas, por lo cual no se permite abstenerse de su cumplimiento.

Obligatoriedad de la norma imperativa. Toda norma imperativa la crea el legislador por considerarla necesaria para mantener vigentes los principios, valores o costumbres propios de cada comunidad en atención a su idiosincrasia. Por ende, resulta inaceptable que el cumplimiento de una disposición imperativa quede sujeto al incumplimiento o modificación de los obligados a obedecerla.

En tal sentido, el fraude a la ley es el medio destinado a proteger y velar por el cumplimiento de las normas imperativas, a fin de evitar que en las relaciones relativas o absolutamente internacionales la ley imperativa se convierta en facultativa, mediante la conducta dolosa de la persona que busca evadir la aplicación de la norma imperativa.

14.11.4 ¿Cuándo surge el fraude a la ley?

Dar respuesta a este cuestionamiento conduce a sus antecedentes. **Miaja de la Muela**²³ afirma que el fraude a la ley no es una institución propia del derecho internacional privado pues su origen es el *fraus legis* del derecho romano. **Miaja de la Muela** expresa que el derecho romano, —pese a ser excesivamente formalista— daba la posibilidad de hacer combinaciones hábiles, mediante las cuales era posible violar el espíritu de la ley mientras su letra se había cumplido. A manera de ejemplo cita un pasaje del *Digesto*, escrito por **Paulo**, que en la *Ley 291.21* disponía: *Infraudem legis facit, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*. Tal principio sostenía: "La esencia del fraude es lograr un resultado por un camino torcido o indirecto."

De ahí que, en efecto, el fraude a la ley del derecho internacional privado encuentre su antecedente en el derecho romano, ya que por caminos torcidos e indirectos, pero lícitos se busca obtener de un resultado antijurídico, con lo cual se burla el cumplimiento de una disposición imperativa.

14.11.5 Condiciones o elementos de existencia del fraude a la ley

Niboyet²⁴ afirma que para determinar que una conducta se realizó con fraude a la ley se requieren dos condiciones o elementos:

- Que exista realmente un fraude a la ley.
- Que la aplicación de la ley extranjera sólo proceda mediante el fraude.

En consecuencia, sólo habrá fraude a la ley cuando ficticiamente se obtenga la aplicación de la ley extranjera, lo cual nunca podría ocurrir de forma natural, debido a que lo único que hace posible el fraude a la ley es el cambio voluntario e ilícito del punto de contacto. **Niboyet** añade:

En el fraude a la ley existe: la intención, es decir, la voluntad de burlar una ley que contiene una disposición que prohíbe realizar el acto proyectado. "*Se trata, es verdad,*" sostiene el autor... de una intención, pero no va acompañada del propósito de causar perjuicio a un tercero, sino sólo el de no respetar la ley y obtener un beneficio personal.

Hay en el fraude a la ley, un elemento anímico, un *animus* de mentir, hay una absoluta ausencia de sinceridad al momento de invocar la aplicación de

²³ Cfr. Adolfo Miaja de la Muela, ob cit, t I, pág 381.

²⁴ Cfr. J.P. Niboyet, ob cit, págs 445 y siguientes.

una ley distinta a fin de burlar la ley original y verdaderamente aplicable, todo ello para obtener los fines deseados y no para regirse en forma normal y definitiva bajo el imperio de la nueva ley.

En este orden de ideas, lo determinante para la existencia del fraude es la intención de burlar la ley, intención que deberá apreciar y exponer el juez de acuerdo con el beneficio obtenido. Respecto a este punto, el art 15, fracc I, de los códigos civiles Federal y del Distrito Federal disponen:

Artículo 15. *No se aplicará el derecho extranjero:*

I. *Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión.*

14.11.6 ¿Tiene sanción el fraude a la ley?

Niboyet²⁵ ha expresado que el juez sólo debe recurrir al fraude a la ley como último medio de sanción cuando se evade una norma imperativa. Por ello, si la ley proporciona otras vías para impedir el fraude a la ley debe acudir a ellas.

Así, hay hechos y actos jurídicos que se pueden sancionar por las leyes a las que se acudió para realizar el cambio del punto de conexión. En dicho supuesto no será necesario que el juez aplique la sanción por fraude a la ley, pues el hecho o acto lo sancionará la nueva ley. Puede surgir también la necesidad ineludible de sancionar el fraude a la ley, ya que de lo contrario tal conducta quedaría impune; con el fin de evitarlo, el derecho internacional privado tiene como objeto respetar la ley interna imperativa de un Estado que se proyecta en el espacio. De este respeto deriva el principio de que la ley que es imperativa en el derecho interno debe continuar con la misma calidad de imperio en el derecho internacional. Esto debe ser así no sólo por la cooperación que los Estados deben darse mutuamente, sino también porque debe respetarse la autoridad legítima de cada Estado.

14.11.7 Naturaleza jurídica del fraude a la ley

El fraude a la ley es un acto voluntario, realizado mediante el cambio artificial del punto de contacto, a fin de obtener un beneficio que nunca se

²⁵ Cf. *Ibidem*, pág 445.

obtendría con el punto de contacto correspondiente. Se le ha definido como un acto lícito para obtener un beneficio ilícito; si bien esto puede ser verdad, no necesariamente el beneficio es ilícito pues se obtiene con fundamento en el derecho, aunque sin duda su obtención es indebida.

En conclusión, el fraude a la ley es un acto lícito y voluntario que mediante un subterfugio pretende un beneficio; por ende, cabe afirmar que, pese a ser un acto lícito, se basa en la mala fe y el engaño de quien lo realiza con el fin de evitar el cumplimiento de una ley imperativa. El propósito de sancionar el fraude a la ley es mantener la ineludible obligatoriedad de las normas imperativas para evitar que se conviertan en facultativas.

14.12 Institución desconocida

En el siglo XXI, cuando todo tiende a globalizarse, resulta insólito que una situación jurídica sea desconocida, por lo cual surgen las preguntas siguientes:

- ¿Qué debe entenderse por institución desconocida?
- ¿Es en realidad desconocida o se denomina así porque sencillamente no forma parte de un sistema jurídico particular?

Planteadas las anteriores preguntas surgen otras, tales como ¿cuándo se determina que una institución jurídica no existe dentro de un Estado? Un nuevo cuestionamiento sería: ¿por qué es necesario determinar que una institución jurídica existe en un Estado y en otro no?

14.12.1 ¿Qué es la institución desconocida?

El enunciado *institución desconocida* no implica ignorar su existencia, significa su no inclusión en el derecho interno de un Estado.

La institución desconocida es una figura jurídica poco estudiada debido a la tendencia actual a crear un derecho uniforme que dé seguridad jurídica y evite —en lo posible— situaciones de conflicto. Pese a esta nueva forma de solución, el sistema conflictual tradicional aún se aplica, por lo cual dentro de éste se puede presentar la institución desconocida que está en relación estrecha con los derechos adquiridos, la aplicación del derecho extranjero y el orden público. Por ello, en el presente apartado se estudiarán estas

instituciones por separado y a continuación se determinarán sus diferencias y similitudes.

14.12.2 Derechos adquiridos e institución desconocida

Al analizar la teoría de los derechos adquiridos se expusieron los dos requisitos indispensables para su reconocimiento y eficacia, los cuales se enunciarán nuevamente a fin de no interrumpir la secuencia de esta lectura, mediante una remisión a páginas anteriores. En este orden de ideas, Niboyet²⁶ sostiene que los dos requisitos para reconocer los derechos adquiridos consisten en:

- Que el derecho que se invoca como adquirido exista tanto en la norma extranjera como en el derecho ante el cual se quiere hacer valer.
- Que ese derecho se haya adquirido según una ley competente.

Estos dos elementos se consideran de derecho interno el primero y de derecho internacional el segundo.

El elemento interno consiste en analizar el derecho propio y confrontarlo con el derecho adquirido extranjero cuyo reconocimiento se solicita. A su vez, el elemento internacional consiste en investigar en el derecho extranjero si el derecho que se invoca como adquirido proviene de una ley competente. De acuerdo con lo anterior, ante la solicitud de reconocimiento y aplicación de un derecho extranjero, el Estado requerido debe confirmar si en su normatividad interna existe o no el derecho extranjero invocado y si, de existir, es susceptible de reconocerse o no.

Si la institución no existe se estará ante la institución desconocida; por lo tanto, el derecho extranjero no se aceptará, ni se reconocerá, ni se ejecutará. De acuerdo con ello, una institución será desconocida cuando no exista en un ordenamiento jurídico concreto. Esto puede ocurrir por una laguna de la ley debido a que el legislador nunca tuvo la intención de regular tal situación por no haberse presentado la necesidad de crear tal institución, o la institución existió y se eliminó. Por lo tanto, la figura de la institución desconocida se presenta cuando en forma total y absoluta no existe en la legislación de un Estado. En consecuencia, la solicitud presentada para que se reconozca un derecho extranjero no procederá por ningún motivo debido

²⁶ Cfr Ibidem, pág 271.

a que ¿cómo sería posible que un Estado reconociera un derecho proveniente de una institución a la cual sus normas nacionales son ajenas?

El problema de la institución desconocida se ha planteado como una imposibilidad moral para aplicar el derecho extranjero y se ha denominado *imposibilidad material*. Respecto a tal denominación cabe considerar que la imposibilidad para reconocer y dar eficacia a un derecho subjetivo, proveniente de una institución desconocida o para llevar adelante un procedimiento totalmente ajeno al país solicitado, no debe calificarse como imposibilidad material o moral, pues la imposibilidad es totalmente jurídica.

Al legislador le corresponde crear las instituciones jurídicas; por tanto, si una institución no existe, de lo inexistente no puede derivar ningún efecto. En consecuencia, será imposible reconocer y dar eficacia a un derecho que existe en el Estado solicitante del reconocimiento; empero, es una institución que el legislador del Estado solicitado no ha creado.

Un ejemplo clásico de institución desconocida en el derecho mexicano es la esclavitud. Así, México no podría reconocer y dar cumplimiento a una solicitud de extradición de una persona, con base en tener un dueño en un país que si reconociera la esclavitud. Otro ejemplo es la no aplicación de la pena de muerte de una persona que hubiese sido juzgada y sentenciada en un país donde tal sanción existiera y, al encontrarse en México el sentenciado, se solicitara el reconocimiento de la sentencia extranjera, así como la ejecución de la pena capital con fundamento en el derecho extranjero. México no reconocería ni daría eficacia a tal sentencia debido a que, para su régimen jurídico, la pena de muerte es una institución desconocida.

14.12.3 ¿En qué momento se determina que una institución es desconocida en un Estado?

La determinación de institución desconocida la realiza la autoridad judicial o administrativa cuando otro Estado le solicita que reconozca y aplique su derecho. La autoridad del Estado requerido dará respuesta negativa inmediata, debido a que las instituciones desconocidas suelen ser muy pocas y de grandes efectos; por ejemplo, sería imposible ignorar si hay o no esclavitud o si hay o no pena de muerte. En tales supuestos la respuesta sería de negativa inmediata.

Pese a lo anterior, podría presentarse la situación de que para reconocer y ejecutar una resolución extranjera, la autoridad requerida ignorara si en su derecho existiera tal situación. Por ello, ante tal desconocimiento tendría que revisar su normatividad a fin de disipar su duda y dar la respuesta

correcta. A manera de ejemplo, esta última situación ocurriría cuando el Estado extranjero solicitara el embargo de una licencia de conducir a un taxista con el fin de coaccionarlo para que pagara una deuda alimenticia. Como el embargo existe en México, sería necesario revisar los casos de su procedencia. La respuesta finalmente sería negativa en atención a que el embargo de la licencia para un taxista no procede, porque sin licencia para conducir le sería imposible trabajar. Nótese que en tal supuesto, la autoridad tendría que revisar su propio derecho para saber con certeza si puede invocar la institución desconocida.

En síntesis, en la institución desconocida la petición del Estado extranjero no se cumple debido a que el derecho del Estado requerido, no regula la institución cuya aplicación se solicita.

En el estudio de la institución desconocida se ha llegado a la desviación de sostener que la imposibilidad para reconocer y dar eficacia a un derecho podría ser sólo parcial; por ello, deberá dársele reconocimiento en la parte o en los aspectos en que hubiera coincidencia. La postura mencionada tiene una grave confusión, pues cuando hay una institución coincidente o similar no se está ante el problema de una institución desconocida, sino ante una institución análoga, que se puede reconocer. En tal supuesto, el Estado requerido reconocerá la institución análoga y le dará una eficacia parcial, ajustada a los términos de su propia normatividad. La institución desconocida es una figura del derecho internacional privado que se puede presentar tanto en el derecho sustantivo como en el adjetivo.

14.13 Institución análoga

A fin de centrar concretamente qué es la institución análoga es necesario determinar qué se entiende por analogía. La analogía es una técnica mediante la cual se aplica a una situación no prevista en la ley la misma norma que regula una situación semejante. Esto implica una adecuación de la norma existente al caso no previsto. Dicha adecuación de la norma para aplicarla a un supuesto no previsto generalmente implica modificaciones o limitaciones, porque la situación no regulada es similar pero no igual a la regulada. En consecuencia, dos situaciones serán análogas cuando entre ellas exista una identidad parcial, esto es, cuando presenten sólo algunos elementos comunes.

De la institución análoga, la imposibilidad para reconocer y dar eficacia a un derecho podría ser sólo parcial, debido a que al presentarse la situación

de que las normas de ambos Estados tuvieran instituciones similares, reguladas en distintos términos, sería injusto desconocer la existencia de tal semejanza. Como sería una injusticia desestimar el reconocimiento y eficacia parcial de un derecho adquirido al existir cierta semejanza en las instituciones interna y externa, se consideró necesario reconocer y dar eficacia al derecho extranjero porque son instituciones análogas. Esta situación de similitud entre la norma interna y la norma extranjera permite reconocer parcialmente los derechos adquiridos en otro Estado; sin embargo, tal reconocimiento y aplicación del derecho extranjero estaría limitado por el derecho interno.

Un ejemplo de la institución análoga sería cuando en un Estado se regulara el divorcio y en otro se contemplara la separación de cuerpos. En tales supuestos existirían instituciones análogas y sólo habría una variación en el trato que cada régimen diera a estas figuras. Aquí el origen del conflicto sería el matrimonio y la solución llevaría a declarar la separación de cuerpos o el divorcio, lo cual debería ejecutarse de acuerdo con el régimen jurídico del Estado al que se solicitara el reconocimiento del derecho extranjero.

En confirmación del punto anterior, el *Código Civil para el Distrito Federal* y el *Código Civil Federal* disponen en el art 14 fracc III:

No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos.

Esta norma reconoce que aplicará el derecho extranjero cuando ambas instituciones (la interna y la extranjera) sean similares o análogas. Diferente es la situación de la institución desconocida. Aquí la institución no existe, por lo cual resulta imposible aceptar, reconocer y dar eficacia a un derecho que proviene de una institución regulada en el país de origen, pero inexistente en el país al que se solicita su reconocimiento y eficacia.

De acuerdo con lo anterior, no deben confundirse la institución desconocida con la análoga. Un ejemplo muy claro entre la institución desconocida y la análoga se encuentra en la Segunda Convención Interamericana, sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, celebrada en Montevideo, República Oriental de Uruguay, documento que contempla tanto la institución desconocida como la institución análoga en el art 3o al establecer:

Artículo 3o. *Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contemplados en la*

legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos.

Nótese cómo esta norma distingue perfectamente entre institución desconocida e institución análoga. El art 3o se refiere a la institución desconocida al disponer:

Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contempladas en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley...

Este primer párrafo de la norma preceptúa que el Estado parte de la Convención no reconocerá y, por tanto, no aplicará una institución que no contenga en su derecho. Respecto a la institución análoga, ésta se encuentra en la segunda parte del art 3o, que establece: "... siempre que no tenga disposiciones análogas". En esta última línea, la Convención regula claramente que hay instituciones análogas, en cuyo caso el Estado requerido deberá reconocerlas y ejecutarlas hasta el límite que le señale su propia norma.

