EX LEGIBUS

La revista EX LEGIBUS es una publicación de carácter científico sobre temas vinculados al derecho judicial y disciplinas conexas, con el objetivo de propiciar el análisis y el debate, así como la reflexión sobre la actualidad de la materia. Sus contenidos están dirigidos a magistrados, jueces, investigadores, docentes, abogados postulantes y estudiantes de ciencias jurídicas en todos sus niveles.

La revista agradece el apoyo brindado por el Lic. Iván Martínez Aguirre y el Br. César Emmanuel García Almeyda en la transcripción de las conferencias que forman parte de los trabajos que integran este número.

EX LEGIBUS. Año 7, Núm. 8, abril 2018, es una publicación semestral editada por el Poder Judicial del Estado de México, calle Nicolás Bravo Norte 201, Col. Centro, C.P. 50000, Toluca, México. Tel. (722) 167-9200 ext. 16822, 16804, 16821. https://www.pjedomex.gob.mx, legibus@pjedomex.gob.mx, Editor responsable: Leonel Pereznieto Castro. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo del Título No. 04-2017-112310580800-102. ISSN: en trámite, ambos ante el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este Número, Leonel Pereznieto Castro, Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México, calle Leona Vicario Norte No. 301 Col, Sta. Clara, C.P. 50060, Toluca de Lerdo, México, fecha de última modificación: cuatro de julio de dos mil veintidós.

Portada: Mural “Los Mártires de Toluca”. Autor: Arq. Ramón Gutiérrez Martínez. Fotografía: Subdirección de Difusión y Extensión de la Dirección de Comunicación, Extensión y Vinculación de la Escuela Judicial del Estado de México.

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

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

**CONSEJO DE LA JUDICATURA**
Mgdo. Dr. Sergio Javier Medina Peñaloza
**Presidente**

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

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

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

Dr. Arturo Argente Villarreal
**Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey**

M. en D. Faustino Carrillo Ahumada
**Juez de Control y Tribunal de Enjuiciamiento Poder Judicial del Estado de México**

Dr. Mario Cruz Martínez
**Universidad Iberoamericana**

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

Dr. Virgilio Ruiz Rodríguez
**Universidad Iberoamericana**

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

Dra. Yaritza Pérez Pacheco
**Secretaria Ejecutiva del Consejo**

# EX LEGIBUS

Nueva Época, N° 8, abril 2018

## ÍNDICE

Editorial. . . . . IX

Acerca de los autores. . . . . XV

Abreviaturas. . . . . XXI

## DOCTRINA

Régimen patrimonial del matrimonio en el derecho interestatal méxicano . . . . . 25
Jorge Alberto Silva

El régimen de los bienes y de las obligaciones en el proyecto de Ley de Derecho internacional privado para México. . . . . 59
Sixto A. Sánchez Lorenzo

Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro en el Comercio entre Europa y México . . . . . 91
Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe

Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del desplazamiento ilegal de menores frente al Convenio de La Haya de 1996 sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación respecto a la responsabilidad parental y las medidas de protección de menores; una articulación . . . . . 127
Blanca Colmenares Sánchez

Restitución internacional de menores: una mirada desde la realidad jurisdiccional . . . . . 167
José Luis Vázquez Ramírez
Laura G. Zaragoza Contreras

Reflexiones sobre el Derecho procesal penal internacional . . . . 199
Arturo Baca Rivera

México frente al Derecho internacional de los derechos humanos: una mirada a través de la magistratura constitucional . . . . . 213
Heriberto Benito López Aguilar

Derecho internacional privado del trabajo. De las normas argentinas actuales al Proyecto de Ley de Derecho internacional privado mexicano . . . . . 229
Ricardo Francisco Seco

## COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Derechos humanos contendios en la Constitución y en los tratados internacionales . . . . . 275
Arturo Baca Rivera

## SEMBLANZAS

Juan Ignacio Ramírez Calzada a 200 años de su nacimiento . . . . 283
María Elena García Díaz

## COMENTARIOS

Retrospectiva de la Red Mexicana de Cooperación Nacional para la Protección de la Niñez . . . . . 291
María Margarita Gallegos López

Cobro internacional de alimentos: mecanismos para el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. . . . . 301
María Elena Mansilla y Mejía

La adopción internacional en el marco de la Reforma Constitucional para la aprobación de un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares . . . . . 311
María Virginia Aguilar

Desplazamiento ilegal y restitución de menores. . . . . 325
Blanca Colmenares Sánchez
María Virginia Aguilar
Víctor Manuel Rojas Amandi

Observaciones generales en materia de adopción de niños, niñas y adolescentes, formuladas a las disposiciones contenidas en el proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que reforman la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, así como la Ley del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción. . . . . 343
Haydée Barrios Quevedo

La tortura y sus implicaciones en la función jurisdiccional . . . . . 361
Maximiliano Vázquez Castañeda

## RESEÑAS

Ramírez, Ignacio; Maciel, David R.; Rosen Jélomer, Boris (Comps. y Eds.): *El Nigromante: Obras Completas*. México: Centro de Investigación Científica "Ing. Jorge L. Tamayo A.C.", T. I (1984), T. II (1984), T. III (1985), T. IV (1987), T. V (1988), T. VI (1988), T. VII (1988), T. VIII (1989), 3267 pp.. . . . . 373
Iván Martínez Aguirre

Arellano, Emilio: *Ignacio Ramírez*: "*El Nigromante*". *Memorias prohibidas*. México: Editorial Planeta-Universidad Autónoma del Estado de México, 2016, 196 pp. . . . . 381
Atanasio Serrano López

Ortíz Ruíz, José Alberto: *Manual Práctico del Juicio de Amparo en Materia Penal para el Sistema Acusatorio*. México: Flores Editor y Distribuidor, 2018, 323 pp. . . . . 385
Arturo Baca Rivera

## DOCUMENTOS

Entrevistas a destacados juristas extranjeros: Dr. José Carlos Fernández Rozas y Dr. Karl August von Sachsen Gessaphe . . . . 389
Iván Martínez Aguirre

## EVENTOS

Programación académica y cultural de la Escuela Judicial del Estado de México . . . . . 405

## EDITORIAL

El proceso de globalización es un fenómeno que ha alcanzado todas las esferas de actuación del ser humano; el Derecho, al ser una de ellas, se ve inmerso en este cambio, afectando el contenido de las normas internas y la forma en que estas regularan las relaciones jurídicas.

Es por ello que la Escuela Judicial del Estado de México, a través de su Centro de Investigaciones Judiciales, presenta el número 8 de la Revista Ex Legibus, en una edición dedicada al estudio del Derecho internacional del proceso, a través de conferencias impartidas en la Escuela Judicial y que los autores han entregado en formato de artículos, comentarios jurisprudenciales, reseñas, documentos, así como un breviario cultural de la historia del Poder Judicial.

En la sección *Doctrina* se presentan ocho artículos que abordan, desde distintas ópticas, la interpretación y aplicación del Derecho internacional. Se inicia el estudio con la participación de Jorge Alberto Silva con el trabajo "Régimen patrimonial del matrimonio en el Derecho interestatal mexicano", en donde delinea la problemática que surge entre los particulares al contraer nupcias con personas de distintas nacionalidades, la forma en que se han abordado estos problemas conforme a la normativa vigente y la manera de dar certeza jurídica a los sujetos de derecho.

En el texto "El régimen de los bienes y de las obligaciones en el Proyecto de Ley de Derecho internacional privado para México", de Sixto Sánchez Lorenzo, se analizan los distintos regímenes de bienes muebles en los cuales se pueden presentar un conflicto normativo entre las leyes de distintos países. Hace

un estudio preciso de los distintos bienes muebles que, por su naturaleza o el uso que se les destine, llegan a crear conflictos en el transito estatal. Uno de los puntos a destacar en este artículo, es la forma en que se analiza la competencia de los tribunales en cuanto a la resolución de conflictos derivados por la tenencia, uso o transporte de bienes a través de distintos países, estableciendo distintos supuestos en los cuales las normas pueden ser interpretadas de distintas formas, así como señalando los casos en que la norma mexicana se pronuncia en un sentido restrictivo a la apertura comercial.

Desde la visión de Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe, en el trabajo "Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro en el Comercio entre Europa y México", se aborda la forma en que las normas acogidas por la Unión Europea pueden tener un sentido contrario a las establecidas en México. Partiendo de esta idea, hace un análisis de las leyes que en distintos países regulan la resolución de controversias y la apertura que se debe tener para que los sujetos que participan en el comercio internacional puedan elegir la ley que regulará los conflictos que de estas relaciones jurídicas nazcan, delimitando dichas prerrogativas en función al interés de la colectividad. Así mismo, analiza conflictos que surgieron en torno a las relaciones entre México y la Unión Europea, tales como la dilación en la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, o la promoción maliciosa de demandas con el fin de evadir responsabilidades en otros países.

Blanca Colmenares Sánchez, revisa la necesidad que tienen los Estados de vincular sus marcos normativos a convenios internacionales que les permitan colocarse en una mejor situación para enfrentar problemáticas de sustracción y retención internacional de infantes para dar respuesta eficaz a las familias que enfrentan esta situación, en su artículo "Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles del desplazamiento ilegal de menores frente al Convenio de La Haya de 1996 sobre jurisdicción, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación respecto

a la responsabilidad parental y las medidas de protección de menores. Una articulación".