14.14 Institución desconocida e institución análoga en el derecho mexicano

Es importante distinguir con precisión la diferencia entre estas dos instituciones dentro del derecho mexicano a fin de evitar errores en su aplicación. En tal sentido, los arts 14 de los códigos civiles federal y del Distrito Federal disponen:

No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos.

Esta norma parece insinuar en una primera parte la institución desconocida; sin embargo, es incompleta y se limita a regular la institución análoga, aunque podría regular ambas instituciones con sólo eliminar la palabra inicial *no* e intercalar la palabra *salvo*.

El art 14 podría regular ambas instituciones, como lo hace la Convención Interamericana sobre Normas Generales en el numeral 3o, si se redactara en los términos siguientes:

Será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, salvo si existen instituciones o procedimientos análogos.

El único cambio que se requiere para que en la norma mexicana se regulen ambas instituciones es eliminar el *no* inicial e intercalar la palabra *salvo* o *excepto*. El art 14 de ambos códigos, al incorporar en el derecho interno el art 3o de la Convención de Normas Generales, hizo una mala e incompleta copia del numeral 3o de la Convención al incluir sólo la institución análoga y dejar fuera a la institución desconocida.

14.15 Orden público, institución desconocida e institución análoga: similitudes y diferencias

En ocasiones suelen confundirse el orden público, la institución desconocida y la institución análoga; en tal sentido, en este apartado se establecerán sus similitudes y diferencias. El orden público es una excepción a la obligación que asume el Estado de reconocer y aplicar el derecho extranjero; de esta excepción se derivan para el juez una obligación de hacer y otra de no hacer.

La obligación de hacer consiste en confrontar el derecho nacional y el extranjero a fin de verificar que no habrá violación al derecho interno si se aplica el extranjero. La obligación de no hacer consiste en no aplicar el derecho extranjero debido a que de la confrontación de ambos derechos se derivó que, de aplicarse el derecho extranjero, se violaría alguna institución fundamental del derecho interno. Por tanto, el juez nacional no debe aplicar el derecho extranjero.

La institución desconocida consiste en que no está regulada por el derecho del Estado al que se solicita su aplicación; por ende, para él no existe. En consecuencia, cualquier petición de reconocimiento de un Estado que la regula se rechazará. La institución análoga existe tanto en el Estado solicitante como en el requerido, pero el problema radica en que la regulación es diferente. En tal situación, el Estado requerido reconocerá la institución sólo en la medida y hasta donde se adecue a su derecho.

14.15.1 Similitudes

Tanto el orden público como la institución desconocida y la institución análoga son problemas del derecho internacional privado. Las tres instituciones

debe analizarlas el Estado requerido, ante la petición de un Estado extranjero para que reconozca y ejecute su derecho.

Las tres figuras se califican como excepciones y tienen por objeto respetar el derecho interno. El orden público, la institución desconocida y la institución análoga se aplican en situaciones concretas: el orden público y la institución desconocida implican una obligación absoluta de no hacer para el juzgador, el orden público y la institución desconocida son un medio de preservar la soberanía de los Estados, y la institución análoga implica un cumplimiento parcial de la norma extranjera.

14.15.2 Diferencias

El orden público es una cláusula que siempre se incluye en las convenciones de derecho internacional privado. La institución desconocida y la análoga no se incluyen en las convenciones en forma regular. Doctrinalmente, el orden público se parangona con la cláusula de reserva, salvo que se aplica únicamente en casos concretos.

14.15.3 Derechos adquiridos en el orden público, la institución desconocida y la institución análoga

Respecto a los derechos adquiridos, la diferencia entre orden público, institución desconocida e institución análoga es la siguiente:

- Si la institución que se invoca como derecho adquirido existe, pero es contraria al orden jurídico del Estado al que se solicita, tal derecho no se reconocerá en función del orden público.
- Si la institución que se invoca como derecho adquirido no existe en el sistema jurídico del Estado al que se solicita su reconocimiento, se estará ante la institución desconocida.
- Si la institución que se invoca como derecho adquirido existe en el ordenamiento jurídico del Estado ante el cual se solicita el reconocimiento y ejecución, aun cuando tal institución presente diferencias o limitaciones, se estará ante la institución análoga. En consecuencia, se reconocerá y se dará eficacia parcialmente al derecho del Estado extranjero.

14.16 Conflicto móvil

El estudio del conflicto móvil está cuasialausente de la doctrina, como también lo están la institución desconocida y la institución análoga. La indiferencia para abordar estos temas es notoria; sin embargo, su importancia y aplicación se ven reflejadas en la ley y en las convenciones de derecho internacional privado.

La pregunta que surge es: ¿por qué no se ha dado a los temas señalados un desarrollo doctrinal que explique su denominación, elementos, clases y naturaleza jurídica? Algunos autores clásicos y otros actuales sólo tangencial o brevemente se refieren al conflicto móvil, en tanto que al aspecto histórico del derecho internacional privado le dedican una parte considerable de su obra. En tal sentido, es necesario estudiar el conflicto móvil por referirse a la interpretación y aplicación del derecho cuando el punto de conexión cambia.

14.16.1 Denominación

El conflicto móvil ha recibido diversas denominaciones: incidente, conflicto transitorio, cambio de estatuto y conflicto subyacente o superveniente; sin embargo, se utilizará el concepto tradicional de conflicto móvil ya que parece el más apropiado.

14.16.2 Elementos para un concepto

Con el fin de determinar los elementos del conflicto móvil, es necesario analizar algunas definiciones. **Francois Rigaux**²⁷ sostiene al respecto: "... el conflicto móvil es un incidente que afecta a una categoría de normas de conflicto, las que utilizan el punto de conexión variable".

Este autor aporta dos elementos: incidente y conexión variable.

A su vez, **Fernández Rozas**²⁸ expone: "El conflicto móvil es la alteración del punto de conexión en el tiempo [...] la alteración del punto de conexión en el tiempo, se presenta con el cambio de residencia, de nacionalidad, o del lugar de situación de un bien."

²⁷ **Francois Rigaux**, *Derecho internacional privado, parte general*, Editorial Civitas, Madrid, 1985, pág. 412.

²⁸ **José Carlos Fernández Rozas**, *et al*, *Derecho internacional privado*, 2a ed., Civitas, Ediciones, S.L., Madrid, 2001, págs. 208 y siguientes.

Con el fin de aclarar la intervención del factor tiempo, **Fernández Rozas** añade: "Los puntos de conexión mutables que pueden modificarse por el transcurso del tiempo requieren una precisión temporal. A menudo el propio legislador procede a precisar temporalmente la conexión, evitando el conflicto móvil."

De lo expuesto por dicho autor se colige que el conflicto móvil abarca dos problemas de técnica jurídica: la aplicación del derecho en el tiempo y la aplicación del derecho en el espacio. Sin embargo, posteriormente el autor aclara y distingue entre el problema temporal y el espacial. Respecto a la aplicación del derecho en el tiempo sostiene:

... tradicionalmente, la solución del conflicto móvil se ha basado en la aplicación analógica de los principios de Derecho transitorio atribuyendo competencias respectivas a la ley anterior y posterior de acuerdo con los criterios vigentes en el derecho transitorio interno, aplicado por vía de analogía. Siguiendo este criterio, la ley anterior a la modificación del punto de conexión regiría las situaciones instantáneas agotadas antes de dicha modificación, en tanto que la nueva ley pasaría a regir el contenido y los efectos duraderos o permanentes de dicha relación.

En la obra *Derecho internacional privado*, dirigida por **Elisa Pérez Vera**,²⁹ se establece:

... se llama conflicto móvil al problema planteado por un cambio en las circunstancias que sirven para precisar o concretar el punto de conexión de una norma de conflicto, de tal manera que una situación dada queda sucesivamente sometida a dos sistemas jurídicos diferentes. De ahí que este problema no surja en aquel tipo de conexiones que son inamovibles por ser estrictamente territoriales.

El párrafo transcrito aporta tres elementos:

- Cambio en las circunstancias.
- Cambio en el punto de conexión.
- Norma de conflicto.

De acuerdo con lo expuesto, al conflicto móvil se le atribuye ser:

- Un incidente.
- Un punto de conexión variable o movable.

²⁹ Ana Paloma Abarca Junco, *et al.*, dirigida por Elisa Pérez Vera, ob cit, vol I, pág 127.

- Un problema cuya solución sólo puede ser particular.
- Un problema de aplicación de la ley en el espacio.
- Un cambio de circunstancias.

De los elementos aportados por las definiciones transcritas se puede dar el concepto siguiente:

14.16.3 Concepto

El conflicto móvil es un incidente que surge con motivo de la aplicación de la ley en el espacio, cuyo origen se encuentra en un punto de conexión variable o sucesivo debido al cambio en las circunstancias que provocan que un mismo conflicto se resuelva de forma particular por derechos diferentes.

14.16.4 Propuestas de solución al conflicto móvil

Ante un conflicto móvil, la solución que se propone en la obra de **Elisa Pérez Vera**³⁰ es la siguiente:

... el conflicto móvil, como incidente en la aplicación de la norma de conflicto, ha de resolverse, en definitiva, atendiendo a la interpretación de la norma de conflicto. De ahí que la mejor solución sea preventiva, es decir, que sea la misma norma de conflicto la que establezca las posibles consecuencias de la alteración de la concreción en el tiempo del punto o de los puntos de conexión que incorpora. La adopción de este criterio como técnica legislativa indudablemente mitigará el alcance del problema...

Si bien ésta es la solución preventiva que **Elisa Pérez Vera** sugiere al legislador, surgen las preguntas siguientes:

- ¿Qué ocurrirá si el legislador no resolvió el problema preventivamente?
- ¿Qué debe hacer el juzgador ante el conflicto móvil?
- ¿Cómo debe solucionarlo?

En un intento por responder,³¹ **Elisa Pérez Vera** ha dicho:

³⁰ *Ibidem*, pág 125.

³¹ *Ibidem*, pág 129.

En primer lugar: En un litigio con elementos extranjeros, el juez, enfrentado a las pretensiones de las partes, ha de proceder a definir el objeto de las mismas y a elegir la norma de derecho internacional privado aplicable.

En segundo lugar: ha de determinar el punto de conexión que en la norma de conflicto vincula la situación con un orden jurídico concreto, de tal modo que a través de él aparezca el derecho material aplicable.

En tercer lugar: se debe establecer, dentro de ese derecho concreto, qué parte del mismo está destinada a regir la situación que se ha planteado. El término *calificación* ha sido utilizado para designar estos tres problemas del proceso de aplicación de la norma de conflicto.

De acuerdo con lo expuesto, hay una doble vía de solución:

- Una preventiva, que debe realizar el legislador al crear la norma conflictual.
- Una aplicativa, que debe efectuar el juez al calificar la norma conflictual.

Cuando el problema se presenta ante el juzgador y éste debe llevar a efecto los tres momentos señalados, surge la pregunta: ¿en cuál de los tres momentos señalados se ubica el conflicto móvil? Cabe aclarar que si bien el conflicto móvil no siempre se presenta, es necesario distinguir entre su existencia eventual como incidente y su existencia real respecto a una solución.

Se ha sostenido que cuando el legislador resuelve el conflicto móvil en realidad, el problema ya no existe debido a que la norma conflictual lo evita al determinar el derecho que se ha de aplicar en cada momento de la movilidad. En tanto que sí habrá conflicto móvil cuando el juez dé la solución al determinar el derecho que debe aplicarse en cada nuevo punto de conexión que surja.

Es necesario destacar que el conflicto móvil existe tanto si lo resuelve la ley por medio de la norma conflictual, como si el juez tiene que dar la solución. En ambos supuestos hay conflicto móvil en atención a que éste implica el cambio de punto de conexión, situación que no desaparecerá sólo porque la norma conflictual determine los momentos de aplicación de las distintas normas materiales en cada cambio de punto de conexión.

El conflicto móvil es un problema de mutabilidad del punto de conexión; por ello, considerar que el problema existe o no con base en quién lo resuelva es confundir el problema con la solución así como confundir la causa con el efecto. La causa del conflicto móvil es la mutabilidad del punto de conexión, mientras que el efecto es quién y cómo se resuelve.

14.16.5 Naturaleza jurídica del conflicto móvil

Como se ha señalado, el conflicto móvil es un incidente, un problema de aplicación de la ley en el espacio y un punto de conexión variable. Determinar la naturaleza jurídica del conflicto móvil lleva a preguntarse: ¿es el conflicto móvil una constante en el sistema conflictual? o ¿sólo se presenta en algunos casos? La respuesta inmediata es que se presenta sólo en algunos casos; por ende, al no encontrarse siempre, se puede considerar que es un incidente. De acuerdo con lo expuesto se llegó a las siguientes conclusiones:

- El conflicto móvil es una figura compleja del derecho internacional privado, cuya naturaleza jurídica es la de un incidente. Se presenta por un cambio en las circunstancias del problema principal, lo cual conduce a un cambio del punto de conexión y, en consecuencia, la ley aplicable cambiará.
- El conflicto móvil se presenta en un punto de conexión acumulativo igual, debido a que un mismo problema lo resuelven derechos distintos e independientes entre sí, cuya armonización permite solucionar el problema.

UNIDAD 15

Conflictos de competencia judicial

15.1 Introducción

El derecho internacional privado tiene por objeto determinar el derecho que se debe aplicar ante una situación en la cual hay dos o varios ordenamientos jurídicos que regulan un mismo conflicto. Como se ha visto, éste es un problema de técnica jurídica, lo cual significa que mediante reglas, principios y en ocasiones teorías se determine qué derecho debe aplicarse; por lo tanto, se insiste en que el derecho internacional privado es un derecho de aplicación del derecho.

Antes de abordar el tema de competencia judicial es necesario recordar que a todo conflicto que requiera solución se le aplican dos clases de normas: sustantivas y adjetivas.

El derecho sustantivo regula las relaciones jurídicas, así como los derechos y obligaciones derivados de ellas, derechos que se deben respetar y obligaciones que se han de cumplir.

El problema del derecho sustantivo aplicable a una relación jurídica con elementos internacionales, lo resolvió inicialmente el derecho internacional

privado mediante el sistema conflictual tradicional; con el tiempo se encontró una solución más práctica y rápida consistente en la creación de leyes modelo, normas que los Estados aceptarían en la medida de sus necesidades; y posteriormente surgió el derecho uniforme por medio de las convenciones, con lo cual la solución a los conflictos de leyes amplió su proyección. Resuelto el problema sustantivo estaban pendientes otros problemas:

- ¿Qué ocurriría si la obligación sustantiva no se cumpliera en forma voluntaria?
- ¿Vería burlado su derecho la parte afectada y la parte deudora quedaría impune?

Con el fin de dar solución a este segundo problema fue necesario abocarse al estudio de la competencia judicial o conflicto de leyes adjetivas. Al efecto se crearon medios y se tomaron medidas para evitar el incumplimiento de una obligación internacional.

Ante estas soluciones las preguntas que surgen son las siguientes:

- ¿Cómo se llegó a ellas?
- ¿Cuál fue el camino que debió recorrerse para solucionar el problema adjetivo?

15.2 Antecedentes de la competencia judicial

Históricamente, expone **Pereznieto**¹ que uno de los primeros antecedentes en materia de competencia judicial se encuentra en el siglo XIII al sostener **Carolus de Tocco** que el juez debe aplicar siempre su ley, es decir, tanto su ley material al fondo del asunto como la ley del foro al procedimiento, lo cual implicaba una concurrencia de competencia judicial y de competencia legislativa.

De acuerdo con lo anterior, una vez determinada la competencia judicial se aplicaría la ley sustantiva del juez competente. Esta postura resolvería fácilmente el problema adjetivo pues bastaría con determinar el juez competente, quien por derivación aplicaría su propio derecho sustantivo. A tal solución tan sencilla, la postura contraria afirmó que el primer problema

¹ Cfr. Leonel Pereznieto Castro y Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho internacional privado, parte especial*, 1a ed., Oxford University Press, México, 2000, pág. 190.

por resolver sería el determinar el derecho aplicable al conflicto y a continuación se buscaría el juez competente.