José Luis Vázquez Ramírez y Laura G. Zaragoza Contreras, en el artículo "Restitución internacional de menores: una mirada desde la realidad jurisdiccional", abordan la problemática de la ejecución de sentencias de restitución internacional de menores en México, la imposibilidad ante la inexistencia de figuras que prevé la legislación nacional y que no se contemplan en otros países, así como la ineficacia normativa al no prever procesos que se adecuen al tiempo que se requiere para dar una solución a esta conflictividad social.

Por su parte, "Reflexiones sobre el Derecho procesal penal internacional", es un artículo donde Arturo Baca Rivera se permite un conjunto de consideraciones en torno al Derecho internacional y cómo se ha conformado un gran número de instrumentos de cooperación, ayuda y compromiso, cuya complejidad motiva la necesidad de graficarlos en esquemas universales comprensibles, que faciliten el entendimiento de los principios, conceptos e instituciones básicas de los procesos penales, en donde están involucrados ciudadanos de otros Estados que están relacionados en determinados crímenes y son reclamados para enfrentar la justicia y recibir la pena o castigo que estos determinan.

Heriberto Benito López Aguilar, en su artículo "México frente al Derecho internacional de los derechos humanos: una mirada a través de la magistratura constitucional", elabora un diagnóstico crítico para revisar hacia dónde van los derechos humanos que están conferidos en instrumentos jurídicos y cómo conseguir más derechos y libertades acordes a la época actual, reconociendo cuál debe ser el comportamiento de la sociedad, a la que le urge impulsar la ética social a fin de consensuar más derechos y libertades de los ya conseguidos a favor de la comunidad política.

Mientras que Ricardo Francisco Seco, analiza el derecho laboral en el ámbito internacional desde una perspectiva práctica, tomando como punto de partida la legislación en esta materia en

distintos países de América Latina, así como distintos ejemplos de los problemas que han surgido del establecimiento de relaciones obrero patronales entre sujetos de distintas nacionalidades, o el desarrollo de actividades laborales fuera del país en donde se estableció el contrato que dio origen a esta relación.

En la sección *Comentarios Jurisprudenciales*, el Dr. Arturo Baca Rivera analiza la aplicación de tratados internacionales que contengan disposiciones contrarias a lo previsto en la Constitución mexicana; un tema que ha sido materia de distintos debates. Esgrime argumentos referentes a una voluntad social y a la forma en que los limites previstos en la Constitución deben prevalecer ante las facultades previstas en instrumentos internacionales, ya que de ellas deriva un principio de equidad y actúan como un contrapeso que brinda seguridad jurídica a todos los habitantes de la nación.

En la sección *Semblanzas* a propósito del natalicio de "El Nigromante", María Elena García Díaz con la nota sobre "Juan Ignacio Ramírez Calzada a 200 años de su nacimiento", delinea las distintas facetas de este jurista: su participación en la política mexicana, su ardua labor en el periodismo, dentro de la educación y demás papeles que cumplió dentro de la historia del Estado de México y del país.

En la sección de *Comentarios*, la aportación de Margarita Gallegos López, desarrolla "Retrospectiva de la Red Mexicana de Cooperación Nacional para la Protección de la Niñez" y hace un análisis esquemático de la Red Internacional de Jueces de La Haya. Comienza con la constitución de este órgano internacional, la forma en que se llevan a cabo las actividades; destaca de este comentario, la practicidad al desarrollar el proceso de comunicación de los jueces que conforman este órgano, así como los principios a seguir al entablar comunicación a través de esta Red. Por último, nos hace mención de los beneficios que tiene el contar con una Red de esta naturaleza y su impacto en la protección de los menores durante el desarrollo de un proceso jurisdiccional.

También, María Elena Mansilla y Mejía ofrece algunos comentarios sobre los mecanismos para el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras cuando se trate del cobro de alimentos, partiendo del hecho de que un problema cada vez más frecuente en el ejercicio de la función judicial, es el procedimiento que debe seguirse ante una solicitud de reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada en otro Estado, cuando, habiendo concluido un juicio en un país, se solicita a otro Estado que le dé cumplimiento, por lo que es necesario saber qué se requiere para lograrlo.

María Virginia Aguilar, en "La adopción internacional en el marco de la Reforma Constitucional para la aprobación de un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares", presenta un acercamiento a la implementación de los convenios relativos a la adopción internacional de menores, cómo se han implementado, qué conceptos se han incluido en nuestra legislación interna y los problemas que hay en este momento con la institución de la adopción.

También se recogen las intervenciones en la conferencia "Desplazamiento ilegal y restitución de menores", impartida el 26 de septiembre de 2017 en el Auditorio Lic. Abel Villicaña de la Escuela Judicial del Estado de México; donde Blanca Colmenares expuso los pormenores de las convenciones de Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre restitución de menores y los elementos esenciales de dichos instrumentos; Víctor Manuel Rojas comentó las intervenciones de las panelistas pero, sobre todo, criticó el proceso establecido por las convenciones; y finalmente María Virginia Aguilar centró su participación en los retos a los que se enfrentan los abogados litigantes en la restitución internacional de menores y los momentos que considera claves del proceso.

En su contribución a esta sección, la Dra. Haydée Barrios Acosta presenta sus observaciones generales en materia de adopción de niños, niñas y adolescentes, formuladas a las disposiciones con-

tenidas en el Proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que reforman la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, así como la Ley del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción.

Finalmente, en su artículo "La tortura y sus implicaciones en la función jurisdiccional", Maximiliano Vázquez Castañeda presenta la perspectiva de un juzgador referente a las prácticas ilegales de tortura y su forma de prevenirlas a nivel nacional e internacional.

La sección *Reseñas* giró alrededor del natalicio de Ignacio Ramírez con la invitación para que al igual que Iván Martínez y Atanasio Serrano López, el lector disfrute de todas las letras preservadas del llamado "Voltaire mexicano" con *El Nigromante: Obras Completas* y lo que nos tiene decir "El Nigromante", a través de los ojos de quienes han escrito sobre él con *Ignacio Ramírez "El Nigromante". Memorias prohibidas.* Finalmente, Arturo Baca nos presenta el *Manual Práctico del Juicio de Amparo,* el cual, de acuerdo al autor, funciona como una guía para adentrarse en el tema.

También, en la sección *Documentos*, Iván Martínez Aguirre, a través de entrevistas, nos presenta a dos juristas de talla internacional, el Dr. José Carlos Fernández Rozas y el Dr. Karl August von Sachsen Gessaphe, dejando ver el lado más humano y algunas palabras sobre la concepción de las relaciones jurídicas internacionales.

Este número de la revista Ex Legibus, a dos años de la publicación de la nueva época, confirma nuestro compromiso en la difusión del conocimiento del Derecho judicial, así como propiciar el análisis y el debate. Agradecemos profundamente a todos los que participaron en la elaboración del presente número.

## ACERCA DE LOS AUTORES

1. **Aguilar, María Virginia.** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Especialista en temas sobre desplazamiento internacional de menores. Miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A. C. y ex Presidente de la misma. Fundadora y presidente de AB Abogados International Litigation.

2. **Baca Rivera, Arturo.** Licenciado, Especialista, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Fue Subprocurador Regional de Toluca y Tlalnepantla de la Procuraduría General del Estado de México (ahora Fiscalía General de Justicia). Magistrado en retiro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. Actualmente es Investigador de Tiempo Completo en la Escuela Judicial del Estado de México.

3. **Barrios Quevedo, Haydée.** Abogada por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Ha impartido cátedra de Derecho Civil, Derecho Internacional Privado. Ex Directora de la Biblioteca Central de la UCV.

4. **Colmenares Sánchez, Blanca.** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Maestría y Doctorado en Derecho por la Escuela Judicial del Estado de México. Se ha desempeño como docente en nivel Doctorado en el Centro de Estudios Jurídicos de México. En la carrera judicial ejerció los cargos como Notificador y Ejecutor Judicial, Juez de Cuantía Menor, Juez de Primera Instancia en materia Penal, Civil, Mercantil y Familiar, y en funciones de Magistrado. Actualmente es Juez de Primera Instancia en el Distrito Judicial de Nezahualcóyotl, Estado de México.

5. **Gallegos López, María Margarita.** Licenciada y Maestra en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctora en Derecho por la Universidad Tepantlato. Actualmente, es Juez en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, en el Séptimo Juzgado en Materia Familiar.

6. **García Díaz, María Elena.** Licenciada en Historia por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM). Actualmente se encuentra adscrita al Centro de Información y Documentación "Mgdo. Lic. Edmundo Durán Castro", donde se desempeña como Auxiliar de Proyecto de la Escuela Judicial del Estado de México, sede Toluca.

7. **López Aguilar, Heriberto Benito.** Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM). Titular de la Unidad de Transparencia del Poder Judicial del Estado de México de 2012 a 2017. En la Convocatoria del año 2013, el CONACyT lo distinguió como Candidato a Investigador Nacional. Actualmente es Investigador de Tiempo Completo en la Escuela Judicial del Estado de México.

8. **Mansilla y Mejía, María Elena.** Doctora en Derecho, Maestra en Criminología y Especialista en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesora de Carrera de Tiempo Completo Definitiva Nivel "C" y Catedrática de la Licenciatura de la Facultad de Derecho de las asignaturas Derecho Internacional Privado I y II y Teoría del Estado, de Derecho Competencial y Relaciones Económicas Internacionales en la División de Estudios de Posgrado de la UNAM. Actualmente es la Directora del Seminario de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la UNAM.

9. **Martínez Aguirre, Iván.** Licenciado en Historia por la Universidad Autónoma de Estado de México (UAEM). Cuenta con estudios en economía por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Actualmente es Auxiliar de Proyecto en el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México.

10. **Prinz, Karl August von Sachsen Gessaphe.** Estudios de Derecho en la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich, Alemania. Primer y segundo examen de Estado en Derecho en Múnich. Doctor en Derecho y Doctor habilitado en Derecho por la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich. Catedrático de Derecho Civil, Procesal Civil, Internacional Privado y Comparado en la FernUniversität Hagen (Universidad a Distancia en Hagen), Alemania. Presidente del Instituto para las relaciones jurídicas internacionales de la FernUniversität Hagen y Director de la Sección: Derecho de los Estados Iberoamericanos. Miembro del Executive Board de Edelnet, cooperación entre la FernUniversität Hagen, la Open Universiteit Nederland (OU NI) y la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de España con asociación de la Open University UK y la Mykolo Romero Universitetas, Vilnius, Lituania.

11. **Rojas Amandi, Víctor Manuel Vicente.** Doctor en Derecho por el Instituto Max Planck de Derecho público y Derecho Internacional Público de la Universidad de Heidelberg en Alemania, Doctor en Derecho Europeo y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid España. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel III). Actualmente es Director General de la Escuela Judicial del Estado de México.

12. **Sánchez Lorenzo, Sixto A.** Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo con premio extraordinario. Doctor en Derecho *cum laude* por la Universidad Complutense de Madrid. Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada-España (desde 1995). Doctor honoris causa por la Universidad de Córdoba (Argentina). Director del Seminario de Derecho Comparado de la Universidad de Granada.

13. **Seco, Ricardo Francisco.** Abogado y notario por la Universidad Católica de Córdoba, República Argentina. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de grado de DTySS (UCC). Profesor de posgrado de

varias universidades argentinas y extranjeras. Vocal de la Cámara Civil y Comercial, Trabajo y Familia, Cruz del Eje, Córdoba. Investigador de la Universidad Blas Pascal de Córdoba. Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- Córdoba.

14. **Serrano López, Atanasio.** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM), institución en la que Impartió clases de Filosofía del Derecho, Derecho Político y Derecho Agrario. Actualmente es cronista del Poder Judicial del Estado de México.

15. **Silva, Jorge Alberto.** Licenciado en Derecho, Maestro en Ciencias y Técnicas de Investigación y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Profesor de Derecho de los Conflictos, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez. Investigador Nacional CONACyT (Nivel III). Miembro y Expresidente de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Autor de obra diversa sobre derecho conflictual y derecho interestatal.

16. **Vázquez Castañeda, Maximiliano.** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México. Juez Primero Penal de Primera Instancia de Toluca del Poder Judicial del Estado de México.

17. **Vázquez Ramírez, José Luis.** Licenciado en Derecho Por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Maestro en Administración de Justicia por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM) y cuenta con estudios de doctorado en Derecho Privado por la Universidad de Salamanca (España). Magistrado en retiro del Poder Judicial del Estado de México y Profesor de la Escuela Judicial del Estado de México.

18. **Zaragoza Contreras, Laura G**. Estudios de Derecho y Sociología en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Maestra en Derecho por la Universidad Autónoma

del Estado de México (UAEM), Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Es Catedrática de la UAEM, UNAM y Profesor-Investigador de la Escuela Judicial del Estado de México.

## ABREVIATURAS

| | |
|---|---|
| art. | artículo |
| *cit.* | citada |
| *cfr.* | confróntese, confrontar |
| comp., comps. | compilador, compiladores |
| coord., coords. | coordinador, coordinadores |
| dir, dirs. | director, directores |
| ed., eds., | editor, editores |
| esp. | especialmente |
| *et. al.* | y otros |
| *Idem* | corresponde a la obra citada inmediatamente antes |
| *Ibidem* | corresponde a la obra citada inmediatamente antes, pero con diferente páginas. |
| *in fine* | al final |
| núm., núms. | número, números |
| *op. cit.* | obra citada |
| p., pp. | página, páginas |
| *passim* | en varias partes |
| s.a. | sin año de publicación |
| s.e. | sin editorial |
| s.f. | sin fecha de edición |
| s.l.i. | sin lugar de impresión |
| s.p.i. | sin pie de imprenta |
| ss. | siguientes |
| t., ts. | tomo, tomos |
| vgcia. | por ejemplo |
| vid. | veáse |
| vol., vols. | volumen, volúmenes |
| vs., c. | versus, contra |

# DOCTRINA

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 25-57.

# RÉGIMEN PATRIMONIAL DEL MATRIMONIO EN EL DERECHO INTERESTATAL MÉXICANO

## PATRIMONIAL REGIME OF MARRIAGE IN MEXICAN INTERSTATE LAW

*Jorge Alberto Silva*[*]

**RESUMEN:** El autor presenta un estudio de la normatividad interestatal relacionada con el régimen patrimonial del matrimonio, partiendo del argumento de que el gobierno federal posee facultades para legislar, pero solo en áreas específicas en las que no caen necesariamente las del Derecho de familia, incluyendo la organización de esta, ni de las autoridades que con esta participan, como tampoco le compete la organización de los tribunales de familia, ni prescribir enunciados sobre el procedimiento para litigios sobre familia, ni dictar las leyes que armonicen los problemas interestatales, salvo en las hipótesis contempladas en el artículo 121 constitucional, lo cual, desde su perspectiva, no cubre la regulación patrimonial del matrimonio. Se explican en el ensayo las diversas posiciones de los tribunales judiciales sobre el tema. Se comienza haciendo un análisis de los supuestos normativos no comprendidos en el artículo 121 constitucional y del supuesto de tráfico jurídico interestatal, para avanzar al tema central del régimen económico del matrimonio, la entidad federativa competente para conocer del régimen económico matrimonial, la calificación del régimen económico y el orden jurídico designado para regular el patrimonio matrimonial. Finalmente se hace un cotejo del reconocimiento del régimen patrimonial pactado en otra entidad y de la rescisión y nulidad del convenio patrimonial.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho interestatal, régimen económico del matrimonio, Derecho aplicable.

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Investigador Nacional CONACyT (Nivel III). Profesor de Derecho de los Conflictos, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, Chihuahua, México. Correo: *silvasi@aol.com*

**ABSTRACT:** The author offers a study of the interstate normativity related with the regime of marital assets, based on the argument that the federal government has the faculties to legislate, but only in specific areas in which the Family Law does not precisely fall in, including its organization, of the authorities that participate with same, the organization of the Family courts is also not within this boundaries, as it is not to prescribe statements about the procedure for family litigation, nor is it too issued laws that harmonize the interstate problems, except in the hypothesis foreseen in Article 121 of the Constitution, which from its perspective, does not cover the regulation over the regime of marital partnership. In this essay, the diverse positions of the judicial courts about this subject are explained. First, an analysis of the normative assumptions not included in Article 121 of the Constitution, and of the assumption of interstate judicial traffic is made, to move forward to the main subject of the marital economic regime, the competent State to know about the marital economic regime, the qualification of the economic regime and the judicial order designed to regulate the marital assets. Lastly, a comparison between the decisions of the asset regime agreed in other state and the annulment of the marital agreement.

**KEYWORDS:** Interstate law, marital economic regime, applicable law.

Recepción: 12/02/2018
Aceptado para su publicación: 15/03/2018

SUMARIO

1. Introducción. 2. Supuestos normativos no comprendidos en el artículo 121 constitucional. 3. Supuesto de tráfico jurídico interestatal. 4. Régimen económico del matrimonio. 5. Reconocimiento del régimen patrimonial pactado en otra entidad. 6. Rescisión y nulidad del convenio patrimonial. 7. Bibliohemerografía.

## 1. Introducción

Mientras la disciplina del Derecho internacional privado se preocupa por reformular los enunciados legales que permiten la vinculación entre Estados de la comunidad internacional, con la finalidad de precisar el orden jurídico designado para regular una situación de tráfico jurídico de Derecho privado, el Derecho interestatal, el mexicano, toma como objeto de conocimiento las relaciones de tráfico jurídico entre entidades federativas.

Es un hecho que en México sus habitantes migran constantemente dentro del territorio mexicano. Ayer se encontraban en un lugar, ahora en otro y mañana en otro. En un lugar conforman un acto jurídico que se vincula con el que realizan en otro, y donde se pretende que el acto creado continúe con sus efectos. Ocurre, igualmente, que un hecho jurídico sucedido en un lugar, se amplíe o repercuta en otro, a pesar de ordenamientos jurídicos distintos.[1]

1 Por ordenamiento jurídico entenderé un conjunto de enunciados jurídicos con validez sobre un espacio territorial específico; en mi caso, el de cada entidad. Con frecuencia se emplea las expresiones sistema y ordenamiento. Tomaré ambas palabras como sinónimas. No obstante, se trata de significados ambiguos, como ya se ha hecho notar por varios juristas. Por ejemplo, BULYGIN, Eugenio, "Dogmática y sistematización del derecho", en *Análisis lógico y derecho*, ALCHOURRÓN, Carlos E. (comp.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, xxxvi, 1991, pp. 478, 479. Igualmente, VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2008, p. 68. Otra diferencia puede verse en TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, México, Fontamara, 2002, p. 259. En este artículo, ordenamiento será el de cada una de las entidades federativas.