En el mismo siglo XIII, **Jacobus Balduini** dividió entre el proceso y el fondo del asunto en litigio y determinó que el proceso debía regirse por el principio *lex fori* y el fondo del asunto por el principio *locus regit actum*. Cabe considerar que la solución propuesta por **Jacobus Balduini** es jurídica y admite la aplicación del derecho extranjero, en tanto que lo expuesto por **Carolus de Tocco**, si bien es una postura cómoda y sencilla, pone en claro dos situaciones:

- El desconocimiento de que hay litigios que debe resolverlos una ley distinta de la propia.
- El rechazo por completo a la aplicabilidad de una ley extranjera.

Respecto al problema de competencia judicial, **Niboyet** confirmó la teoría de **Carolus de Tocco** al decir:² "... no es exagerado afirmar que la importancia de la competencia judicial internacional es mucho mayor que la de la competencia legislativa".

En cuanto a lo que dice **Niboyet**, es necesario destacar que tan importante es determinar el derecho aplicable como el juez competente, pues el uno sin el otro, darían una solución incompleta y, por ende, ineficaz. De nada servirá determinar el juez competente si para él, el derecho que se invoca no existe o si el derecho existe y el juez es incompetente.

15.3 Diversas formas de solución de los conflictos adjetivos

En el desarrollo del derecho adjetivo y sobre todo en materia de competencia judicial, el trayecto ha sido largo. Actualmente, en materia de competencia hay una autoridad creada por el Estado a la que se acude en demanda de justicia, así como existen reglas y principios incorporados al derecho que permiten aplicarla y hacerla efectiva; sin embargo, para institucionalizar la impartición de justicia, el mundo jurídico tuvo que pasar por tres momentos históricos diferentes:

² Audinet citado por J.P. Niboyet, *Principios de derecho internacional privado*, selección de la 2a ed francesa del *Manual de A. Pillet y J.P. Niboyet*, traducida y adicionada con legislación española por **Andrés Rodríguez Ramón**, Editora Nacional, México, 1957, pág 734.

- Autotutela.
- Autocomposición.
- Heterocomposición.

15.3.1 Autotutela

Con este medio el ser humano se hacía justicia por sí mismo, solución que aplicaba la ley del más fuerte, sin que esto significara únicamente mayor fuerza física, pues también se incluía en esta forma de solución mayor inteligencia, más poder, mayor capacidad o más conocimiento.

La solución de los conflictos mediante la autotutela era primitiva e inequitativa por basarse en la distinta capacidad de los contendientes y, por lo tanto, en su desigualdad. Pese a su natural primitivismo, el actual Estado de derecho reconoce diversas formas de autotutela, de las cuales la primera es la legítima defensa y la última la revolución.

15.3.2 Autocomposición

Este medio de solución marca un nuevo momento en la evolución de la impartición de justicia. En la autocomposición, las partes en conflicto adoptaban posiciones de buena fe y cordura; en tales condiciones, celebraban un acuerdo que satisficiera a los contendientes o en el que una de las partes renunciara a su petición, con el consecuente beneficio de la contraparte. Aun cuando la autotutela y la autocomposición son figuras diferentes, tienen como denominador común que el arreglo al cual llegaban era resultado de la actividad de las partes en conflicto, lo cual implicaba cierta igualdad.

15.3.3 Heterocomposición

El transcurso del tiempo y el natural desarrollo de la sociedad dio lugar a la *heterosolución* o *heterocomposición*, término que denota la intervención ajena en la solución del conflicto. En ese orden de ideas, las figuras características de la heterocomposición son dos: el arbitraje y el proceso. En ambas vías, la solución viene de fuera: un tercero ajeno al conflicto, libre de subjetivismos, emitirá una resolución equitativa.

Arbitraje. Históricamente el arbitraje es anterior al proceso y tiene como origen el pacto que las partes celebraban para someter sus diferencias a un tercero. En consecuencia, en el arbitraje —desde antaño hasta la

fecha— una o varias personas designadas por las partes conocerán y resolverán la controversia mediante un laudo.

Proceso. El proceso fue el último medio que surgió para resolver las controversias: lo creó el Estado al institucionalizar la impartición de justicia mediante jueces, regulados por el derecho que les otorgaba competencia para resolver los conflictos. En el proceso hay una autoridad judicial designada oficialmente e investida por la ley para conocer del conflicto, seguir un procedimiento y dictar una sentencia que resuelva el litigio.

Inicialmente los litigios fueron sólo internos, pues los problemas de toda índole se resolvían con el derecho doméstico, en el cual regía como principio absoluto el de *lex fori regit procesum*. El Estado, al crear la función judicial, otorgaba la atribución de impartir justicia a los jueces y les daba la facultad de *juris dicere* o de jurisdicción por la cual decían el derecho; en otras palabras, al decir el derecho resolvían el conflicto. Con esta facultad, todo juez tenía capacidad para decir el derecho; sin embargo, tal atribución no podía ni debía ser absoluta, era necesario limitarla. Así, surgió la competencia que limita la jurisdicción.

15.4 Competencia judicial

Miaja de la Muela³ afirma "todo conflicto de leyes que haya de ser planteado judicialmente lleva implícito un conflicto de jurisdicciones". En este punto es conveniente aclarar que el tema en estudio se refiere concretamente a la competencia judicial y no a la jurisdicción; sin embargo, es evidente que la jurisdicción y la competencia están interrelacionadas.

15.4.1 Jurisdicción y competencia

Es importante determinar qué es la jurisdicción y qué la competencia. Todo juez tiene dos grandes atribuciones que le autorizan a resolver los litigios y a dar cumplimiento a las resoluciones que emite a fin de impartir justicia: la jurisdicción y la competencia.

Jurisdicción. Este concepto proviene del latín *jure* y *dicere*, lo cual significa decir el derecho. La jurisdicción consiste en la capacidad que tiene un juez para conocer de las controversias y darles solución. Todo juez que

³ Adolfo Miaja de la Muela, *Derecho internacional privado*, 5a ed, t II, Editorial Atlas, Madrid, 1970, pág 425.

emite una resolución dice el derecho que debe aplicarse y el por qué de tal aplicación; sin embargo, tal capacidad no es absoluta, sino que está limitada por la competencia.

Competencia. Ésta es el límite de la jurisdicción, lo cual significa que la capacidad del juez para decir el derecho esté limitada en determinados órdenes.

La competencia determina las áreas jurídicas en las cuales el juez puede decir y aplicar el derecho; estos límites de la facultad jurisdiccional del juez son:

- Materia.
- Cuantía.
- Grado.
- Territorio.

En cuanto a la materia, el juez penal sólo podrá conocer de asuntos penales, mientras que al juez administrativo sólo le es dable abocarse a tales problemas y lo mismo ocurre con el derecho civil.

Respecto a la cuantía, el sistema judicial está organizado en función del monto del asunto en litigio. En tal sentido, en México hay jueces de paz y de primera instancia, por lo que se acudirá a uno u otro tribunal según el valor del negocio en conflicto.

La competencia por grado está determinada por la jerarquía del juez. Todo asunto iniciado en un juzgado de primera instancia, ante la inconformidad de una de las partes por la resolución emitida, acudirá al superior jerárquico, quien deberá conocer y resolver si confirma, modifica o revoca la resolución dictada en primera instancia.

La competencia por razón del territorio limita al juez a emitir resoluciones sólo en determinado espacio físico, de modo que más allá de los límites territoriales establecidos en la ley, sus resoluciones carecerán de fuerza obligatoria; por lo tanto, sus resoluciones no cumplirán. Pese a tal principio, existen excepciones.

15.4.2 Excepciones a la territorialidad de la competencia judicial

En opinión, de Fragistas,⁴ los Estados han establecido casi unánimemente reglas de excepción. La regla general es que la competencia de los tribuna-

⁴ Cfr. Fragistas citado por Miaja de la Muela, ob cit, t II, pág 437.

les es territorial; sin embargo, es la única competencia que se puede prorrogar, lo cual significa que puede cambiarse. Esta posibilidad de modificar la competencia territorial resulta muy importante en las relaciones relativas y absolutamente internacionales; empero, la libertad para prorrogar la competencia territorial tiene excepciones establecidas por el derecho internacional, que son las siguientes:

- La inmunidad de jurisdicción para los Estados extranjeros, sus jefes de Estado y agentes diplomáticos.
- Las que limitan para cada Estado la posibilidad de realizar o permitir actos de poder en su territorio, limitación que en el orden procesal se aplica a los actos de ejecución forzada, medidas cautelares, etcétera.
- Las reglas incorporadas en los tratados internacionales, que algunas veces se refieren a la competencia judicial, como ocurre con los tratados de ejecución de sentencias penales, en los que se aplica el principio de plenitud de jurisdicción.
- Los casos en los que es permitido aplicar el principio de autonomía de la voluntad de las partes en la elección del foro, como se establece en la Convención sobre los Acuerdos de Elección de Foro de 2005, celebrada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

En conclusión, la libertad de las partes para modificar la competencia territorial está limitada internacionalmente por las excepciones mencionadas.

15.4.3 Principios rectores de la competencia judicial internacional

Con el fin de complementar las reglas anteriores, **Miaja de la Muela**⁵ sostiene que así como existen principios en materia de conflictos de leyes, en materia de jurisdicción y competencia judicial también los hay, de tal forma que propone los siguientes principios en materia adjetiva:

1. Principio de exclusividad. Cada Estado delimita soberanamente los supuestos de competencia de sus tribunales, sin que éstos se encuentren ligados por las normas extranjeras en la materia.

2. Principio de unilateralidad. En virtud de este principio, ningún tribunal puede declarar competente a los órganos judiciales de otro Estado.

⁵ Adolfo Miaja de la Muela, ob cit, t II, págs 435 y siguientes.

3. Principio de posibilidad de internacionalización de las reglas estatales de competencia. Este principio es sostenible en el orden internacional como medio para facilitar la celebración de convenios sobre la materia. En la práctica, casi todos los sistemas se apartan de este principio por la tendencia a ampliar el ámbito de jurisdicción del Estado.

4. Principio de efectividad. Aconseja al legislador no conferir competencia a sus tribunales cuando la sentencia que dictasen resulte de imposible ejecución.

5. Principios de autonomía de la voluntad. Deja margen a los contendientes para someterse de manera expresa o tácita a tribunales incompetentes en el aspecto territorial.

De acuerdo con estos principios, resulta claro que los tres primeros no presentan problema alguno pues la ley los determina en forma imperativa; por lo tanto, las reglas que se aplican son inmodificables y deben cumplirlos el juez y los litigantes, lo cual no ocurre con los dos últimos debido a que en el cuarto se aconseja al legislador cómo debiera actuar y en el quinto se da absoluta libertad a las partes para elegir el foro.

De lo anterior se concluye que el imperio de la ley en la competencia por territorio no se presenta en forma absoluta, ya que ésta se puede modificar por las partes. En consecuencia, aun cuando la ley establece ciertas reglas que la limitan, los litigantes pueden, en algunos conflictos, acudir de común acuerdo al juez de otro territorio.

La libertad de elección sólo corresponde a las partes; por el contrario, el juez tiene limitada su jurisdicción por la competencia territorial que le fija la ley. Como resultado, él deberá cumplir las reglas de competencia determinadas imperativamente; en consecuencia, sus resoluciones sólo se cumplirán en el territorio donde él tenga competencia.

El problema del límite de la competencia territorial era realmente grave, debido a que la justicia no se aplicaba ante la imposibilidad del juez para ejecutar sus resoluciones fuera de su territorio. En consecuencia, fácticamente había denegación de justicia para el demandante e impunidad para el demandado. Tal situación no debía ocurrir, por lo que fue necesario encontrar una solución a los problemas del límite de la competencia; de lo contrario, de nada serviría la sentencia obtenida en un Estado si careciera de fuerza para ejecutarse en otro país.

La solución que la creatividad jurídica dio fue la extensión de la competencia territorial. ¿Cómo se extendió la competencia si el juez sólo podía ejercerla en su territorio? La respuesta fue mediante la división de la competencia.

Un juez tendría la competencia inmediata y otro una competencia mediata, competencias que se denominaron *directa* e *indirecta*.

15.4.4 Competencia directa

En esta primera clase de competencia, el juez de origen realiza todo el procedimiento, consistente en aceptar la demanda, la contestación y la reconvencción. En caso de haberla, recibe y desahoga pruebas, alegatos, en su momento emite la resolución correspondiente y, llegado al último momento, ordena la ejecución. En la competencia directa, el juez realiza los actos procesales y ordena los actos procedimentales; por tanto, tiene a su cargo todo el juicio, que culmina con la sentencia y su ejecución. Esto ocurre cuando el juez no requiere extender su competencia, ya que todo el procedimiento se realiza en su territorio.

15.4.5 Competencia indirecta

Esta competencia es resultado de la división de la competencia, de tal forma que una parte de ella la realiza el juez de origen y otra el juez a quien se le extiende la competencia. De este modo, se ejerce una competencia indirecta.

La competencia indirecta se manifiesta cuando trasciende fronteras y se lleva a cabo mediante la petición de un juez —quien no puede actuar territorialmente más allá de sus límites espaciales— a otro juez que tiene competencia en el territorio donde deben cumplirse los autos, resoluciones o sentencias del juez original. En la competencia indirecta dos jueces diferentes realizan dos funciones en dos territorios distintos, todo en relación con un mismo litigio.

15.4.6 Etapas de la competencia indirecta

¿Cómo se llegó a esta división de la competencia? Tal competencia se inició con la aplicabilidad del principio *comitae gentium*, consistente en un acto de cortesía mediante el cual un Estado, en ejercicio de su soberanía, aceptaba cumplir en su territorio las decisiones emitidas en otro Estado también soberano. Esta vía de solución era producto de la buena fe, de la confianza o de la amistad, no estaba regulada; por ello, no existía la obligación de practicarla y menos aun el derecho a exigirla. El principio de la cortesía interna-

cional, pese a su antigüedad, aún está vigente en algunos Estados, los cuales la practican en forma tácita o su legislación interna la contempla.

La reciprocidad fue otra forma de dar validez y ejecutar una resolución extranjera. Este acto consiste en otorgar a la sentencia extranjera el mismo trato jurídico que se da a las sentencias nacionales, igualdad que puede ser implícita o estar regulada en el derecho interno de los Estados. La reciprocidad es una vía autónoma de reconocimiento de las sentencias extranjeras que el Estado se impone en ejercicio pleno de su soberanía, a tal grado que el Estado que cumplimente la resolución exige tres requisitos al Estado requirente:

- Respetar la competencia exclusiva del Estado requerido.
- No contravenir el orden público.
- No contravenir una resolución interna.

En cuanto a la jurisdicción y la competencia surgieron dos situaciones adjetivas:

- El *forum shopping*.
- El *forum non conveniens*.

15.5 Forum shopping

Antonio Boggiano afirma: "El *forum shopping* consiste en la elección unilateral del tribunal que más favorezca a la pretensión sustancial del actor."⁶ Esta teoría se atribuye a los jueces ingleses, particularmente a lord **Dunning**,⁷ quien sostuvo: "Cualquier persona que acuda a la Corte inglesa no lo hará en vano. Este derecho no es exclusivo de los ingleses, se extiende a cualquier amigo extranjero. Él puede pedir la ayuda de nuestras cortes si así lo desea."

De acuerdo con lord **Dunning**, un extranjero podía entablar demanda en contra de otro extranjero mediante el sistema reconocido en la ley inglesa si realmente consideraba que ello significaba una ventaja y su actuación no tenía como único fin molestar.

⁶ Antonio Boggiano, *Derecho internacional privado*, 3a ed, t I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pág 271.

⁷ Cfr David D. Siegel, *Conflict, of Law*, sne, West Publishing Company, Sain Paul, Minnesota, 1992, págs 147-152.

El jurista inglés insistía en que ni las partes del litigio ni la materia requerían un vínculo o punto de conexión con Inglaterra para acudir a sus tribunales. Tal teoría contrastaba con la situación jurídica real, consistente en que el conflicto tenía también la posibilidad de resolverse en otra Corte, cuyo foro fuese más apropiado. Pese a la dual situación, lord **Dunning** insistió en sostener:

- El actor tiene derecho a obtener una resolución de la Corte Inglesa.
- Sobre la construcción teórica de que generalmente se tiene derecho a acceder a la Corte de la Reina, la demanda no puede desecharse a la ligera.

En complemento y justificación de tal teoría, lord **Dunning** adujo: "Este derecho puede llamarse *forum shopping* si usted gusta, porque el foro en Inglaterra es un buen lugar para hacer compras tanto por la calidad de sus productos como por lo expedito de su servicio." A pesar de tan flexible teoría, lord **Dunning** reflexionó en la conveniencia de reexaminarla ya que más bien se alejaba del sistema de administración de justicia inglesa.

Acorde con esta reconsideración, el jurista inglés estimó que deberían establecerse ciertas distinciones entre el supuesto de que Inglaterra fuese el foro natural para el acto y el supuesto en que el actor simplemente acudiera a este foro para servir a sus fines. En tal circunstancia, "... el juicio no procedería salvo que hubiera buenas razones para ello. Yo pienso que el actor debe invocar las razones que justifiquen la elección de foro; pero si ambas partes están de acuerdo, en tal caso no habrá objeción porque se respetará el principio de igualdad de las partes y de autonomía de la voluntad".

Visto de tal forma, el *forum shopping* lo puede utilizar cualquier abogado que conozca las reglas de conflicto de otros Estados o provincias que no tengan conexión con la causa o acción de las partes, con el fin de obtener un beneficio sustantivo o adjetivo sin que exista vínculo real que justifique acudir al tribunal inglés.

Lord **Dunning** decía al respecto:

El *forum shopping* es la situación que se presenta en el momento en que el actor elige unilateral e indiscriminadamente el tribunal que considera favorecerá su pretensión sustancial. Esta unilateralidad no es absoluta, ya que el *forum shopping*, si bien significa atraer la acción al Estado o provincia en el que las reglas de conflicto o bien las normas sustantivas o adjetivas fueran aplicables al actor, la Corte de ese Estado debería tener jurisdicción para recibir el caso y la decisión debería ser reconocida y ejecutada en el Estado o provincia donde el actor promoviera.

A todo el razonamiento anterior favorable al *forum shopping*, lord **Dunning** terminó por aclarar que, aun cuando este *forum* era una táctica perfectamente legítima, se le consideraba indeseable por la molestia que causaba al demandado. En consecuencia al invocarse su viabilidad, ésta debía ser tal que demostrara la existencia de factores favorables no sólo para el actor, sino también para el demandado, de tal forma que hubiera un equilibrio en la relación, el cual se lograría con la concurrencia y aplicación de la teoría del *forum non conveniens*, que establece la conveniencia de acudir a un foro competente frente a otro foro también competente.

Las razones de justicia y conveniencia invocadas por las partes en conflicto pueden llevar a elegir una Corte al arbitrio del actor y la autoridad puede negarse a conocer o puede ejercer su jurisdicción y forzar al actor a presentar la demanda en un foro más apropiado. Frente a ello y los fundamentos que lo sustentaron surgió la teoría del *forum non conveniens* basada en el principio de que el actor tuviera constitucionalmente un foro competente y éste fuese un foro más simple o más sencillo. Ante esta situación no debía acudir a otro foro, salvo que tuviera razones excepcionales para hacerlo.

15.6 *Forum non conveniens*⁸

El *forum non conveniens* es una doctrina del siglo XIX originada en Escocia: es una institución compleja, multifacética y con varios problemas que conducen a plantear las preguntas siguientes:

- ¿Qué es el *forum non conveniens*?
- ¿Es correcta su denominación?
- ¿Es el *forum non conveniens* un problema de jurisdicción o de competencia?
- ¿Qué relación guarda con el *forum shopping*?

Llegar a este último punto requerirá analizar otros aspectos del *forum shopping*.

¿Qué es el *forum non conveniens*? Este *forum* se ha definido como la situación por la cual un tribunal competente se abstiene de conocer de un

⁸ Cfr. María Elena Mansilla y Mejía, *Forum Non Conveniens vs Forum Shopping. Visiones contemporáneas del derecho internacional privado*, 1a ed, Facultad de Derecho-Editorial Porrúa, México, 2008, págs 103-125.

litigio a efecto de que otro tribunal, también competente, lo resuelva en atención a que se comprueba, fehacientemente, que el segundo tribunal es más apropiado por estar en mejor posición para solucionar la controversia.

¿Es correcta su denominación? Se ha discutido si el nombre correcto de esta figura sería el de *foro conveniente* o *foro apropiado*; sin embargo, cabe aclarar que la connotación de tales denominaciones es distinta. El foro conveniente implica un interés y la obtención de un beneficio, en tanto que el foro apropiado conlleva un principio de justicia. Por ende, la denominación correcta sería la de *foro apropiado*.

15.6.1 ¿Es un problema de jurisdicción o de competencia? El *forum non conveniens*

Es importante determinar la ubicación del *forum non conveniens* en el derecho adjetivo, algunas legislaciones lo contemplan como un problema de competencia, en tanto que otras lo ubican en la jurisdicción, pero ambas lo reconocen como una situación de naturaleza internacional.

Jurisdicción y competencia son instituciones del derecho adjetivo que es necesario diferenciar: Jurisdicción es la capacidad que todo juez tiene para decir el derecho. Competencia es la delimitación de la jurisdicción; en otras palabras, es el límite de la jurisdicción.

En este orden de ideas, todo juez puede decir el derecho, pero no puede decirlo en todas las materias.

La competencia tiene cuatro ámbitos.

- Materia.
- Cuantía
- Grado.
- Territorio.

Acorde con lo expuesto, la competencia complementa a la jurisdicción ya que, si bien todo juez puede decir el derecho, sólo podrá hacerlo válidamente dentro de su área competencial; por tanto, el juez civil sólo podrá decir el derecho en esta materia. Tal distinción parece ignorada por algunos tratadistas, ya que se refieren indistintamente a la jurisdicción y a la competencia como si fueran sinónimos.

En aras de aclarar la ubicación del *forum non conveniens* dentro de la jurisdicción o de la competencia, cabe afirmar que el actor que acude a un

tribunal deberá examinar lógica y previamente la naturaleza del problema, su monto y la situación jurídica que guarda frente a la impartición de justicia. Resuelto esto y ante una situación internacional, en la que el conflicto puede presentar diversos puntos de contacto y por lo mismo haber distintos foros competentes, el actor promoverá ante el tribunal que le sea más favorable.

De acuerdo con lo anterior, el problema de la competencia está resuelto, no así el de la jurisdicción, pues el foro elegido por el actor podrá resultar inconveniente para el demandado: surge de este modo el *forum non conveniens* y quien lo invocará será el demandado.

Es importante aclarar si el problema del *forum non conveniens* es de jurisdicción o de competencia. Como ambos tribunales tienen competencia, el problema está en decidir quién conocerá; en otras palabras, quien dirá el derecho a efecto de solucionar el litigio. La respuesta es: conocerá y resolverá quien ofrezca la mejor solución al conflicto de acuerdo con diversos factores; sin embargo, la solución no es tan sencilla debido a que en el problema intervienen el actor, el demandado y el juez ante quien se presentó la demanda.

15.6.2 Partes en el *forum non conveniens*

El *forum non conveniens* es una institución *sui generis* ya que son tres las partes que intervienen:

- El actor.
- El demandado.
- Los jueces competentes.

El actor. Al tener dos foros competentes, elige el que por alguna razón considera más apropiado. Los beneficios del foro elegido por el actor pueden basarse en la cercanía, la facilidad de presentar las pruebas o erogar menores gastos, sin que ello implique fraude a la ley. Por lo tanto, el actor deberá exponer desde el inicio los motivos por los que acude a ese foro, que para él es el *forum conveniens*.

El demandado. Al ser emplazado, éste se percatará de que el tribunal elegido por el actor lo afecta; ante ello, interpondrá la excepción de *forum non conveniens* y las razones que tiene para oponerse al foro elegido por el actor. Dichas razones generalmente se oponen a las invocadas por su contraparte, las cuales deberá probar.

La vía que seguirá el demandado será la de excepción; en otras palabras, invocará como excepción, para no someterse al tribunal elegido por el actor, la existencia de otro tribunal también competente. Por ello, tendrá que demostrar la conveniencia de su tribunal frente al inconveniente del elegido por el actor.

El juez. El juez ante el cual se presentó la demanda deberá conocer los argumentos de ambos contendientes y, con base en su situación de juzgador, tendrá la facultad discrecional de aceptar o no el litigio. Ante una decisión negativa a resolver el litigio, también tendría que argumentar sus razones, entre las cuales podrían estar:

- La sobrecarga de trabajo frente al otro tribunal.
- Distraer su función para atender el juicio de un extranjero que sin pagar impuestos en el Estado se beneficiaría con el servicio de impartición de justicia.

El juez, además de invocar que sería más útil acudir al otro tribunal, deberá motivar y fundar su resolución tanto si acepta la competencia como si se niega a recibir el litigio.

15.6.3 La prueba en el *forum non conveniens*

La prueba es un elemento indispensable en el *forum non conveniens*; por ello, cualquiera que lo invoque (ya sea el actor, el demandado o el tribunal) deberá esgrimir los argumentos y consideraciones jurídicas que permitan probar, sin lugar a duda, lo conveniente o inconveniente de la elección o la necesidad de cambiar de foro. En la aplicación de esta teoría deberán tomarse en cuenta diversos factores, como los siguientes:

- Las circunstancias procesales del caso.
- La proximidad de las partes.
- La obtención y desahogo de las pruebas.
- Los gastos.
- La dificultad de comunicación.

15.6.4 Naturaleza jurídica del *forum non conveniens* y del *forum conveniens*

De acuerdo con lo expuesto, el *forum non conveniens* es una figura *sui generis*, cuya naturaleza jurídica resulta múltiple, naturaleza que dependerá de

quien la invoque. Para el actor, el *forum conveniens* será un derecho que ejerce mediante un acto jurídico unilateral por el cual elige el foro, para él el tribunal al que acude será el adecuado; en consecuencia, será un *forum conveniens* frente al *forum non conveniens* por cuyas desventajas no eligió. Para el demandado, el *forum non conveniens* será una excepción que opondrá al foro elegido por el actor; en consecuencia, para el demandado representará un medio de defensa por cuyo reconocimiento y aceptación también luchará mediante la exposición de sus razones.

Para el tribunal, determinar el *forum non conveniens* o *conveniens* será una facultad discrecional que invocará según lo considere, con el fin de equilibrar la relación jurídica de los contendientes en aras de mantener el principio de igualdad. Adjetivamente, el *forum non conveniens* es un problema de jurisdicción mas no de competencia y ontológicamente el *forum non conveniens* es una reacción al *forum shopping*.

15.6.5 Posibilidades de confusión del *forum non conveniens* con la competencia o el fraude a la ley

Dada la complejidad del *forum non conveniens*, es necesario hacer algunas aclaraciones y distinguirlo de otras figuras con las que se podría confundir.

Competencia. En el *forum non conveniens* hay dos foros competentes; por lo tanto, el traslado del conflicto a otro tribunal implica un beneficio para la apropiada solución de un litigio.

Fraude a la ley. No debe confundirse el *forum non conveniens* con el fraude a la ley, porque éste tiene su origen en la evasión a la norma aplicable, hay en el fondo mala fe en busca de un beneficio, en tanto que en el *forum non conveniens* se busca un beneficio lícito, debido a que su origen está en la ley, porque ella determina la doble competencia.

15.6.6 El *forum non conveniens* y las excepciones de *litis pendencia*, *conexidad de causa*, *inhibitoria* y *declinatoria*

La existencia de dos tribunales competentes en un mismo litigio es la razón por la cual se invoca el *forum non conveniens* como una excepción; por ello, se le ha relacionado con las excepciones de:

- *Litis pendencia*.
- *Conexidad de causa*.
- *Inhibitoria*.
- *Declinatoria*.

A efecto de resolver este punto, es necesario determinar en qué consiste cada excepción.

Litis pendencia. Significa litigio pendiente de resolución en un tribunal y la existencia de otro juicio interpuesto ante un foro diverso. La procedencia de esta excepción exige la identidad absoluta en ambos juicios, por lo que las partes, así como las acciones interpuestas y los objetos reclamados deberán ser los mismos.

En la excepción de *litis pendencia* hay dos jueces competentes y el actor, quien elige al primer tribunal. Cabe pensar que el mismo actor también promueve ante el segundo tribunal, pues resultaría absurdo que el demandado acudiera al segundo tribunal. En dicha excepción el segundo tribunal deja de conocer por qué el juicio se inició en otro tribunal. Aquí la *litis pendencia* tiene como función hacer efectivo el principio de economía procesal y evitar que las resoluciones, al provenir de diferente juzgador, resulten contradictorias.

Conexidad de causa. Es otra excepción relacionada con el *forum non conveniens*, debido a que existe un vínculo entre los elementos del juicio.

Es necesario aclarar que la excepción de conexidad de causa, de acuerdo con el derecho mexicano, no procede cuando el juicio se lleva en el extranjero; así lo establece el art 40 fracc III del *Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal* en los siguientes términos:

No procede la excepción de conexidad de causa:

III. Cuando se trate de un proceso que se ventile en el extranjero.

En consecuencia, la conexidad de causa no tiene relación con el *forum non conveniens*.

Otra excepción vinculada con el *forum non conveniens* es la de incompetencia del juez; en tal sentido, cuando un juez es incompetente existen dos vías de excepción:

- Inhibitoria.
- Declinatoria.

La diferencia entre estas dos vías es muy sencilla: depende de ante quién se promueve la incompetencia.

Inhibitoria. Esta excepción se promueve ante el juez competente a fin de que él se dirija al juez incompetente y le solicite declararse incompe-

tente; en otras palabras, le solicita abstenerse de conocer un asunto para el cual carece de capacidad o competencia.

Declinatoria. Se promueve ante el juez incompetente, a quien se le solicita abstenerse de conocer y que remita el asunto al juez competente. Como la declinatoria y la inhibitoria se presentan ante una situación de incompetencia del juez, estas figuras carecen de relación con el *forum non conveniens*, cuya característica fundamental es que los dos tribunales son competentes, pero uno de ellos resulta más apropiado para resolver el conflicto.

15.6.7 Aplicación del *forum non conveniens*

La teoría del *forum non conveniens* se originó en Escocia en el siglo XIX y surgió la duda de si sería aplicable en los dos sistemas jurídicos dominantes; el *common law* y el sistema romanista. La realidad demostró que era posible pues, a pesar de que la teoría surgió en un país de sistema civilista, paradójicamente se ha desarrollado y aplicado en los países sajones, lo cual no ha ocurrido en los países de sistema romanista.

En América Latina, Panamá considera el *forum non conveniens* en materia marítima, mientras que Venezuela lo regula en su *Ley de Comercio Marítimo* y concretamente en el abordaje. En México, el *forum non conveniens* es desconocido como tal en el derecho adjetivo; sin embargo, es conveniente destacar que existe y se reconoce la posibilidad de haber dos jueces competentes, situación que el *Código Federal de Procedimientos Civiles* prevé en el art 24, segundo párr, fracc VIII, el cual dispone:

Cuando haya varios tribunales competentes conforme a las disposiciones anteriores, en caso de conflicto de competencias se decidirá a favor del que haya prevenido en el conocimiento.

El art 29 del mismo ordenamiento establece:

Cuando en el lugar en que haya de seguirse el juicio, hubiere dos o más tribunales federales, será competente el que elija el actor.