Estas cuestiones conforman problemas o situaciones de tráfico jurídico interestatal para los que se requiere conocer cuál es el orden conforme al cual habrán de ser juzgados. Se piensa que ciertos sucesos, que en un lugar tienen una reglamentación, pudieran producir efectos en otra (*vgcia.* un accidente vial). Corresponde a hechos o actos de la vida real llevados a las autoridades para su conocimiento. Pueden ser negocios jurídicos o litigios llevados a un tribunal para su solución (la *causa petendi*). Me refiero a los supuestos que acoge la normatividad jurídica (*vgcia.* en un lugar una conducta está permitida; en otro, prohibida). Algunos autores, a partir de Savigny, le llaman relaciones jurídicas, otros, situaciones jurídicas y, vistas desde el orden jurídico de cada entidad federativa, *situaciones o problemas de tráfico jurídico interestatal*. Independientemente de lo aceptable de estas denominaciones, recurriré a la última.

Si el Estado mexicano fuese un Estado unitario, no habría necesidad de adentrarnos en torno a las normas que regulan problemas de tráfico jurídico interestatal (entre las entidades federativas); pero el hecho es que en México aún quedan restos de un Estado federal, donde surgen problemas interestatales. Ocurriendo que estos problemas no están regulados por enunciados uniformes. Los problemas interestatales suelen derivar del hecho de que las leyes de cada entidad federativa se caracterizan en su contenido como diferentes de las de otras. El problema se agrava, pues los legisladores de cada entidad (generalmente) regulan los problemas de sus habitantes sin tomar en cuenta la reglamentación de otras (carecen de vocación interestatal).

El gobierno federal posee facultades para legislar, pero solo en áreas específicas en las que no caben (necesariamente) las del Derecho de familia, incluyendo la organización de esta, ni de las autoridades que con esta participan. Tampoco le compete al gobierno federal la organización de los tribunales de familia, ni prescribir enunciados sobre el procedimiento para litigios sobre familia. Pero, además, al gobierno federal

tampoco le compete dictar las leyes que armonicen los problemas interestatales, salvo en las hipótesis contempladas en el artículo 121 constitucional.

El problema que me atrae en este artículo es la regulación patrimonial del matrimonio. A mi parecer, el citado artículo no cubre esta regulación patrimonial, por lo que deben ser las entidades las que regulen las relaciones interestatales.

## 2. Supuestos normativos no comprendidos en el artículo 121 constitucional

Del artículo 121 constitucional destaca la denominada *cláusula de entera fe y crédito*, conforme a la cual, los actos, registros y procedimientos de una entidad federativa deben ser reconocidos en las demás entidades federativas.

Además de la cláusula de entera fe y crédito, la Constitución de 1917 incluyó algunas *bases sobre la que debe descansar la normatividad secundaria* (federal y la de cada entidad federativa). Se ordenó, a la vez, expedir una ley reglamentaria.

A pesar de que muchos abogados y jueces suelen pensar que a partir de esta disposición deben regularse los supuestos relacionados con el régimen patrimonial del matrimonio, el hecho es que no es así, aunque varios tribunales han calificado los acuerdos patrimoniales como si fuese un "acto público", que es el punto por donde se inicia el artículo 121 constitucional.

Cabe resaltar que las facultades del Congreso no son tan amplias como algunos suelen pensar; no coordinan ni regulan todo tipo de actividad interestatal. Fernando Vázquez Pando, observaba que, aunque el artículo 121 alude a algunos supuestos normativos,[2] hay otros tres supuestos normativos que no son sujetos de reglamentación, citando los siguientes:

2 VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, "Los conflictos inter-federales y el artículo 121 constitucional", en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 6, núm. 6, México, 1982, pp. 69 y 70.

*a)* derecho aplicable a la materia contractual,
*b)* derecho aplicable en materia de estado y capacidad,
*c)* derecho aplicable en materia de responsabilidad por el acto ilícito.[3]

En otro apartado, Vázquez Pando expresa que el artículo 121 constitucional se refiere fundamentalmente a la "eficacia" (más bien, efectos) de los actos de autoridad y a la forma de la prueba de los mismos.[4] Pienso que no son los únicos, entre otros faltan los supuestos relacionados con la sucesión *mortis causae*, responsabilidad objetiva y otros más.

Como se advierte, la regulación constitucional no monopoliza la regulación interestatal. Las entidades mantienen su poder para legislar sobre el particular. La ley que dicte el gobierno federal está limitada: no puede legislar sobre cualquier supuesto de tráfico jurídico interestatal.

El tema central en este artículo está referido al régimen patrimonial del matrimonio como supuesto normativo del tráfico jurídico interestatal.

## 3. Supuesto de tráfico jurídico interestatal

Antes de pasar al tema central del artículo, explico brevemente qué entiendo por supuesto de tráfico jurídico interestatal. Un supuesto de tráfico jurídico interestatal (su concepto) incluye las siguientes notas o propiedades:

*a)* Una actividad, personas o conducta realizada en torno a bienes, sean actos o hechos jurídicos (incluidos en el supuesto normativo).[5]

3 *Ibidem*, p. 70.

4 *Ibidem*, p. 67.

5 Los bienes por sí solos no conforman un supuesto normativo, más bien, son el objeto de la transacción realizada por personas.

*b)* Dos o más ordenamientos autónomos o paralelos, válido cada uno en territorios diferentes (los de las diferentes entidades federativas).
*c)* La actividad, los bienes objeto de la relación o la persona, se presenta como un dato o elemento que no deriva del ordenamiento propio. Este dato (supuesto normativo) suele estar regulado por otro orden jurídico y, frecuentemente: i) con significados y modalidades diferentes; ii) circunstancias diferentes de tiempo, modo o lugar en que ha de realizarse la conducta; iii) destinatarios diferentes; iv) condiciones diferentes, etc.
*d)* Es posible (aunque no necesario) que el supuesto normativo se encuentre regulado de manera diferente en cada ordenamiento jurídico o que simplemente en uno de los ordenamientos ni siquiera se encuentre reglamentado (el de cada entidad), como ocurre, por ejemplo, tratándose del testamento ológrafo, que no en todas las entidades se encuentra aceptado. Cabe también la posibilidad de que al orden propio le sea indiferente o que ignore la reglamentación de la conducta proveniente de otro lugar (*vgcia.* hipótesis de una reglamentación exclusivista). Le es indiferente que esté regulado en un orden ajeno, pues tiende a aplicar la reglamentación sustantiva del propio foro (los enunciados específicos para este espacio territorial).
*e)* Una norma que toma en cuenta la relación interordinamental interestatal, puede admitir la continuidad de la relación jurídica o interrumpirla (rechazarla). Si la admite, suponemos que el supuesto ajeno es acogido en el supuesto normativo de la propia norma; esto es, procura una conexión entre conjuntos normativos. En este caso, el supuesto normativo se encuentra en una entidad federativa, pero la modalidad deóntica que la regula se encuentra en otra entidad federativa.

## 4. Régimen económico del matrimonio

La validez de un acto matrimonial (que no debe confundirse con el régimen patrimonial del mismo) no significa que necesariamente será reconocido o producirá efectos en el territorio

donde rige otro orden jurídico, salvo que así lo prescriba expresamente alguna disposición, como la constitucional o la de alguna entidad que recepte el derecho de otro lugar.

Cabe recordar que el matrimonio produce efectos personales, así como patrimoniales. Pero los legisladores mexicanos se han reducido a las "capitulaciones matrimoniales" solo en su efecto patrimonial. Por ejemplo, el Código Civil de Veracruz, al igual que el de la gran mayoría de las entidades federativas, incluido la Ciudad de México, prescriben que:

> Las capitulaciones matrimoniales son pactos que los otorgantes celebran para constituir el régimen patrimonial de su matrimonio y reglamentar la administración de los bienes, la cual deberá recaer en ambos cónyuges, salvo pacto en contrario" (art. 162 del Código Familiar de Michoacán).

El hecho es que las leyes secundarias solo parecen atender el aspecto patrimonial, que es el objeto de mi atención en este artículo. El régimen patrimonial o económico del matrimonio, expresa Ma. de Monserrat Pérez:

> …es el sistema de normas jurídicas a través del cual se regula la relación económica y/ o de administración y propiedad de los bienes adquiridos durante el matrimonio, ya sea entre los cónyuges o de éstos frente a terceros.[6]

La regulación patrimonial es autónoma con respecto al matrimonio mismo. Es evidente tal autonomía, dado que podía darse una nulidad del matrimonio, pero que subsista el patrimonio matrimonial, por ejemplo, frente a terceros.

La pareja matrimonial, al casarse o durante su vida de casados, conviene en que los bienes adquiridos durante su vida matrimonial pertenecerán al que los adquiera, a ambos o alguna combinación.