Nótese que ambos dispositivos prevén la doble competencia del tribunal; sin embargo, evitan el problema de invocar el *forum non conveniens* debido a que se determina que el actor tiene el derecho a elegir el foro.

15.7 Relación entre el *forum shopping* y el *forum non conveniens*

El *forum shopping* es la situación que se presenta cuando el actor elige unilateral e indiscriminadamente el tribunal que considere favorecerá su pretensión sustancial. Esta elección va totalmente en contra del principio de igualdad de las partes; por ello, con el fin de evitar el desequilibrio, se estableció la regla genérica de que será juez competente el del domicilio del demandado.

Recuérdese que el *forum shopping* es una teoría atribuida a los jueces ingleses, particularmente a lord **Dunning**, quien sostuvo: "Cualquier persona que acuda a la Corte Inglesa, no lo hará en vano. Este derecho no es exclusivo de los ingleses, se extiende a cualquier amigo extranjero. Él puede pedir la ayuda de nuestras Cortes si así lo desea."

Tal teoría implicaba, sin duda, elegir un tribunal carente de un vínculo que motivara jurídicamente la competencia, es decir, no había un punto de contacto, lo cual representaba no sólo una molestia para el demandado, sino también una gran injusticia. Por ello, lord **Dunning** concluyó que deberían establecerse ciertas distinciones, pues se podía acudir al tribunal inglés por ser el foro natural para el actor o al tribunal inglés simplemente porque éste servía a los fines del actor sin existir ningún vínculo real que justificara presentar la demanda ante dicho tribunal.

Finalmente, lord **Dunning** modificó su criterio y terminó por llegar a dos conclusiones.

- El actor debía invocar las razones que justificaran la elección del foro.
- Si ambas partes estaban de acuerdo con la elección del foro, no habría objeción ya que se respetaría el principio de igualdad.

Por lo anterior, como una reacción o forma de contrarrestar la unilateralidad del *forum shopping*, surgió la figura del *forum non conveniens*, institución que restituye el principio de igualdad entre las partes al dar al demandado la posibilidad de invocar otro foro y esgrimir sus razones respecto a un foro más conveniente.

15.8 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Convenio sobre los Acuerdos de Elección de Foro

En busca de solucionar los problemas derivados del *forum non conveniens*, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se abocó a estudiar estas figuras y al efecto celebró el 25 de noviembre de 1965 el Convenio sobre los Acuerdos de Elección de Foro. Lamentablemente, hasta la fecha sólo Israel lo ha firmado, por lo cual no ha entrado en vigor ya que se requiere la firma de tres Estados. Posteriormente el 30 de junio de 2005, después de múltiples reuniones, la Conferencia de La Haya celebró un nuevo convenio sobre los Acuerdos de Elección de Foro, que tampoco ha entrado en vigor aun cuando sólo requiere dos firmas. Hasta el momento de escribir esto, sólo México lo ha ratificado.

15.9 Organización de los Estados Americanos

En el 56 periodo de sesiones realizada del 20 al 31 de marzo de 2000, la Organización de los Estados Americanos propuso una Convención Interamericana sobre Efectos y Tratamiento de la Teoría del Tribunal Inconveniente. Esta convención estudió e incluso consideró el convenio de La Haya; sin embargo, tal propuesta dio como resultado un proyecto que hasta el momento no ha prosperado.

UNIDAD 16

Cooperación procesal internacional

La cooperación procesal es un problema del derecho internacional privado, cuyo origen se encuentra en la competencia judicial.

En materia de competencia judicial se presentan varios cuestionamientos, a saber:

- ¿Cuál es la autoridad competente para conocer del proceso?
- ¿Cuál es el procedimiento a seguir?
- ¿Qué ocurre si es necesario realizar actos procesales fuera del territorio o del Estado donde se promovió el litigio?
- ¿Cómo resolver un litigio en el que las partes viven en Estados diferentes?
- ¿Habría forma de impartir justicia ante una relación jurídica de tal naturaleza?
- ¿Es posible un litigio internacional?
- ¿Cuál juez es competente para conocer?
- ¿Podría demandarse ante un juez y éste impartir justicia en otro Estado?
- ¿Habría impunidad por ser imposible cumplimentar una sentencia?

La respuesta es: no habría impunidad porque todas las interrogantes planteadas se responden con la cooperación procesal internacional, pero ¿cómo se llegó a esto?

16.1 Antecedentes de la cooperación procesal internacional

El origen de esta cooperación se remonta a la Edad Media, época en la cual había comunicación entre diversos órganos que podrían considerarse judiciales. Al formarse los Estados nacionales, la práctica de darse ayuda judicial continuó, aun cuando los tribunales estuvieran sometidos a diferentes soberanías. Con el tiempo, la cooperación se manifestó como una cortesía basada en el principio *comitae*, situación que derivó en reciprocidad según la fórmula siguiente: "Obligándome a otro tanto en análogo caso".¹

Si bien la aplicación de la justicia es territorial y ningún tribunal tiene obligación de prestar ayuda a un tribunal extranjero, se concluyó que la molestia de proporcionar ayuda a un tribunal se compensaba con el beneficio de recibir un trato recíproco, de encontrarse en una situación semejante.

El aumento de las relaciones entre nacionales y extranjeros condujo a percibir que la ley del foro y la discrecionalidad de otorgar la reciprocidad eran insuficientes para solucionar los conflictos. Por ello, se llegó a considerar la necesidad de establecer formalmente la obligación de los Estados de cooperar cuando los juicios fueran de naturaleza internacional.

En tales circunstancias se presentaron dos soluciones: el principio *lex fori regit processum* continuaría aplicándose en las relaciones absolutamente nacionales y en las relativas y absolutamente internacionales se estableció la cooperación procesal internacional mediante la celebración de acuerdos, tratados y convenciones entre los Estados.

16.2 Elementos de la cooperación procesal internacional

16.2.1 Sujetos de la cooperación

En la cooperación procesal internacional existen por lo menos dos Estados en el ejercicio de la función jurisdiccional: en uno se tramita el proceso y en el otro se llevan a efecto las actuaciones procedimentales.

¹ Adolfo Mijangos de la Muela, *Derecho internacional privado*, 6a ed, t II, Editorial Atlas, Madrid, 1973, pág 453.

Es conveniente aclarar que esos dos órdenes jurídicos son totalmente soberanos pues no hay supeditación alguna entre ellos, sino una absoluta igualdad en la que cada uno se rige por su derecho interno: tanto el que lleva el juicio como el que coopera con la realización de ciertos actos. El juez que solicita la cooperación es la autoridad requirente y a quien se le solicita es el requerido.

Aun cuando la cooperación entre los Estados se inició como procesal, en realidad también puede haber una cooperación entre autoridades administrativas, sin embargo, es importante distinguir entre una y otra formas, pues la cooperación procesal en estudio siempre la da la autoridad judicial, en tanto que la cooperación por la vía administrativa se lleva a efecto generalmente por medio de la autoridad central, de la representación diplomática o de la consular. En México es generalmente la Secretaría de Relaciones Exteriores la designada como autoridad central, aunque puede ser otra institución del Estado, lo cual dependerá de la naturaleza del asunto.

16.2.2 Objeto de la cooperación

El objeto de la cooperación es muy amplio, por lo que fue necesario clasificarlo en tres momentos:²

- Procedimientos preprocesales.
- Procedimientos intraprocerales.
- Procedimientos posprocesales.

Procedimientos preprocesales. Consisten en la preparación del futuro proceso y son actos que se realizan antes de la presentación de la demanda ante el juez extranjero. Se trata de actos que el juez de competencia directa le solicita al juez extranjero para que en competencia indirecta realice actos previos al juicio, como interrogar a testigos.

México acepta dichos actos preprocesales en la prueba testimonial, siempre y cuando la declaración de los testigos sea voluntaria, lo cual significa que el juez mexicano no podrá girar orden de presentación a los testigos si el juicio aún no se ha iniciado. En Estados Unidos, esos actos preprocesales se denominan *pretrial discovery*.

Procedimientos intraprocerales. Se llevan a efecto cuando la demanda se presentó; por lo tanto, el proceso ya se inició. En esta etapa, el juez puede citar a los testigos, quienes deben acudir. El periodo intraprocerales es muy importante porque en él se sustanciará todo el procedimiento.

Procedimientos posprocesales. Abarcan los actos posteriores al procedimiento y tendrán efecto cuando se dicte la sentencia de fondo y ésta sea cosa juzgada. Por lo tanto, esta última parte se refiere al reconocimiento y ejecución de la sentencia o del laudo en su caso.

16.3 Funciones de los tribunales

En la cooperación procesal es necesario distinguir entre los actos que realiza el juez y los que lleva a cabo el aparato judicial. *Latu sensu*, los tribunales ante un litigio realizan dos clases de actos:

- Estrictamente procesales.
- Procedimentales.

Actos estrictamente procesales. En éstos intervienen las dos partes de la contienda y el juzgador, quien tiene la actividad procesal a su cargo mediante el ejercicio de la función jurisdiccional. El juez, al recibir la exitativa de una de las partes, mediante la demanda y la contestación de la contraparte, ejerce la jurisdicción y realiza los actos procesales correspondientes. Estos actos coinciden con los procedimientos intraprocerales pues se refieren a la actividad de las partes y del juzgador dentro del procedimiento.

Actos procedimentales. Éstos se llevan a cabo por los miembros del aparato judicial: los oficiales, los escribientes y los actuarios. A ellos corresponde llevar a efecto la etapa preprocesal, como emplazar, notificar o citar testigos, también realizan la etapa posprocesal, como ejecutar una resolución o una sentencia. En este orden de ideas, es importante distinguir entre la cooperación jurisdiccional y el auxilio procedimental. En la cooperación hay una relación procesal en la cual el juez invoca la ayuda de otro juez para que actúe en su lugar, pues el solicitante está impedido para realizar actos fuera de su competencia territorial, en tanto que los actos procedimentales están a cargo de funcionarios judiciales distintos del juez.

² Cfr. Leonel Pereznieta Castro, y Jorge Alberto Silva Silva, *Derecho internacional privado, parte especial*, 1a ed, Oxford University Press, México, 2000, págs 337 y siguientes.

16.4 Clases de cooperación

La cooperación internacional estrictamente procesal se lleva a efecto mediante la carta rogatoria o el exhorto de un juez que solicita a otro ordenar la realización de actos procesales o procedimentales que él no puede ordenar ni llevar a cabo. La cooperación no se limita al auxilio para llevar adelante un juicio, ya que puede requerirse otro tipo de actos que, sin ser exactamente adjetivos, son necesarios. En tal sentido, otras formas de cooperación pueden consistir en:

- Solicitar requisitos.
- Aclarar dudas de derecho sustantivo o adjetivo.
- Información acerca del derecho, la jurisprudencia o los precedentes.
- Consultas a las autoridades diplomáticas o consulares.

Un ejemplo de esta clase de cooperación es la Convención Europea sobre Información Relativa al Derecho Extranjero y su protocolo, celebrada en Londres el 7 de junio de 1968 y publicada por México en el *DOF* el 13 de junio de 2003.

El medio actual de llevar a efecto la cooperación procesal internacional es mediante la celebración de convenciones. Acorde con esto, México ha celebrado convenciones en múltiples materias sustantivas y adjetivas; pero ¿qué es una convención? En este punto es necesario recurrir a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados celebrada el 23 de mayo de 1969 y publicada en el *DOF* el 14 de febrero de 1975 fecha en que entró en vigor en México.

16.5 Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados

De este documento es necesario referirse a los arts 1 y 2, que determinan el alcance de la Convención y los términos empleados. En tal sentido, los arts 1 y 2 inc a) disponen:

Artículo 1. *La presente Convención se aplica a los tratados entre Estados.*

Artículo 2. *Para los efectos de la presente Convención:*

- a) *Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instru-*

mento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.

Estas dos normas determinan que las convenciones y los acuerdos, al celebrarse por escrito entre dos o más Estados, manifiestan la voluntad de las partes para obligarse a su cumplimiento; en consecuencia, tales documentos tienen la naturaleza jurídica de un tratado, sin importar el nombre que se les dé.

En este orden de ideas, una convención es el resultado de un acuerdo entre Estados mediante el cual se comprometen a cooperar en las fases de un procedimiento y a reconocer y ejecutar las resoluciones o sentencias provenientes de otro Estado parte. De acuerdo con ello, es necesario estudiar el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y sentencias por ser el grado máximo de cooperación procesal internacional.

16.6 Resoluciones judiciales

El concepto *resolución* es el género, el cual incluye diversas especies; en tal sentido, es importante determinar qué debe entenderse por resolución judicial y cuáles son las especies que abarca. Por resolución debe entenderse toda declaración emitida por un juez dentro de un proceso y regulada por la ley adjetiva.

Características de las resoluciones. Las resoluciones tienen las características siguientes:

- Son actos jurisdiccionales.
- Con ellas el órgano judicial declara su voluntad y ordena o prohíbe realizar una conducta.
- Son actos unilaterales, aun cuando los emita un órgano judicial colegiado.
- Mediante ellas se tramita un proceso, se resuelve un litigio y se pone fin o se suspende un juicio.³

Clases de resoluciones. De acuerdo con el fin que tengan las resoluciones se clasifican como sigue:

³ María Elena Mansilla y Mejía, "Eficacia extraterritorial de resoluciones". *Lecciones de derecho internacional privado mexicano, parte general*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2007, pág 352.

- Las de simple trámite, denominadas *decretos*.
- Las que se ejecutan provisionalmente.
- Las que tienen como función detener o paralizar la continuación del procedimiento, llamadas *autos suspensivos*.
- Las que preparan el conocimiento y decisión del litigio, cuya función consiste en admitir o desechar pruebas, denominadas *preparatorias*.
- Las que dirimen un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia, conocidas como *interlocutorias*.
- Las que dan por concluido un juicio, éstas son las sentencias definitivas.

16.7 Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

Reconocimiento significa aceptar o considerar si la sentencia recibida se ejecutará en todos sus términos y efectos, o si se asimilará a una decisión análoga del Estado que la reconoce y le atribuirá sus propios efectos, o si por el contrario, no se ejecutará por no cumplir los requisitos, violar el orden público o ser una institución desconocida. En este punto es necesario aclarar que hay distintos sistemas de reconocimiento de las decisiones judiciales.

16.7.1 Sistemas de reconocimiento

Por sistemas de reconocimiento debe entenderse las distintas formas mediante las cuales se da validez a una sentencia con el fin de ejecutarla posteriormente. Los sistemas de reconocimiento son dos: de exequátur y automático.

Sistema de exequatur. Consiste en que el juez de competencia indirecta, al recibir la solicitud de reconocimiento y ejecución de una sentencia, la revisa con el fin de constatar que satisface los requisitos procesales que dispone su ley interna. Una vez constatado su cumplimiento, el juez ordenará la ejecución (este sistema lo sigue México).

Sistema automático. Consiste en no exigir el cumplimiento de requisitos, por lo cual la sentencia se ejecutará *ipso facto*; en consecuencia, el Estado requerido no realiza el acto procesal de análisis previo de reconocimiento, sino simplemente acepta la resolución y la cumple. Los convenios de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 aplican el sistema automático, (México no es parte de estos convenios).

16.7.2 Requisitos mínimos para el reconocimiento de sentencias extranjeras

Los Estados tienen absoluta libertad para elegir el sistema o modelo que consideren adecuado para su derecho y de establecer en él los requisitos que debe satisfacer el Estado requirente al solicitar la cooperación. Pese a esta natural y soberana libertad de cada Estado, la comunidad internacional ha coincidido en que se deben cumplir ineludiblemente cuatro requisitos fundamentales:

- El tribunal que emitió la sentencia debe tener jurisdicción y competencia.
- El proceso realizado en el extranjero debió ser regular, lo cual significa dar cumplimiento a los requisitos de garantía de audiencia y de legalidad.
- No violar el orden público del Estado requerido.
- No contravenir una decisión del Estado requerido.

16.7.3 Procedimiento para el reconocimiento, ejecución y eficacia de las sentencias extranjeras

En la cooperación procesal internacional, el Estado requirente puede solicitar las más diversas actuaciones para que el proceso se lleve a efecto. Tales actuaciones pueden ser desde el emplazamiento, la contestación de la demanda, la reconvencción y respuesta, el ofrecimiento y desahogo de pruebas, la presentación de alegatos y finalmente el reconocimiento y ejecución de la sentencia.

En la ejecución de la sentencia, el juez requerido nunca juzgará el fondo del asunto, pero tiene la obligación de comprobar que se satisfacen los requisitos de su ley interna o, en su caso, que se cumplen los cuatro requisitos mencionados y acordados por la comunidad internacional como indispensables, sin perjuicio de que en el supuesto de existir una convención, ésta contenga otros requisitos que deba satisfacer el Estado requirente.

16.7.4 Reconocimiento de las sentencias

En el análisis de la sentencia extranjera, el juez requerido debe comprobar el cumplimiento de los requisitos exigidos por su ley nacional, pues el reconocimiento y su efecto dependerán de su cumplimiento y de la naturaleza de la sentencia, la que puede ser declarativa, constitutiva o ejecutiva. La declarativa y la constitutiva no requerirán mayor trámite, en tanto que la eje-

citiva necesariamente deberá seguir un procedimiento, el cual consiste en un incidente de homologación.

16.7.5 Incidente de homologación

El incidente de homologación se lleva a efecto cuando el juez requirente solicita al requerido la realización de actos coactivos sobre bienes, personas o derechos. Con dicho incidente el juez ejecutor hará suya la sentencia y dispondrá de la coacción del Estado para ejecutarla como si él la hubiera dictado.

¿Cuándo hay un acto coactivo sobre bienes, personas o derechos? Esto ocurre cuando el juez requirente solicita el aseguramiento de bienes mediante embargo para un posterior remate que se ordenará en la sentencia definitiva; lo mismo sucede con los derechos cuyo embargo también se puede solicitar o si hay la petición de arraigo de personas para evitar que se sustraigan a la aplicación de la justicia.

Ante cualquiera de las situaciones anteriores, el juez requerido, cuya competencia es indirecta, deberá abrir el incidente de homologación; a partir de ese momento hasta que dicte la resolución, dejará de tener competencia indirecta y la tendrá directa, debido a que todo el incidente se llevará a efecto bajo su jurisdicción y competencia.

El incidente de homologación se inicia al citar a las partes para ser oídas y dar por este medio cumplimiento a la garantía de audiencia; también se dará intervención al Ministerio Público como representante de la sociedad y se abrirá un período probatorio, en el cual ambas partes podrán aportar todas las pruebas relativas al incidente.

Dictada la resolución, el juez requerido hará suya la sentencia emitida por el juez extranjero, momento a partir del cual dejará de tener la competencia directa que asumió en el incidente y ejecutará la sentencia en cumplimiento de la competencia indirecta, adquirida al haber aceptado la cooperación procesal internacional.

16.7.6 Efectos del reconocimiento

Se entiende por efectos del reconocimiento las consecuencias derivadas de la aceptación de la sentencia extranjera, porque satisfacen plenamente los requisitos del Estado requerido. Sin embargo, no deben confundirse los sistemas con los efectos del reconocimiento: los sistemas son las formas o

pasos seguidos para reconocer una sentencia, mientras que los efectos son los resultados o consecuencias del reconocimiento. Los efectos del reconocimiento son dos:

- De equiparación.
- De extensión.

Efectos de equiparación. Como lo expresa el enunciado, esta clase de efectos consiste en que la sentencia extranjera tendrá los mismos efectos que una sentencia nacional. Si bien esto es aparentemente útil, cómodo y rápido, tiene también consecuencias que pueden ser distintas en cada Estado. Por ello, si son mayores o menores tales efectos, habrá un desconcierto y podrán surgir nuevos conflictos. Ante dicho problema se propuso la regla complementaria, que dispone: "Una decisión extranjera no puede producir en otro Estado más efectos de los que produciría en su país de origen, ni más efectos de los que en un segundo Estado produciría una decisión equivalente."⁴

Modelo de extensión. Paloma Abarca dice al respecto: "Este modelo consiste en que el país que recibe la petición para ejecutar una sentencia debe hacerlo de tal modo que tenga los mismos efectos que en el país que la emitió."⁵ Esta forma de cumplimentar da a la sentencia una naturaleza internacional por implicar el respeto tanto al derecho extranjero como a la soberanía del Estado y a las partes les da la seguridad jurídica de que la sentencia se cumplirá en todos sus términos conforme a su derecho de origen. Por ende, sus efectos serán los mismos en cualquier Estado que aplique este modelo.

16.8 Cooperación procesal en el derecho mexicano

La cooperación procesal en el derecho mexicano se lleva a efecto en dos niveles: nacional e internacional.

⁴ Mansilla y Mejía, María Elena, "Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras", *Leciones de Derecho internacional privado mexicano, parte general*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2007, págs 331 y siguientes.

⁵ Ana Paloma Abarca Junco, et al, dirigida por Elisa Pérez Vera, *Derecho internacional privado*, 3a ed, vol I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000, pág 416.

16.8.1 Cooperación procesal nacional

16.8.1.1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El art 121 de la CPEUM regula tanto la materia sustantiva como la adjetiva en el área del derecho internacional privado. En el primer párr y en las fraccs I, IV y V regula los efectos de los actos jurídicos, en la fracc II determina el derecho aplicable a los bienes y en la fracc III expone los efectos de las sentencias. Acorde con lo anterior, el art 121 dispone:

En cada Estado de la Federación se dará entera fe y crédito a 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:

Nótese que este párrafo, al reconocer la validez de todos los actos y procedimientos realizados en cualquier lugar de la República, es extraterritorialista e incluye situaciones tanto sustantivas como adjetivas.

I. Las leyes de un Estado sólo tendrán efecto en su propio territorio y, por consiguiente, no podrán ser obligatorias fuera de él.

Esta fracción, al limitar la obligatoriedad de la ley, es totalmente territorialista; sin embargo, debe aclararse que la ley es territorial, pero los efectos son extraterritoriales, como lo señala el primer párrafo; por tanto, debe distinguirse entre la realización del acto conforme a las leyes cuyo cumplimiento sólo es obligatorio en un territorio y los efectos de los actos llevados a cabo en cumplimiento de esas leyes, que tienen validez en toda la República.

II. Los bienes muebles e inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación.

La fracc II incluye tanto muebles como inmuebles ya que ambos se rigen por la ley de su ubicación; sin embargo, la ubicación de los inmuebles es única, por lo cual se le aplicará el principio *lex rei sitae*. Es conveniente aclarar que si bien a los muebles se les puede aplicar el principio *lex rei sitae*, que se refiere a la ubicación del bien, el principio aplicable es el de *mobilia sequuntur personaem*.

En los inmuebles es evidente el territorialismo de la ley, lo cual es absolutamente correcto, ya que no podría ser de otra forma. Respecto a los mue-

bles, también la ley es territorialista; sin embargo, como el bien se traslada o es trasladado, el derecho que se le aplique dependerá del lugar donde se encuentre, lo que hace surgir el conflicto móvil. Veamos:

III. Las sentencias pronunciadas por los tribunales de un Estado sobre derechos reales o bienes inmuebles ubicados en otro Estado, sólo tendrán fuerza ejecutoria en éste, cuando así lo dispongan sus propias leyes.

La fracc III es territorialista, pero admite la posibilidad de reconocer y ejecutar una sentencia sobre inmuebles y derechos reales cuando la ley donde haya de realizarse la ejecución lo permita, pese a la territorialidad a que alude dicha fracc:

Las sentencias sobre derechos personales sólo serán ejecutadas en otro Estado cuando la persona condenada se haya sometido expresamente o por razón de domicilio a la justicia que la pronunció, y siempre que haya sido citada personalmente para ocurrir al juicio.

El segundo párr de la fracc III establece que el reconocimiento y la ejecución de las sentencias en materia de derechos personales están condicionados a que el condenado:

- Se haya sometido expresamente a esa competencia judicial o ésta se determine por razón del domicilio.
- Se le haya citado personalmente a juicio.

Es importante destacar dos puntos de este segundo párr de la fracc III: en el Constituyente se refiere al condenado, lo cual conduce a presumir que éste pudo ser el actor o el demandado pese al uso de tal concepto; en líneas posteriores se refiere a la aceptación expresa de la competencia o a que el juez fuese competente por el domicilio y a que se le haya citado personalmente. En los tres supuestos, el legislador se refiere sólo al demandado, pues tales reglas sólo se pueden aplicar al sujeto pasivo de la relación jurídica.

La fracc III es de naturaleza adjetiva, a saber:

- IV. Los actos del estado civil ajustados a las leyes de un Estado, tendrán validez en los otros.*
- V. Los títulos profesionales expedidos por las autoridades de un Estado con sujeción a sus leyes, serán respetados en los otros.*

Las fracs IV y V reafirman el principio del primer párr del art 121 al referirse al reconocimiento y validez en todo el territorio de los actos del Estado civil y de los títulos profesionales.

16.8.1.2 Código Federal de Procedimientos Civiles

Es necesario aclarar que en materia de aplicación del derecho extranjero, el art 14 de los códigos civiles federal y del Distrito Federal disponen en el último párr:

Lo dispuesto en el presente artículo se observará cuando resultare aplicable el derecho de otra entidad de la Federación.

De acuerdo con tal norma, se considera que lo mismo debería ocurrir en materia procesal. En este orden de ideas, el art 543 del CFPC quiso análogicamente decir lo mismo que el código civil; sin embargo, no lo hizo y tal norma quedó muy confusa. Al efecto se transcribe:

Artículo 543. *En los asuntos del orden federal, la cooperación judicial internacional se regirá por las disposiciones de este libro y demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.*

Según lo expuesto, las normas de cooperación procesal internacional deberían también aplicarse a los conflictos que se presentaran entre las entidades federativas. El código regula la cooperación procesal internacional en el Libro Cuarto, que abarca los arts del 543 al 577, divididos en los capítulos siguientes:

- Disposiciones Generales.
- De los Exhortos y Cartas Rogatorias Internacionales.
- Competencia en Materia de Ejecución de Actos Procesales.
- De la Recepción de Pruebas.
- Competencia en Materia de Ejecución de Sentencias.
- Ejecución de Sentencias.

La cooperación procesal internacional del código federal es muy completa ya que regula desde el emplazamiento hasta la ejecución de las sentencias extranjeras declarativas, constitutivas y ejecutivas; en este último caso, si la ejecución es coactiva sobre bienes personas o derechos, se deberá abrir el incidente de homologación, cuyo trámite permite al juez extranjero adquirir competencia directa, pues él se hará cargo de todo el

incidente, competencia que será de nuevo indirecta cuando se llegue a la ejecución, que podrá ser total o parcial.

Para la ejecución de las sentencias, el código federal exige que la sentencia:

- Haya causado estado.
- Esté autenticada y traducida.
- El demandado haya sido emplazado y tenido la posibilidad de ser oído y vencido en juicio.
- La sentencia no vaya en contra del orden público.
- El juez requerido sólo podrá examinar la forma y nunca podrá abocarse al fondo del litigio.

La ejecución de la sentencia extranjera estará sujeta además a que:

- No se viole el orden público.
- Haya reciprocidad del Estado requirente.
- No se trate de la competencia exclusiva del Estado.

16.8.1.3 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

Este código dedica el capítulo VI a la cooperación procesal internacional; en él, los arts 604 a 607 regulan los requisitos que debe satisfacer el Estado requirente y los que obviamente debe revisar el Estado requerido. Los requisitos son los siguientes:

- La sentencia debe estar traducida y autenticada.
- Se deben cumplir las garantías de audiencia y de legalidad, por lo cual ha de comprobarse en la sentencia que se emplazó al demandado y que éste tuvo la posibilidad de ser oído y vencido en el juicio.
- Las sentencias deben causar estado.
- En el supuesto de ser sentencias que requieran ejecución coactiva sobre bienes, personas o derechos, será necesario abrir el incidente de homologación, mediante el cual el juez hará suya la resolución.

Estos requisitos debe cumplirlos el Estado requirente y comprobarlos el Estado requerido, sin que ello implique revisar el fondo del asunto.

16.8.2 Cooperación procesal internacional

Esta cooperación la realiza México mediante reciprocidad o con la celebración de convenciones.

Reciprocidad. El *CFPC* y el *CCDF* disponen respectivamente en los últimos párrafos de los arts 571 y 606:

No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones el juez podrá negar la ejecución si se probare que en el país de origen no se ejecutan sentencias, resoluciones jurisdiccionales o laudos extranjeros en casos análogos.

Celebración de convenciones. Las convenciones son el resultado de un acuerdo entre Estados, que puede ser bilateral o multilateral; mediante él, los países se comprometen a reconocer y ejecutar las sentencias provenientes de otro Estado parte.

La celebración de convenciones es el medio óptimo de cooperación, ya que con ellas los Estados asumen el compromiso formal de cooperar en el ámbito internacional en todos los aspectos jurídicos necesarios y, finalmente, reconocer y ejecutar una resolución. Por ello, de violarse tal compromiso, el Estado incumplido generaría una responsabilidad internacional.

En el cumplimiento de las convenciones surgen dos problemas: el práctico de incorporarlas al derecho interno y el lingüístico de la redacción, que debe resolverse en el derecho interno. En tal sentido, México sigue los dos sistemas de incorporación siguientes:

- Mediante la creación de una ley que refleje el contenido del convenio.
- Mediante la incorporación de las normas de la convención, en un capítulo que forma parte de un cuerpo normativo existente.

Este último medio se aplicó en México en 1988 con las reformas y adiciones a los códigos federal y de procedimientos civiles para el Distrito Federal, en los que se incluyeron las convenciones interamericanas. De esta forma, las convenciones de las que México es parte, aun cuando son derecho interno, están además incorporadas como derecho totalmente interno por haberse incluido en los códigos mexicanos.

16.8.2.1 México en el derecho convencional

México, como miembro de la comunidad internacional, es Estado parte de la Organización de los Estados Americanos, de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y de la Organización de las Naciones Uni-

das; organismos con los cuales ha firmado convenciones sobre cooperación procesal internacional.

16.8.2.2 Organización de los Estados Americanos⁶

La Organización de los Estados Americanos surgió en 1948, cuyo objetivo es lograr orden, paz y justicia como órgano regional integrante de las Naciones Unidas. Entre sus órganos están las conferencias especializadas, como las Conferencias Interamericanas de Derecho Internacional Privado, cuyo trabajo fundamental ha sido desarrollar el derecho internacional privado. En cumplimiento de este objetivo, las conferencias se han abocado a solucionar los problemas que atañen particularmente a la región americana en materia de alimentos, adopción, contratos internacionales y garantías mobiliarias. En materia adjetiva, las conferencias han dado un marcado desarrollo a la cooperación procesal internacional; en tal sentido, en esta área se han celebrado convenciones en materia de exhortos, pruebas, medidas cautelares y ejecución de sentencias.

16.8.2.3 Convenciones interamericanas en materia de cooperación procesal

México, como miembro de la Organización de los Estados Americanos, es parte de las siguientes convenciones en materia de cooperación procesal internacional, a saber:

- Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para utilizar en el Extranjero (*DOF* del 19 de agosto de 1987).
- Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (*DOF* del 9 de febrero de 1978 y del 2 de mayo de 1978).
- Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (*DOF* del 20 de febrero de 1978 y 25 de abril de 1978).
- Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias (*DOF* del 3 de diciembre de 1982 y 28 de abril de 1983).
- Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del derecho extranjero (*DOF* del 13 de enero de 1983 y 29 de abril de 1983).
- Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (*DOF* del 4 de febrero de 1987 y 20 de agosto de 1987).

⁶ Cfr Uldarico Figueroa Pla, *Manual de organismos internacionales*, sne, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1989, pág 278.