---

6 Pérez Contreras, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra, 2010, p. 43.

En la sociedad conyugal o comunidad de bienes, la práctica y costumbre ha llevado a la pareja a expresar (en el momento en que contrae matrimonio) que el régimen matrimonial será el de sociedad conyugal, sin aludir o establecer reglas o condiciones adicionales. Estas reglas o cláusulas subsidiarias deberían ser cubiertas por la ley, pero no suelen ser desarrolladas.[7] Salvo algunas entidades federativas, que escasamente aluden al contenido del convenio, han sido los tribunales los que la han llenado la laguna.

Sea cual fuese la situación, la pareja generalmente conviene en el régimen económico de su matrimonio, aunque la mayoría de las cláusulas suelen quedar a cargo del legislador y del juzgador.

La materia patrimonial aloja uno de los problemas que genera mayor tensión en los tribunales. Podemos examinarlos acorde a los diversos supuestos que requieren de análisis particular. Por ello, me referiré a los siguientes: i) entidad federativa competente; ii) calificación del régimen económico; iii) orden jurídico que lo regula, donde incluiré la posibilidad de convenir el régimen económico del matrimonio, su constitución, las relaciones entre los cónyuges y frente a terceros. Más adelante, abordaré las hipótesis de ausencia de convenio, así como la rescisión y nulidad del convenio patrimonial.

### 4.1. Entidad federativa competente para conocer del régimen económico matrimonial

En el orden jurídico de cada entidad federativa y de nuestra Constitución general, carecemos de enunciados específicos relacionados con la atribución de poder o competencia interestatal para conocer del régimen económico del matrimonio. ¿A las autoridades de qué entidad federativa se les adjudica el poder para conocer, y en su caso resolver, este tipo de problemas?

7 Esta práctica (en la mayoría de las entidades) puede verse en el documento que los futuros contrayentes llenan al solicitar la celebración del matrimonio. Hay un apartado donde se pregunta "régimen económico del matrimonio" y seguido, a elegir, dos expresiones: "sociedad conyugal" y "separación de bienes", debiéndose marcar una cruz en la que interesa. No hay ninguna explicación adicional, ni espacio para introducir reglas adicionales.

Para alcanzar una mejor comprensión acerca del régimen económico es necesario listar diversas actividades ante alguna autoridad en las que puede ser tomado en cuenta, incluso, que puede ser de diferente entidad. Así, tomemos nota de diferentes hipótesis como las siguientes:

*a)* Autorizar las capitulaciones patrimoniales convenidas *antes de celebrar el matrimonio* (de hecho, un convenio condicional).
*b)* Autorizar las capitulaciones pactadas o constituidas al *momento de contraer el matrimonio*.
*c) Autorizar la modificación o sustitución* de las capitulaciones patrimoniales durante la vida matrimonial.
*d) Liquidar las capitulaciones*, ya sea por divorcio, nulidad de matrimonio, muerte de uno de los cónyuges o mala administración, sin que el matrimonio haya terminado.
*e) Registrar* en una entidad federativa las capitulaciones patrimoniales pactadas en otra.

En el terreno de los hechos, la mayoría de las hipótesis encuadran en el momento en que el matrimonio se celebra, lo que significa que, por lo general, el convenio patrimonial se efectúa en la entidad federativa donde se encuentra el órgano que autoriza y celebra el acto matrimonial.

En las demás hipótesis (a, c, d y e), la entidad federativa competente no necesariamente será la misma que autorizó el matrimonio.

A las hipótesis anteriores cabe agregar aquella en que se presente un litigio judicial interpartes. Si se presenta, la entidad federativa a la que se le adjudica el poder o competencia será, por lo general, la del *domicilio del demandado;*[8] si no existe litigio (caso de jurisdicción voluntaria), es usual que los interesados elijan al órgano en atención a la autonomía de su voluntad o recurran a la ley de la ubicación del inmueble del que son propietarios.

8 En algunas hipótesis, como en el *abandono del hogar*, el tribunal al que se le adjudica el poder es el del domicilio del cónyuge abandonado.

Al revisar el orden jurídico de cada una de las entidades federativas, se observa que ninguna reclama para sí una competencia exclusiva para conocer del patrimonio económico, ni siquiera cuando concurran inmuebles (aunque esto último ha sido debatido).

En cuanto al tribunal competente que pudieran elegir los cónyuges para resolver sus litigios que versen sobre su régimen económico, es necesario advertir que no en todas las entidades federativas se acepta la prórroga competencial. Por esta razón, al abogado le será necesario estar seguro del desplazamiento que pretenda pactar.

### 4.2. Calificación del régimen económico

Con frecuencia se observa cierta confusión respecto a la calificación del régimen económico o patrimonial del matrimonio, lo que suele conducir a un orden jurídico incorrecto. Las dudas oscilan entre incluirlo en: i) el estado civil; ii) los bienes o los derechos reales; o iii) como un convenio (tácito o expreso). El quid consiste en precisar en cuál supuesto normativo encuadra ante la falta de especificación legislativa. La importancia radica en que a partir de la calificación se podrá determinar el orden jurídico regulador.

Como lo explicaré, las calificaciones judiciales han variado al paso del tiempo, variaciones que se deben a que no se ha puesto atención en la misma.

Para algunos, las capitulaciones matrimoniales encuadran como actos accesorios del matrimonio (Manuel Chávez Asencio):[9] otros lo niegan (Sergio Martínez Arrieta),[10] pues la nulidad del matrimonio no implica la de las capitulaciones.

9 Chávez Asencio, Manuel F., *Convenios conyugales y familiares*, México, Porrúa, 1993, p. 62.

10 Martínez Arrieta, Sergio, *El régimen patrimonial del matrimonio en México*, México, Porrúa, 1992, p. 41.

Para desenmarañar el problema, cabe comenzar descartando la calificación del régimen económico como parte del estado civil. Basta tomar en cuenta que el régimen económico del matrimonio no es un acto del estado civil. Aunque los efectos del acto matrimonial y el régimen económico corran paralelos en el tiempo (casi siempre), no deben confundirse. En algunos casos, los tribunales han partido de esa confusión.

Más acuciosa ha sido la calificación contractualista. Por ejemplo, para Ramón Sánchez Medal,[11] el régimen económico encuadra en el régimen contractual. Sobre el particular afirma:

> La sociedad conyugal es el contrato por el que los consortes, al momento o después de celebrar su matrimonio, convienen en que cada uno de ellos conceda sobre determinados bienes de su propiedad al otro cónyuge una cierta participación en las utilidades de dichos bienes, pagadera a la terminación del mismo contrato.[12]

Ocurre lo mismo en el Código Civil del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), que estima al régimen económico como un contrato (arts. 98 y 178 y ss.).

Debe tomarse en cuenta que una cosa es la constitución del estado civil (el matrimonio), y otra el acuerdo patrimonial.

Al final de cuentas, tenemos que las capitulaciones patrimoniales califican como un acuerdo patrimonial; esto es, un contrato. No obstante, no todo se rige acogiendo el orden jurídico que rige a los contratos, ya que puede ocurrir que el orden que rige los efectos del matrimonio imponga ciertas limitaciones.[13]

Una resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de 1933, calificó al acuerdo patrimonial como un contrato y

11 Sánchez Medal, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1973.

12 *Ibidem*, p. 309.

13 Pallarés, Beatriz, "Efectos patrimoniales del matrimonio", en Fernández Arroyo, Diego P., (coord.), *Derecho internacional privado del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalia, 2003, p. 780.

parte del estatuto personal, diferenciándolo del real, aunque los inmuebles, sentenció, se rigen por la ley de la ubicación de la cosa, "por razón de soberanía",[14] mientras que otra resolución —enfatizó— afirmó que es parte del estatuto personal. Se presentaron estos problemas en épocas de dudas en torno a la calificación y precisión de su naturaleza.

Son sintomáticos los enunciados de algunos ordenamientos que prescriben que para los aspectos no regulados en las capitulaciones se aplicarán las *reglas del contrato de sociedad* (*vgcia.,* art. 289 del Código Civil de Jalisco). Por un lado, están presuponiendo que se ajusta con un contrato, que encaja en el de sociedad. Incluso, así lo han establecido algunos tribunales colegiados.[15] Uno de los tribunales ha dicho que es un contrato *sui generis*.[16] A la vez, uno de los códigos (el de Zacatecas) va más allá y prescribe que el matrimonio tiene *personalidad jurídica* (artículo 3°).[17] Ocurre lo mismo en el Código Familiar de Morelos.[18] Vale al caso recordar una muy vieja resolución de la SCJN que negó que la sociedad conyugal posea personalidad. Su tesis es amplia sobre la naturaleza jurídica de la sociedad conyugal.[19]

En fin, los derechos y obligaciones patrimoniales entre los cónyuges encuadran o *califican en los contratos*, como medio previsor

14 Tesis Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo XXXVII, p. 1917.

15 Tesis: IV.2o.C.92 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXXII, agosto de 2010, p. 2392. Tesis: XV.5o.1 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXX, agosto de 2009, p. 1727. Tesis: VIII.4o.17 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXII, Julio de 2005, p. 1540.

16 Tesis: I.7o.C.5 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo IV, diciembre de 1996, p. 455.

17 Art. 3 del CFam: "La familia es una institución político-social, permanente, constituida por un conjunto de personas, unidas por el vínculo de parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce personalidad jurídica".

18 Art. 22 del CFam: "La familia morelense es una agrupación natural que tiene su fundamento en una relación, estable entre dos personas y su plena realización en la filiación libre, consciente, responsable e informada, aceptada y dirigida por la pareja, unidas por el vínculo del parentesco, del matrimonio o del concubinato, a la que se le reconoce *personalidad jurídica*".

19 Tesis, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo LIV, noviembre de 1937, p. 917.

y realista de una posible o potencial ruptura matrimonial, pues, como necesidad, hacen a un lado el aspecto romántico del matrimonio.[20] El contrato resulta por el acuerdo de voluntades de la pareja y, a falta de ese acuerdo, por disposición inferida de la ley.

Como resultado de esta calificación, tenemos que el régimen económico del matrimonio no es un efecto del estado civil, a la vez, que el orden jurídico que rige a este régimen no es el matrimonial, sino el contractual.

### 4.3. Orden jurídico designado para regular el patrimonio matrimonial

El profesor Carlos Arellano García comienza explicando que "con referencia a la fracción II [del art. 121 constitucional], se establece la regla *lex rei sitae,* tanto respecto a bienes muebles como inmuebles. Por tanto, en cuanto a regímenes matrimoniales, la territorialidad es absoluta, ya que éstos se refieren a bienes muebles o inmuebles".[21]

Su respuesta resulta desorientada, pues una cosa es que a ciertos bienes pudiera aplicarse la *lex rei sitae,* y otra que es esta ley la que rige el convenio patrimonial. El profesor Arellano incurre en una confusión, propia de una errónea calificación. Somete el estatuto personal al patrimonial.

No obstante, es necesario precisar la diferencia. La distinción ya ha sido observada por los tribunales judiciales al afirmar la autonomía del acuerdo económico (régimen económico) con respecto al estatuto real o bienes que pudiera comprender.[22] Esto

20 Figueroa Torres, Marta, Auto*nomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura en España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 181.

21 Arellano García, Carlos, "Los conflictos de leyes sobre regímenes matrimoniales en el derecho mexicano", *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, CENEDIC, Universidad de Colima, 2001.

22 Tesis, Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo LIII, agosto de 1937, p. 2272.

significa que el régimen económico del matrimonio no califica en los bienes, sino en un contrato, como lo acabo de explicar.

Presento un ejemplo. El Código Civil de Baja California Sur (art. 187) prescribe que tratándose de la propiedad, administración o liquidación, el orden jurídico a que conduzca la norma de conflicto será el prescrito en el orden jurídico del lugar de celebración del matrimonio, no el de la ubicación de los bienes. A mi juicio, lo que por esta disposición debe entenderse, es que se es libre para pactar la sociedad conyugal o la separación de bienes, independientemente de la ley que rija a estos últimos.

El Código de Familia de Yucatán (art. 89) toma en cuenta la diferencia entre la ley del lugar de la ubicación y la de la celebración del contrato, al establecer:

> Los matrimonios celebrados fuera del Estado se rigen por las capitulaciones matrimoniales respectivas o por las disposiciones del código vigente en el lugar y momento de su celebración.
> De conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, la propiedad, administración y liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges, incluso los ubicados en el Estado de Yucatán, se rigen por convenio o por la ley del lugar donde se celebre el matrimonio.
> Sin embargo, se deben aplicar las disposiciones de este código a las modificaciones o al cambio de régimen patrimonial del matrimonio, cuando los cónyuges hayan fijado su domicilio conyugal en el Estado.

Aquí debe tomarse en cuenta que la ley yucateca rige la autonomía de la voluntad (las capitulaciones) y, a falta de esta, la ley del lugar de su celebración; lo mismo que se establece en la ley sonorense (art. 59 del Código Familiar de Sonora).

Esto es, se toma en cuenta la ley del lugar de la celebración, así como la derivada de la autonomía de la voluntad tratándose

de la propiedad, administración y liquidación de los bienes. Se agrega, a la vez, la *lex fori* cuando se procure modificación o cambio de régimen patrimonial. En general, se acoge la ley del lugar de la celebración del contrato, no la de la ubicación de los bienes. No obstante, olvida la *lex rei sitae* respecto a los derechos reales.

Salvo disposiciones semejantes, la ausencia prescriptiva en la mayoría de las leyes de las entidades, obliga al operador jurídico a recurrir a normas de conflicto generales, propias del contrato, para localizar la conexión que reconduzca al orden designado, que generalmente es el del lugar de la celebración.

No debe perderse de vista que las leyes de una entidad federativa, al regular el convenio patrimonial del matrimonio, no podrán ser extraterritoriales (art. 121 constitucional, primera base). Pero esto no significa que el orden de una entidad federativa tenga prohibido admitir (incorporar) lo que se prescribe en otra entidad federativa.

El orden jurídico sustantivo con el que la norma de conflicto vincula estos problemas obliga a examinar el aspecto patrimonial desde diferentes supuestos: i) supuestos normativos reguladores del régimen económico, ii) libertad para convenir el régimen económico del matrimonio, iii) ausencia de convenio entre los cónyuges.

### a) Supuestos normativos reguladores del régimen económico

Comienzo con la constitución del régimen económico, en el que cabe tomar en cuenta varios supuestos o subsupuestos normativos:[23] la forma, la capacidad de los compromitentes, el fondo o contenido de lo pactado y los efectos.

23 En lugar de aludir a subsupuestos, parte de la teoría del derecho prefiere aludir a los mismos como modalidades del supuesto.

*aa) Forma del convenio*

Para la *forma del convenio* se admite la forma prescrita en la ley del lugar de su celebración.

En ninguna entidad federativa se exige que el convenio patrimonial asuma la forma de escritura pública o que revista una solemnidad especial, como lo prescribían los códigos de 1870 y 1884, ni una solemnidad semejante a la empleada para el matrimonio. Si alguna entidad exigiese la escritura pública, ello no pugnaría con la Constitución. No obstante (se suele establecer), cuando se introduzcan bienes al momento de celebrarse el matrimonio, deberá seguirse la escritura pública si la traslación de los bienes lo requiere (*vgcia.* los inmuebles). Pero en esta hipótesis ya no estamos, precisamente, en el convenio patrimonial, sino en el contrato de donación. Algo similar ocurre cuando se modifica el convenio, como en Jalisco (art. 291 del CC).

Con relación a la forma a seguir al pretender una modificación o una sustitución de un convenio patrimonial, cabe pensar en dos hipótesis: que se rija acogiendo la ley de la entidad federativa *donde se modifique o sustituya*, o conforme al orden jurídico de aquella entidad *donde se convino el acuerdo* original.

Expliqué que en la forma del convenio patrimonial la ley sustantiva designada por la norma de conflicto será la de la entidad federativa donde se celebra el convenio. No obstante, la hipótesis problemática es la relacionada con la forma a seguirse cuando ese convenio va a modificarse.

Si el convenio se pactó en la entidad federativa B y se pretende modificarlo en A, la ley de A será la que regule la forma que asuma la modificación. Aunque esta solución puede provocar problemas, el hecho es que nuestras leyes son, en el fondo, exclusivistas (territorialistas).[24] Así se presenta en la legislación del Estado de México (como exclusivista).[25]

24 En mi opinión, con la fórmula de la ley del lugar de celebración tal y como está redactada, se encubre (en México) la aplicación de la *lex fori*.

25 *Vid.,* por ejemplo, arts. 1.9, 1.10, 1.11 y 1.12 del Código Civil.

Si se *tratara de sustituir*, prácticamente no habría problema, pues se trataría de un convenio nuevo; pero cuando solo se pretende *una modificación parcial,* podría surgir un problema por la incompatibilidad entre la forma del convenio original y la del modificado.

*bb) Capacidad de los compromitentes*

Los enunciados designados por la norma de conflicto para regir la capacidad para convenir son diferentes en cada entidad federativa. Algunas siguen la ley domiciliar, otras, la *lex fori* (*vgcia.* art. 1.9 Código Civil del Estado de México).

En la hipótesis de que la conexión sea la domiciliar, es necesario tomar en cuenta algunas particularidades sustantivas cuando comprenda menores de edad (en las entidades en que aún se permite el matrimonio de menores de edad). Sea que estos pretendan constituir el convenio o modificarlo, cabría la necesidad de que requieran de sus padres, tutores o de alguna autoridad para habilitar su capacidad.

La capacidad para convenir es la misma que para contratar, que no es la misma para celebrar el matrimonio. Si un menor celebra capitulaciones patrimoniales también requerirá del asentimiento de sus padres o tutores. La capacidad de disposición será importante.[26]

*cc) Fondo o contenido del régimen económico*

Tal vez los problemas menos nebulosos sean la forma o la capacidad cuando se les contrasta con lo que se ha convenido; esto es, el *fondo del régimen económico*, también conocida como la *substantia* propia del convenio. Corresponde al clausulado del convenio en torno a los derechos y obligaciones.

26 Lozano Noriega, Francisco, "Régimen convencional", en Notarios del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos (*comp.*), *Los conflictos de leyes en los regímenes matrimoniales; los conflictos de leyes en las sucesiones*, México, Notarios del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1963, p. 10.