- Convención Interamericana sobre Competencia en la Esfera Internacional para la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias Extranjeras (DOF del 6 de febrero de 1987 y 28 de agosto de 1987).
- Protocolo adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero (DOF del 4 de febrero de 1987 y 7 de septiembre de 1987).
- Convención Interamericana sobre Cumplimiento de Medidas Cautelares, pendiente de ratificar.

16.8.2.4 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado

Hasta septiembre de 2013, México, como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, es Estado parte de seis convenciones, de las cuales las cuatro siguientes son aplicables a la materia procesal:

- Convenio del 5 de octubre de 1961, que suprime la exigencia de legalizar los documentos públicos extranjeros (DOF del 17 de enero de 1994 y del 14 de agosto de 1995).
- Convenio de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial (DOF del 16 de febrero de 2001).
- Convenio del 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial (DOF del 12 de febrero de 1990).
- Convenio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro. Esta convención sólo la ha ratificado México, por lo cual no ha entrado en vigor pues se requieren dos ratificaciones.

16.8.2.5 Organización de Naciones Unidas

México también es parte de las convenciones siguientes:

- Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de Poderes de Washington.
- Convención de Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

En resumen, la cooperación procesal internacional en México se lleva a cabo con fundamento en su legislación interna, la cual es resultado de la incorporación de las convenciones, celebradas por los distintos organismos internacionales.

Bibliografía

- ABARCA JUNCO, Ana Paloma *et al*, dirigida por Elisa Pérez Vera, *Derecho internacional privado*, 3a ed, vol I, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2000.
- , *et al*, *Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras*, Pérez Vera Elisa (coord.), 2a ed, Universidad a Distancia, Madrid, 2000.
- Academia Mexicana de derecho Internacional Privado y Comparado, A.C., *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núms 1 a 30.
- ADAME GODDARD, Jorge, *Contratos internacionales en América del Norte*, McGraw Hill Interamericana, Serie Jurídica, México, 2001.
- , *El contrato de compraventa internacional*, McGraw Hill Interamericana, Serie Jurídica, México, 2001.
- AMBOS, Kai, *Nuevo derecho penal internacional*, Inacipe, México, 2002.
- ARCE GARGOLLO, Javier, *El contrato de franquicia*, 4a ed, Editorial Themis, México, 1994.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Derecho internacional privado*, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 1999.
- ASSER T.M.C, *Derecho internacional privado*, sne, La España Moderna, Madrid, 1893.
- Banco de México, *Informe anual 1989*, sne, editado por la Dirección de Investigación Económica, México, 1990.
- BEIGNEIR, Bernard, *Régimes matrimoniaux pacs concubinage 2012: Droit international privé, Cours & schemas, Exercices progressifs de liquidation*, Lextenso editions, París, 2012.
- BERGER, Klaus Peter, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*, Wolters Kluwer, EUA, 2009.
- BIOCCA CÁRDENAS, Basz, *Lecciones de derecho internacional privado, parte general*, sne, Universidad Buenos Aires, Buenos Aires, 1990.

- Black's Law Dictionary, 7th ed, West Group, EUA, 1999.
- BODENHEIMER, Edgar, *Teoría del derecho*, 9a reimp, Fondo de Cultura Económica, México, 1986.
- BOGGIANO, Antonio, *Contratos internacionales*, sne, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- , *Derecho internacional privado*, 3a ed, Tomo I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991.
- BOLAÑOS LINARES, Rigel, *Inversión extranjera*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 2002.
- BORRÁS, Alegría y Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS (coordinación y estudio preliminar), *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (1951-2007)*, 2a ed, Marcial Pons, Madrid, 2008.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *El Arbitraje Comercial*, 1a ed, Limusa Noriega Editores, México, 1979.
- CABANELLAS DE TORRES, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, Heliasta, Buenos Aires, 1998.
- CABRERA ACEVEDO, Lucio, *El derecho de protección ambiental*, 1a ed, México, UNAM, 1981.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, *Derecho europeo de competencia*, Colex, Madrid, 2002.
- , *Las obligaciones extracontractuales en derecho internacional privado, el Reglamento Roma II*, Editorial Comares, España, 2008.
- Cámara de Diputados, *Exposición de motivos de la Ley de Inversión Extranjera*, 25 de noviembre de 1993.
- CAMPOS LOZADA, Mónica, *Práctica forense de derecho procesal familiar*, 1a ed, Iure Editores, México, 2012.
- CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando Antonio, *Inversión extranjera, extranjeros y sociedades*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 2005.
- CARO GÁNDARA, Rocío, *La competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, sne, Civitas Ediciones, Madrid, 1999.
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio, *Derecho internacional privado*, 3a ed, Editorial Tecnos, Argentina, 1983.
- CHABAT, Jorge et al, *Crimen transnacional y seguridad pública: desafíos para México y Estados Unidos*, sne, Plaza y Janés Editores, México, 2003.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Procedimientos para la extradición*, sne, Editorial Porrúa, México, 1993.
- CONTRERAS VACA, Francisco, *Derecho internacional privado, parte especial*, sne, Oxford University Press, México, 1998.
- , *Derecho internacional privado, parte especial*, Oxford University Press, México, 2012.
- , *Derecho internacional privado, parte general*, 3a ed, Oxford University Press, México, 2001.
- , *Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales*, Oxford University Press, México, 1998.
- CORONA ARIAS, Lucía, "Las reformas al régimen jurídico de la inversión extranjera en 2011", *Cultura Jurídica: Revista de los Seminarios de la Facultad de Derecho*, año II, núms 5 y 6, México, enero-diciembre de 2012.
- y Carlos ALTAMIRANO CANO, *Tres problemas del Registro Nacional e Inversiones Extranjeras*, *Ars Iuris*, revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia, México, julio 2009.

- CORONADO CONTRERAS, Laura, *Manual de derecho internacional privado: Casos prácticos*, sne, Editorial Porrúa, México, 2011.
- CRUZ MIRAMONTES, Rodolfo, *El TLC: controversias, soluciones y otros temas conexos*, McGraw Hill Interamericana, Serie Jurídica, México, 2001.
- CUEVAS CANCINO, Francisco, *Manual de derecho privado mexicano*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 1998.
- DÁVILA GÓMEZ, David F., "Ventajas competitivas del derecho positivo mexicano sobre el derecho norteamericano", *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, vol 3, núm 5, México, 2000.
- DE LA FUENTE RODRÍGUEZ, Jesús, *Tratado de derecho bancario y bursátil*, 4a ed, Tomo II, Editorial Porrúa, México, 2002.
- DE MIGUEL ASCENCIO, Pedro A., *Contratos internacionales sobre propiedad industrial*, 2a ed, Editorial Civitas, Madrid, 2000.
- DÍAZ BRAVO, Arturo, *Derecho mercantil*, 1a ed, Iure Editores, México, 2002.
- DÍAZ GONZÁLEZ, Juan, *La patria potestad de los niños de la calle*, órgano de difusión de la Asamblea Legislativa del D.F., época 3, núm 18, México, agosto de 2002.
- DÍAZ, Luis Miguel, *Globalización de las inversiones extranjeras, nuevos aspectos jurídicos*, 1a reimp, Editorial Themis, México, 1991.
- y Guadalupe MORONES LARA, *Inversión extranjera: derecho mexicano y derecho internacional*, 1a ed, editorial Themis, México, 2001.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, *El Fideicomiso*, 8a ed, Editorial Porrúa, México, 1999.
- DONDÉ MATUTE, Francisco Javier, *Derecho penal internacional*, 1a ed, Oxford University Press, México, 2008.
- DUBIN BARRY, *Equipment leasing*, 19 ed, Editorial Lexis-Nexis, USA, 2014.
- ESCOBAR URTIAGA, Reynaldo, *El arbitraje en materia de propiedad industrial, propiedad intelectual y la investigación farmacéutica*, 1a ed, Editorial Porrúa, Facultad de Derecho, México, 2012.
- FACH GÓMEZ, Katla, *La contaminación transfronteriza en derecho internacional privado: estudio de derecho aplicable*, Bosch, Madrid, 2002.
- FAWCETT, James et al, *Private International Law*, Oxford University Press, EUA, 2008.
- FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara, *Derecho internacional privado, parte especial*, Universidad de Buenos Aires, 2000.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, *Derecho internacional privado interamericano, evolución y perspectivas*, sne, Miguel Ángel Porrúa, México, 2003.
- , *Tendencias y desarrollo del derecho internacional privado*, sne, Editorial Porrúa, México, 2010.
- FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, "El derecho de comercio internacional en el contorno de la globalización", *Revista del Colegio de Notarios del Estado de México*, Colegio de Notarios, Estado de México, 2000.
- et al, *Derecho internacional privado*, 2a ed, Civitas Ediciones, S.L., Madrid, 2001.
- , *Derecho internacional privado*, sne, Editorial Aranzadi, Navarra, 2012.
- FIGUEROA PLA, Uldarico, *Manual de organismos internacionales*, sne, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 1989.
- FISHER GARCÍA, Carlos, *Economía*, sne, McGraw Hill Interamericana, México, 1999.

- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Derecho mercantil*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 2004.
- GARCÍA CASTILLO, Tonatiuh, *Derecho penal internacional*, *Revista Mexicana de Justicia*, época 6, núm 4, PGR, México, 2002.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 26a ed, Editorial Porrúa, México, 1971.
- , *Introducción al estudio del derecho*, 27a ed, Editorial Porrúa, México, 1977.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Penal Internacional*, Inacipe, México, 2002.
- GARZA MERCADO, Ario, *Manual de técnicas de investigación*, 2a reimp, El Colegio de México, México, 1971.
- GOLDENBERG, Alicia E. y Manuel GÓMEZ DE LA LASTRA, *Fondos de inversión directa y fideicomiso, una vía productiva para el crecimiento*, sne, Argentina, La Ley, Buenos Aires, 2003.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado*, 6a ed, Depalma, Buenos Aires, 1988.
- , *Summa de derecho internacional privado*, sne, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1958.
- GÓMEZ PALACIO e Ignacio GUTIÉRREZ ZAMORA, *Inversión extranjera directa*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 1985.
- GÓMEZ ROBLEDO VERDUZCO, Alonso, *Extradición en derecho internacional. Aspectos y tendencias relevantes*, 2a ed, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2000.
- , *Los tratados de extradición y su supuesta ineficacia. Temas selectos de derecho internacional*, 4a ed, UNAM, México, 2003.
- GONZÁLEZ CAMPOS, Julio D. y Alegría BORRÁS, *Recopilación de Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado 1951-2007*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2008.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "La regulación de las acciones preferentes" en *Jurídica*, anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Interamericana, núm 34, México, 2004.
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor, *Teoría política*, 3a ed, Editorial Porrúa, México, 1980.
- GORJÓN GÓMEZ, Francisco, *Arbitraje comercial y ejecución de laudos*, McGraw Hill Interamericana, México, 2001.
- HAINAUT, Julie et al, *Le cas pratique en droit international prive contrats internationaux*, 10a ed, Ellipses, Francia, 2009.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *Metodología del derecho*, sne, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1971.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Lecciones de derecho internacional privado*, sne, Editorial Porrúa UNAM, México, 2009.
- Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, *Principios de Unidroit*, Roma, 2004.
- JELLINEK, Georg, *Teoría general del Estado*, 2a ed, Albatros, Buenos Aires, Argentina, 1981.
- JITTA, J., *Método de derecho internacional privado*, sne, La España Moderna, Madrid, 1905.
- JUSTINIANO, *Instituciones*, edición bilingüe, Editorial Heliasta, Buenos Aires, Argentina, 1976.
- KARPETS, Igor, *Delitos de carácter internacional*, t, Editorial Progreso, Moscú, 1979.
- KOZOLCHYK, Borio, *El derecho comercial ante el libre comercio y el desarrollo económico*, McGraw Hill Interamericana, México, 2001.
- KRUGER, Thalia, *International Child Abduction: The Inadequacies of the Law (Studies in Private International Law)*, EUA, Hart Publishing, 2011.

- MAESTRE CASAS, Pilar, *Aplicación práctica del derecho internacional privado, casos y soluciones*, Ratio Legis, sne, Salamanca, España, 2011.
- MANSILLA Y MEJÍA, María Elena et al, "Eficacia extraterritorial de resoluciones", *Lecciones de derecho internacional privado mexicano, parte general*, Editorial Porrúa-UNAM, México, 2007.
- , *El comercio exterior y los principios generales del derecho*, Temas selectos de comercio internacional, 1a ed, Editorial Porrúa, Facultad de Derecho, UNAM, México, 2008.
- , *Forum Non Conveniens vs Forum Shopping. Visiones contemporáneas del derecho internacional privado*, 1a ed, Facultad de Derecho-Editorial Porrúa, México, 2008.
- , "Fraude a la ley: *fraus legis facta*", *Cultura Jurídica*, revista de Investigación de los Seminarios de la Facultad de Derecho, núm 1, México, diciembre de 2010-febrero de 2011.
- , *Glosario jurídico internacional privado*, 1a ed, Iure Editores, México, 2008.
- , *Manual práctico del extranjero en México*, Biblioteca de Derecho Mercantil, 4a ed, Oxford University Press, México, 2000.
- , *Orden público, institución desconocida e institución análoga*, Cuadernos de Trabajo, Seminario de Derecho Internacional, Curso de Actualización de Profesores de Derecho Internacional Privado, UNAM, México, 2009.
- , "Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras", *Lecciones de derecho internacional privado mexicano, parte general*, Editorial Porrúa, UNAM, México, 2007.
- MARTÍNEZ VERA, Rogelio, *Legislación de comercio exterior*, 2a ed, McGraw Hill Interamericana, México, 2001.
- MASKUS, Keith, *Private Rights and Public Problems: the Global Economics of Intellectual Property in the 21st Century*, Institute for International Economics, EUA, 2012.
- MEDINA CERVANTES, José Ramón, *El Estado mexicano entre la inversión extranjera directa y los grupos privados de empresarios*, 1a ed, Editorial Premiá La Red de Jonás, México, 1984.
- MÉNDEZ SILVA, Ricardo, *Consideraciones sobre la ratificación por México del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm 107, mayo-agosto, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2003.
- , *El régimen jurídico de las inversiones extranjeras en México*, 1a ed, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1969.
- MIAJA DE LA MUELA, Adolfo, *Derecho internacional privado*, 5a ed, dos tomos Editorial Atlas, 1969 (t I) y 1970 (t II), Madrid, 1970.
- , *Derecho internacional privado*, 6a ed, dos tomos, Editorial Atlas, Madrid, 1972 (t I), 1973 (t II).
- MORALES HERNÁNDEZ, Manuel, *Principios generales del derecho*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 2009.
- MUÑOZ GUARASA, Marta, *La inversión directa extranjera en España: factores determinantes*, 1a ed, Biblioteca Civitas Economía y Empresa, Madrid, 1999.
- NAVA GARCÍA, Francisco, *Bases históricas de la economía mexicana 1810-1982*, sne, Editorial Latinoamericana, México, 1983.
- NIBOYET, J.P., *Principios de derecho internacional privado*, selección de la 2a ed francesa del *Manual de A. Pillet y J.P. Niboyet*, traducida y adicionada con legislación española por Andrés Rodríguez Ramón, Editora Nacional, México, 1957.