En cuanto al fondo es admisible la autonomía de la voluntad para elegir el régimen económico sustantivo, así como para designar el orden jurídico regulador. No obstante, cuando falta el acuerdo, procede aplicar las normas del régimen económico supletorio.

En todas las entidades federativas, la pareja matrimonial tiene el derecho de convenir el régimen económico que más le agrade o convenga. Pueden, incluso, pactar cláusulas diversas a los enunciados legales (que son supletorios). Por ejemplo, que la sociedad conyugal se termine en el momento en que sobrevenga una separación física de ambos consortes; que el manejo de una cierta empresa o negocio correrá a cargo de un hermano del marido; que una cierta cantidad de dinero se va a entregar a alguna fundación; que se impondrá alguna sanción al cónyuge que se dedique al juego; que de lo adquirido durante el matrimonio, una parte será para un hijo preconcebido; que los inmuebles que se encuentren en la entidad federativa A no forman parte de la sociedad conyugal; que los que están en la B, solo el 35% le corresponderán a la mujer, etcétera.

Contrario a la tesis del profesor Carlos Arellano García, quien afirma que el orden jurídico a aplicar es la *lex rei sitae*, cabe tomar en cuenta que antes que tratarse de un asunto calificado en los bienes o derechos reales, encaja en un convenio o contrato. Corresponde a una relación personal, no real. La calificación es contractualista, no realista. Tómese en cuenta que una cosa es el acto jurídico o contrato celebrado entre dos personas (el estatuto personal), y otra el régimen de los bienes (el estatuto real). No olvidar que para cada relación concurren medios de constitución, regulación y extinción, específicamente lo relacionado con los derechos reales. El juez (en su caso el notario) debe saber definir y calificar ambos supuestos (el contrato patrimonial y los bienes).

Los tribunales judiciales, a pesar de algunas diferencias en sus argumentos, han sostenido que la ley reguladora del fondo del convenio (a la que conduce la norma de conflicto) es la misma

que la *ley del lugar de celebración del matrimonio*. La decisión parece ser la correcta, pero únicamente cuando el convenio se celebró en el mismo lugar y fecha en que se celebró el matrimonio. En algunas de las resoluciones judiciales se ha negado la aplicabilidad de la *lex rei sitae*.[27]

### b) Libertad para convenir el régimen económico

Como regla general, los cónyuges pueden convenir su régimen patrimonial y, a falta de convenio, cada entidad federativa suele prescribir enunciados supletorios a seguir. Impedir esta libertad de elegir seria contraria a los derechos humanos.[28]

La autonomía de la voluntad no solo admite la elección del régimen económico del matrimonio (autonomía sustantiva), sino también el orden jurídico que lo regula (autonomía para elegir el orden jurídico regulador), salvo las modalidades establecidas en la Constitución (*vgcia.* la *lex rei sitae*, tratándose de derechos reales) o que opere alguna excepción a la toma en consideración de otro orden jurídico.[29]

En la autonomía sustantiva la mayoría de las entidades federativas suelen referirse a dos tipos de regímenes reguladores del régimen económico del matrimonio: *separación de bienes* y *sociedad conyugal*. No obstante, otro grupo de entidades federativas adoptan el que denominan *sociedad legal*, en la que participan los bienes comunes de ambos cónyuges.

El profesor Eduardo Trigueros, pensando en una autonomía conflictual (elegir un orden jurídico), sostenía que la pareja podía

27 Tesis Segunda Sala, Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, Tomo XXXVII, p. 1917. Tesis Tercera Sala, Semanario Judicial de la Federación, quinta época, Tomo LIII, agosto de 1937, p. 2272.

28 Por ejemplo, el art. 17, 4, de Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en San José de Costa Rica.

29 Tesis: 1a. LXXVII/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima época, junio de 2015, p. 60.

elegir el orden jurídico que rigiera los efectos patrimoniales de su matrimonio.[30]

Raramente las entidades federativas admiten expresamente una libertad para elegir el orden jurídico regulador del régimen económico del matrimonio, esto es, el de otra entidad. Se exceptúa el CC de Jalisco (art. 15, fracc. III), que le permite a la pareja *elegir el orden jurídico regulador del fondo*. No obstante, en el caso del resto de los ordenamientos, al seguir las reglas generales de los contratos, cabe la posibilidad de elección, pues no está prohibida. En esta hipótesis, los operadores deónticos ni prohíben, ni obligan, solo facultan.

En las hipótesis en que se acepta la autonomía de la voluntad para pactar el régimen patrimonial sustantivo e, incluso el orden regulador, queda por resolver otros problemas: ¿qué ordenamientos jurídicos podrán elegirse?, ¿cualquiera? Lo más razonable es que debe existir en el orden elegido, cuando menos, alguna conexión con el asunto, pues de otra manera se elegiría un foro sin conexión con el régimen patrimonial (un *forum shopping* extralimitado). Algunas conexiones razonables en la norma de conflicto podrían ser: el lugar de celebración del convenio, el lugar donde produce efectos, el domicilio de uno o ambos o la ubicación de los bienes.

El convenio puede contener cláusulas conforme a las cuales los bienes que se adquieran o se introduzcan serán propiedad de ambos o de uno solo, así como cláusulas que precisen quién será el administrador de los bienes en común. Incluso, como lo afirma Ramón Sánchez Medal, cabría la posibilidad de que se conviniera una pena convencional para la hipótesis de infidelidad; pena que podría ser la perdida de la parte patrimonial correspondiente o su disminución.[31]

30 Art. 178 del Proyecto para el CCDF.

31 *Ibidem*, p. 314.

Como este convenio califica en los contratos, los ordenamientos sustantivos mexicanos dan opciones a los compromitentes para convenir el régimen económico sustantivo: sociedad conyugal o separación de bienes. Algunas de las entidades prescriben, como regla residual, que, a falta de convenio el régimen sustantivo, será el de *sociedad conyugal*; mientras que en otras entidades será el de *separación de bienes*.[32] Nada les impide a los compromitentes pactar un régimen mixto.

El acuerdo patrimonial del matrimonio produce efectos legales entre los cónyuges. Sea que se hubiese pactado la separación de bienes o la sociedad conyugal, el régimen elegido será el que regule la situación.

Si el régimen fuese el de la separación de bienes, uno de sus efectos, en la Ciudad de México, será que uno de los cónyuges pueda tener derecho a una indemnización o "compensación", como lo prevé el artículo 267 del Código Civil de la Ciudad de México. De manera que en aquellas entidades en las que su norma de conflicto reguladora de los efectos de la separación de bienes sea la de la Ciudad de México, deberá decidir por el pago de una indemnización.[33] Otro de los efectos que produce la separación de bienes, consiste en que no podrá concretizarse la llamada presunción muciana,[34] pero no cabría una respuesta

32 Tesis: XIV.2o.A.C.108 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXI, junio de 2005, p. 791.

33 Art. 267. El cónyuge que unilateralmente deseé promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

**VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos o que no haya adquirido bienes propios o habiéndolos adquirido, sean notoriamente menores a los de la contraparte. El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.**

34 Que significa que aun cuando los bienes estén a nombre de la mujer se presumirán que los adquirió por donación del marido. Tercera sala, SJF, Quinta época, p. 198, AR 3020/34, 5 de septiembre de 1934, registro: 360428.

definitiva cuando se tiene la duda respecto de quién de ambos es el propietario del bien.

Si se hubiese pactado una sociedad conyugal, ciertos bienes no ingresan a la misma (*vgcia.* los obtenidos por donación o herencia), salvo que la pareja hubiese pactado que ingresen a la sociedad conyugal.[35]

En un caso resuelto, un tribunal colegiado diferenció los efectos que se producen a partir de la inscripción realizada en el Registro Público de la Propiedad del que se realiza en el Registro Civil. Sostuvo confusamente que, aunque se hubiese pactado un régimen de sociedad conyugal, si el nombre de un cónyuge no aparece en el Registro Público de la Propiedad, el interesado carece de interés legítimo para defender a su favor los bienes.[36]

### c) Ausencia de convenio sobre el régimen económico del matrimonio

La hipótesis que he venido explicando supone que la pareja matrimonial celebró un convenio para regular el régimen económico de su matrimonio; pero ¿qué ocurre cuando la pareja *omitió celebrar el convenio, el celebrado es nulo o que no se demostró cuál fue el régimen pactado*?

Para resolver el problema es necesario tomar en cuenta tres hipótesis o supuestos: i) que el orden jurídico sustantivo designado para regular este problema prescriba un *régimen legal supletorio*, ii) que el orden jurídico designado *no prescriba o especifique un régimen* económico supletorio del matrimonio o iii) que en el proceso judicial seguido *no se demostró* cuál fue el régimen pactado. Me detendré en estas hipótesis.

35 Tesis: XV.5o.1 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XXV, enero de 2007, p. 2364.

36 Tesis: XXVII.8 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo XVIII, octubre de 2003, p. 1029.

*aa) Primera hipótesis*

En la primera hipótesis suponemos que la norma de conflicto se orienta a favor del orden jurídico que regula el régimen económico.

Inicio la explicación de la hipótesis con un caso para llamar la atención sobre la problemática. En la solución, la SCJN abordó problemas intertemporales y de derecho territorial. Se trató de un caso judicial en el que una pareja no pactó el régimen económico de su matrimonio, por lo que fue necesario recurrir a la reglamentación supletoria.