- NOOD TOQUELA, María Blanca *et al*, *Relaciones entre tratados de derecho internacional privado en materia de cooperación judicial internacional*, sne, Buenos Aires, 2011.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *Definición de inversión extranjera directa como punto de referencia de la OCDE*, 3a ed, París, 22 de julio de 1994.
- ORNELAS BERNAL, Raúl, *Inversión extranjera directa y reestructuración industrial*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1999.
- ORTIZ WADGÝMART, Arturo, *Manual de comercio exterior de México*, 1a ed, Instituto de Investigaciones Económicas, UNAM, México, 1988.
- PACHECO MARTÍNEZ, Filiberto, *Derecho de la integración económica*, 2a ed, Editorial Porrúa, México, 2002.
- PALLARES, Beatriz, *Derecho internacional privado, régimen legal del matrimonio*, sne, Editorial Rubinzal y Culzoni, Argentina, 1995.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho notarial*, 13a ed, Editorial Porrúa, México, 2003.
- , *Derecho registral*, 8a ed, Editorial Porrúa, México, 2003.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel, *Derecho de la competencia económica*, 1a ed, Oxford University Press, México, 2002.
- *et al*, *Derecho internacional privado, diccionarios jurídicos temáticos*, 1a ed, vol 5, Oxford University Press, México, 2002.
- , *Derecho internacional privado. Parte general y parte especial*, 3a ed, Oxford University Press, México, 2000.
- , *Derecho internacional privado*, 1a ed, Harla, México, 1979.
- , *Derecho internacional privado, parte general*, 7a ed, Oxford University Press, México, 1998.
- y Jorge Alberto SILVA SILVA, *Derecho internacional privado, parte especial*, 1a ed, Oxford University Press, México, 2000.
- PÉREZ VERA, Yaritza, *La jurisdicción en el derecho internacional privado*, 1a ed, Universidad Central, Caracas, 2008.
- PÉREZ VERA, Elisa *et al*, *Derecho internacional privado*, 2a ed, vol I, Colex, España, 1998.
- PIOMBO, Daniel Horacio, *Estructura normativa del derecho internacional privado*, sne, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1984.
- Principios ALI/Unidroit, adoptados y promulgados por The American Law Institute (ALI) y por Unidroit, Washington, D.C., Estados Unidos, mayo de 2004, Roma, 2004.
- QUINTANA ADRIANO, Elvia Arcelia, *El comercio exterior de México*, 2a ed, Editorial Porrúa, UNAM, México, 2007.
- RÁBAGO DORBECKER, Miguel, *Derecho de la inversión extranjera en México*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 2004.
- RAMOS GARZA, Óscar, *México ante la inversión extranjera, legislación, políticas y prácticas*, 3a ed, Docel Editores, México, 1975.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Jurisprudencia procesal civil internacional*, sne, Bosch, México, 2001.
- RENAN, Ernest, *¿Qué es una nación? Cartas a Strauss*, sne, Alianza Editorial, Madrid, 1987.
- REYES, Aníbal, *Derecho de la competencia*, revista de derecho industrial, año 15, enero-abril de 1993, núm 143, Depalma, Buenos Aires, 1993.
- RIGAUX, Francois, *Derecho internacional privado, parte general*, Editorial Civitas, Madrid, 1985.

- RÍOS FERRER, Ricardo, "Breve reseña sobre la Convención que Crea la Agencia Multilateral de Garantía para la Inversión", en *Memoria del XI Seminario de Derecho Internacional Privado*, Querétaro, Qro., 15, 16 y 17 de octubre de 1987, sne, UNAM, México, 1989.
- RIVAS, Alejandro Javier, *Aspectos jurídicos del comercio electrónico*, sne, Navarra, Editorial, Aranzadi España, 1999.
- RIVERA DE LA ROSA, Jesus *et al*, *Globalización y bloque económico, realidades y mitos*, Juan Pablos Editor, México, 1995.
- ROALANDINI, Jesús, *El fideicomiso mexicano, retrospectiva, aspectos jurídicos y su patrimonio*, 1a ed, México, 1998.
- RODRÍGUEZ CARREÓN, Alejandro, *El derecho internacional en el umbral del siglo XXI*, Universidad de Málaga, Madrid, 1999.
- , *Lecciones de derecho internacional público*, 4a ed, Editorial Tecnos, Madrid, 1998.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *Competencia judicial civil internacional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2009.
- *et al*, *Lecciones de derecho internacional privado mexicano*, sne, UNAM-Editorial Porrúa, México, 2007.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Eli, *La contaminación transfronteriza, su regulación en el derecho internacional*, 1a ed, Editorial Limusa, México, 2003.
- ROSAS RODRÍGUEZ, Roberto, *Las marcas en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte*, boletín mexicano de derecho comparado, vol 36, núm de servicio 107, mayo-agosto de 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2003.
- ROSSELL, Mauricio, *La modernización nacional y la inversión extranjera, un enfoque jurídico-económico*, sne, México, 1991.
- SALDAÑA PÉREZ, Juan Manuel, *Comercio Internacional*, 3a ed, Editorial Porrúa, México, 2010.
- SAMIR, Amin, *Los desarrollos de la mundialización*, sne, Siglo XXI Editores, México, 1996.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Narciso, *Las inversiones extranjeras en México*, 1a ed, Editorial Porrúa, México, 2003.
- SÁNCHEZ MOGUEL, Daniel, "El terrorismo, un caso actual", *Revista Mexicana de Justicia*, época 6, núm 4, diciembre de 2002, PGR, México, 2002.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, "El sistema de política criminal transnacional y delincuencia organizada", *Revista Mexicana de Justicia*, época 6, núm 4, diciembre de 2002, PGR, México, 2002.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto, *Derecho internacional público*, 18a ed, Editorial Porrúa, México, 2000.
- Secretaría de Programación y Presupuesto, *Antología de la planeación en México*, sne, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- Secretaría del Trabajo y Previsión Social, *Inversión extranjera y empleo en México*, 1a ed, sne, México, 1994.
- SEPÚLVEDA AMOR, Bernardo *et al*, *La inversión extranjera en México*, 3a ed, Fondo de Cultura Económica, México, 1983.
- SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ, César, *Derecho internacional público*, 8a ed, Editorial Porrúa, México, 1977.
- , *La responsabilidad internacional del Estado y la validez de la Cláusula Calvo*, Tesis recepcional para obtener el grado de licenciado en derecho, UNAM, México, 1944.
- SERICK, Rolf, *Garantías mobiliarias en derecho alemán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

- SERRANO MIGALLÓN, Fernando, *México en el orden internacional de la propiedad intelectual*, tomos I y II, Editorial Porrúa, México, 2000.
- SIEGEL, David D., *Conflicts*, sne, West Publishing Company, Saint Paul, Minnesota, 1992.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Internacional sobre el proceso, procesos civil y comercial*, McGraw-Hill Interamericana, México, 2001.
- (comp), *El caso Cutting ¿Extraterritorialidad de la ley?*, 1a ed, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, México, 2012.
- SVANTESSON, Dan Jerker B., *Private International Law and the Internet*, editada por Wolters Kluwer, USA, 2012.
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *El derecho y la ciencia del derecho*, sne, UNAM, México, 1984.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes fundamentales de México en 1808-1995*, 19a ed, Editorial Porrúa, México, 1995.
- TRIGUEROS SARAVIA, Eduardo, *Estudios de derecho internacional privado*, UNAM, México, 1980.
- , *Estudios del derecho internacional privado*, 1a ed, UNAM, México, 1980.
- TUCÍDIDES, *Historia de la guerra del Peloponeso*, citado por Edgar Bodenheimer.
- VÁZQUEZ PANDO, Fernando et al, *Nuevo derecho internacional privado*, Editorial Themis, México, 2000.
- VIÑAS FARRE, Ramón, *Unificación del derecho internacional privado*, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, sne, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1978.
- VON WEBESER y SIERRA, S.C., *Guía legal para hacer negocios en México*, 1a publicación, editada por Von Webeser y Sierra, México, 2006.
- WALTER FRISCH, Philipp et al, *Derecho internacional privado y derecho procesal internacional*, sne, Editorial Porrúa, México, 1995.
- WITKER, Jorge et al, *Comercio exterior de México. Marco jurídico y operativo*, 1a ed, McGraw Hill Interamericana, México, 1996.
- , *Régimen jurídico de comercio exterior en México*, 1a ed, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2000.
- WOLF, Martín, *Derecho internacional privado*, 2a ed, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1958.
- , *Derecho internacional privado*, sne, Ediciones Coyoacán, México, 2012.
- ZORRILLA, Luis G., *Casos de México en arbitraje internacional*, Editorial Porrúa, México, 2000.

Legislografía

- Acuerdo Paralelo en Materia Ambiental del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- Capítulos XI, XIX y XX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.
- Código Civil Federal.
- Código Civil para el Distrito Federal.
- Código de Comercio.
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado.
- Convención sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícita de bienes culturales.
- Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y la República Oriental del Uruguay para la cooperación en materia de protección, conservación, recuperación y restitución de bienes culturales y los que conforman el patrimonio natural que hayan sido materia de robo o de tráfico ilícito.
- Estatuto del Centro Internacional de Estudios de los Problemas Técnicos de la Conservación y Restauración de los Bienes Culturales.
- Ley de Aviación Civil.
- Ley de Bienes Culturales.
- Ley de Derechos de Autor.
- Ley de Inversión Extranjera.
- Ley de Migración.
- Ley de Nacionalidad.
- Ley de Navegación y Comercio Marítimos.
- Ley de Propiedad Industrial.
- Ley Federal de Competencia Económica.
- Ley General de Sociedades Mercantiles.
- Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito.
- Reglamento de la Ley de Inversión Extranjera.
- Reglamento de la Ley de Migración.
- Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 sobre la Protección de los Bienes Culturales en caso de conflicto armado.

Índice de materias

Abarca Junco, Ana Paloma, 273, 296, 329
acuerdos multilaterales de inversión
extranjera, 164-165
para la promoción y protección
recíproca de las inversiones, 167
adquisición de bienes inmuebles por los
extranjeros, 122
de un derecho y respeto de los derechos
adquiridos, 21
Agencia Multilateral de Garantía para la
Inversión (MIGA), 166-167
Álvarez Machain, Humberto, 106-107
ámbito de acción del derecho internacional
privado, 228-229
análisis, de la *Ley de Migración*, 75
de la norma conflictual, 252
del Acuerdo para la Promoción y
Protección Recíproca de las
Inversiones entre México y
Singapur, 168-175

del Convenio de Estrasburgo sobre
Traslado de Personas Condenadas,
107-114
del reenvío, 266-271
antecedentes, de la competencia judicial,
301-302
de la cooperación procesal internacio-
nal, 321
de la *Ley de Inversión Extranjera*, 132-133
anticonstitucionalidad del art 10 de la *Ley
de Inversión Extranjera*, 123-127
aplicación, de la ley en el tiempo, 10-11
del derecho extranjero en México, 263-
266
del *forum non conveniens*, 317
arbitraje, 303-304
área(s), de producción y clases de inver-
sión, 139-150
estratégicas, 140
privada: inversión extranjera, 142

prioritarias, 141
Arminjon, 214-215
 artículo 10 de la *Ley de Inversión Extranjera*, 122-123
 artículo 10A de la *Ley de Inversión Extranjera*, 128
 artículo 32 constitucional, 42-43
 artículo 37 constitucional, 44-45
 aspectos, favorables de la *Ley de Migración*, 76
 incongruentes de la *Ley de Migración*, 77
 atribución de la nacionalidad mexicana por nacimiento en embarcaciones y aeronaves: ficción jurídica, 38-42
 atributos de las personas jurídicas, 57-58
Audinet, 302
 autocomposición, 303
 autonomía de la voluntad, principios de, 307
 autoridades que participan en la *Ley de Migración*, 77-78
 autotutela, 303

Balduini, Jacobus, 302
Bodenheimer, Edgar, 1, 12
Boggiano, Antonio, 272, 309
Borrás, Alegría, 227, 271
Bouhier, 193
Bullenois, 193

Cabanellas de Torres, Guillermo, 15
 calificación *lex causae*, 256
lex fori, 256
Calvo, Carlos, 121, 166
 capacidad de los extranjeros para adquirir bienes, 119
Carrillo Salcedo, Juan Antonio, 234, 236-237, 243-245
 carta de naturalización, no expedición de la, 51-52
 nulidad de la, 52-53
 caso(s), **Álvarez Machain**, 106-107
 de Avena (Cutting) y Cassez, 113-114
 causas de la deportación, 98-99
 celebración de convenciones, 334

ciencia del derecho, 1-14
 elementos de la, 4
 ciudadanía, ¿qué es?, 33-35
 clases, de cooperación, 324
 de extradición, 104
 de puntos de conexión, 242-243
 de supuestos de la norma conflictual, 257-258
 clasificación, de acuerdo con el carácter de la conexión, 243-245
 de las normas conflictuales, 253-254
 de los puntos de contacto, 237-241
Cláusula Calvo, 120-121
 codificación de los principios de derecho internacional privado (siglo XVIII), 196-197
Código Civil Federal, 39, 253, 264-265
Código Civil para el Distrito Federal, 253
Código de Comercio, 61
Código de Procedimientos Civiles, 317
Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, 333
Código Federal de Procedimientos Civiles, 332-333
Código Penal Federal, 110
Colín Sánchez, Guillermo, 104
 comerciantes e inversionistas, 89
 competencia, directa e indirecta, 308
 judicial, 304-309
 antecedentes de la, 301-302
 conflictos de la, 300-319
 internacional, 22
 o ejercicio de los derechos, 21-22
 y conflicto de leyes, 17-18
 comunidad de intereses, 29
 condición jurídica de los extranjeros y derecho de la nacionalidad, 19-21, 68-93
 condiciones o elementos de existencia del fraude a la ley, 285-286
 conexidad de causa, 316
 conexión fraudulenta o *fraus legis facta*, 282-287
 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 319, 336

Conferencia de La Haya, el orden público en la, 281-282
 conflicto de leyes en el espacio, 11
 y competencia judicial, 17-18
 conflicto(s), adjetivos, forma de solucionar los, 302-304
 de competencia judicial, 300-319
 móvil, 295-299
 naturaleza jurídica del, 299
 por interpretación o aplicación del acuerdo, 171-17
 confusión del *forum non conveniens* con el fraude a la ley, 315
 conservación de la nacionalidad, 50-51
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 38-42, 59, 70-71, 73-74, 100-101, 109, 120, 124, 129-132, 330-332
Contreras Vaca, Francisco José, 227, 240
 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), 324-325
 convención(es), interamericanas en materia de cooperación procesal, 335-336
 sobre personalidad y capacidad de las personas jurídicas, 63-67
 cooperación procesal, en el derecho mexicano, 329-336
 internacional, 320-336
 creación del derecho, 8
 cuestión previa o incidental, 272

D'Aguesseau, 193-194
D'Argentre, Bertrand, 191-192, 194
De Coquille, Guy, 191-192
De la Madrid Hurtado, Miguel, 63-64
De Saxoferrato, Bartolo, 189
De Tocco, Carolus, 301-302
De Ubaldis, Baldus, 189
 decreto de 2014, 35
 deportación, 97-99
 derecho(s), adquiridos e institución desconocida, 288-289
 adquiridos en el orden público, 294
 aplicable, 22-23

aplicable a los extranjeros en relación con los inmuebles, 118-120
 ciencia del, 1-14
 de la nacionalidad, 27-55
 de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros, 19-21
 de la nacionalidad, personas jurídicas en el, 56-67
 internacional privado, 214-230
 internacional privado convencional, 209-210
 internacional público, 11-12
 mercantil, nacionalidad de las personas jurídicas en el, 61
 mexicano, instituciones desconocida y análoga en el, 292-293
 privado, 6-7
 público, 5-6
 social, 7
 y obligaciones de los Estados parte, 117-118
 y obligaciones de los extranjeros, 82
 determinación del orden público, 276-277
Dicey, 177, 198-199
 diferencias, del orden público con las instituciones desconocida y análoga, 293-294
 entre la norma material y la conflictual, 250-251
 y similitudes entre derecho internacional público y privado, 12-14
 dimensiones de la inversión extranjera, 160-175
 disposiciones transitorias de la *Ley de Inversión Extranjera*, 145-146
 doble método de **J. Jitta**, 221-228
 doctrina(s), aplicadas en México, 25-26
 española, 16, 22-23
 francesa, 16, 18-22
 italiana y alemana, 16-18
 sajona, 16, 23-25
Dumoulin, Camilo, 191
Dunning, lord, 309-311, 318
Durante, Guillermo, 189