La pareja había contraído matrimonio en Nuevo León, lugar donde la norma supletoria especificaba que el régimen económico era el de sociedad conyugal. La señora se trasladó a otro Estado en donde adquirió un inmueble, declarando que lo compró con bienes propios. En el lugar de la adquisición, la ley supletoria prescribía que el régimen económico supletorio era el de separación de bienes. Tiempo después surgió un problema judicial que condujo al embargo de la finca debido a una deuda del marido. En este caso, la señora reclamó que ella no era la deudora. El asunto fue decidido por la Primera Sala de la SCJN.

Al parecer, la señora alegó que la ley reguladora del régimen económico era la del lugar de la ubicación de los bienes, en tanto que los acreedores, la del lugar del matrimonio.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver, dijo apoyarse en tesis del DIPr (no del interestatal), cuyas disposiciones neolonesas prescribían —según dijo— que el estado civil y la capacidad no encuadran en el estatuto real, sino en el personal. Afirmó que el estado civil y la capacidad rigen a los neoloneses, aunque residan fuera de Nuevo León, por lo tanto, "no tiene aplicación la fracción II del artículo 121 de la Constitución Federal, que se refiere al estatuto real y que establece que los

bienes muebles o inmuebles se regirán por la ley del lugar de su ubicación".[37]

La Suprema Corte de Justicia de la Nación sostuvo que el régimen económico del matrimonio era parte del estado civil, nada dijo del contractual. Sostuvo una tesis autonomista, afirmando que los bienes del patrimonio matrimonial se rigen por la ley en vigor al momento de celebrar el matrimonio, no por la ley de la ubicación de los bienes. Se negó a calificar la situación como una cuestión real (nada dijo de la contractual), optando por una calificación personal.

La reglamentación sustantiva a falta de convenio patrimonial en las entidades federativas no es similar. Algunas prescriben que regirá la *sociedad conyugal*, *régimen legal* o *separación de bienes*. ¿Cuál es el orden que regula el régimen económico?

Pudiera pensarse que es la del lugar de la ubicación de los bienes (como la que comento), aparentemente según la segunda base del artículo 121 constitucional, lo que rechazo.

Si decimos que todo contrato o un testamento, en el que se incluya bienes muebles e inmuebles, se regule por la ley de la ubicación de esos bienes, tenemos dos respuestas, según la tesis adoptada:

*a)* Acorde a la tesis unificadora, todo acto jurídico que involucre un bien mueble o inmueble (*vgcia.* contrato, testamento, acuerdo patrimonial del matrimonio) debe estar regido por la ley de la ubicación de los bienes (una única ley).
*b)* Siguiendo la tesis de la autonomía de cada supuesto, ínsito en la celebración del acto contractual o testamentario, cada uno de los supuestos que lo componen están regulados por un orden jurídico específico (*vgcia.* la capacidad de las

37 Tesis aislada, Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, octubre de 1938, p. 90.

personas, la forma del acto, el fondo del mismo, el efecto, el contenido). Para cada uno de estos supuestos se designa una específica ley.

La tesis más aceptable en el derecho conflictual (de otros países), es la que conduce a una escisión de todos los supuestos normativos, para los cuales se establece, una específica ley para cada uno.

La diferencia en ambas interpretaciones consiste en que la *lex rei sitae* está referida a la extensión o tamaño que debe dársele en su contexto constitucional. ¿Qué tan amplio o restringido ha de entenderse el significado del enunciado constitucional? Esto es, ¿a qué bienes se refiere?, ¿a cualquier bien que sea tomado en una relación jurídica o solo a una parte específica que regula los bienes?

La elección del orden jurídico que rige al régimen económico es útil para precisar qué bienes forman parte de la sociedad conyugal (si es que se opta por esta), cuáles son propios o de ambos cónyuges, si solo los bienes son los que forman parte o también los frutos, quién será el administrador de los bienes (cuando hay sociedad conyugal), etc. Ramón Sánchez Medal destaca que se trata de enunciados legales de importancia que raramente pactan los interesados.[38]

Estos enunciados operan como supletorios aun cuando se hubiese o no convenido el régimen económico, pero ocurre que la reglamentación legal es raquítica. Ocurre así, que la supletoriedad puede ser máxima (cuando nada se ha convenido) o relativa (cuando solo se han pactado algunas cláusulas).

Si tomamos en cuenta las normas generales, tenemos que los efectos de un acto jurídico (en esta hipótesis las relaciones pa-

38 SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1973.

trimoniales entre los cónyuges) siguen, por lo general, la *ley del lugar donde se producen los efectos*. Solución que, vista desde los problemas reales, no parece adecuada. En efecto, la *lex loci executionis* no responde eficientemente a problemas concretos.

No obstante, a pesar de la ausencia de enunciados legales claros y expresos, suele tenderse al orden jurídico del *lugar de celebración del matrimonio*, ya que con este surgió o se generaron las relaciones patrimoniales entre los cónyuges. Se suele pensar que hubo un acuerdo tácito de la pareja apuntando a favor de la *ley de la celebración del matrimonio*. Se trata de una interpretación práctica (aunque ficticia), tal vez adecuada para los cónyuges, pero no parece estar respaldada en la ley, que suele acoger la del lugar de producción de efectos.[39]

Reitero: el orden jurídico que rige la celebración del matrimonio y el que rige el régimen económico del matrimonio no necesariamente es el mismo. Mientras en el primero, el orden jurídico regulador es el del estado civil; en el segundo, es el de los contratos o convenios, cuyas cláusulas se consignan supletoriamente en la ley y, en cuanto a los bienes, el lugar de su situación.

*bb) Segunda hipótesis*

El problema más difícil se presenta cuando el orden jurídico designado por la norma de conflicto nada prescribe respecto del régimen económico supletorio del matrimonio (la norma sustantiva designada *no prescribe o especifica un régimen* económico supletorio del matrimonio). Estamos ante una hipótesis en que *no existe enunciado legal* que le permita al operador jurídico afirmar si existe separación de bienes o sociedad conyugal. Lo anterior nos conduce a que el tribunal opte por el régimen económico establecido en el foro propio.

39 En general, las presunciones sirven para afirmar datos fácticos, no para determinar el orden jurídico regulador. ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 62.

*cc) Tercera hipótesis*

En esta hipótesis suponemos un proceso judicial en el que no se ha demostrado cuál fue el régimen económico pactado. La hipótesis deriva de un caso resuelto por un tribunal colegiado por medio de un *obiter dictae.* El caso se siguió en Veracruz, en donde el régimen legal supletorio era el de sociedad conyugal. Ocurre que en el proceso no se demostró cuál fue el régimen pactado (si es que se pactó), pues el matrimonio se celebró fuera de Veracruz. El tribunal sostuvo que no se puede aplicar lo previsto por la ley local (afirmar que el régimen supletorio sería el de una sociedad conyugal).[40] Estimo difícil que se actualice esta hipótesis para otros casos, ya que aun cuando no se conozca el régimen pactado, sí se conocerá, al menos, el lugar donde se celebraron las nupcias, lo que permitirá revisar en este lugar el régimen supletorio, si es que existe. En el caso resuelto no se supo cuál era el régimen económico en el lugar de celebración de las nupcias.

En fin, cuando no existe acuerdo entre los cónyuges sobre el régimen económico, es necesario que el legislador de cada entidad federativa prevea un enunciado especial que reconduzca a un orden jurídico que regule la hipótesis. La mejor solución es adoptar un régimen residual: si se desconoce lo previsto en el derecho de otro lugar, debe optarse por el propio. No cabría un *non liquet*.

## 5. Reconocimiento del régimen patrimonial pactado en otra entidad

No existe en las entidades un procedimiento especial que regule el procedimiento a seguir para reconocer el régimen patrimonial del matrimonio constituido en otra entidad federativa, aunque se suele aludir al registro del mismo como condición para que produzca efectos jurídicos.

40 Tesis: VII.1o.C.29 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, Tomo VI, Julio de 1997, p. 433.

Los enunciados primarios o sustantivos de varias entidades federativas prescriben que para reconocer el régimen económico pactado en otra entidad federativa, tal régimen debe registrarse en el propio foro. Un registro de este tipo presupone una homologación, esto es, un reconocimiento. Varios ordenamientos jurídicos suelen referirse a su inscripción en su Registro Civil.

No obstante, es usual resolver siguiendo la siguiente secuencia de razones: si el convenio quedó registrado en una entidad federativa deberá ser reconocido en las demás. No es necesario un nuevo registro, ni acto especial homologatorio. Si de ese acuerdo se dio fe pública por el encargado del registro civil o un notario, es un acto público, también es un acto que hace fe en otras entidades.

## 6. Rescisión y nulidad del convenio patrimonial

El orden jurídico de cada entidad federativa admite la posibilidad de que un convenio patrimonial sea rescindido o declarado nulo.

La rescisión o el fin del convenio patrimonial puede deberse a diversas hipótesis, entre otras, porque el acuerdo fue sustituido por uno nuevo, que ha sobrevenido un divorcio, la muerte de uno de los cónyuges, la decisión judicial por mala administración realizada por uno de ellos, etc. El efecto principal de la rescisión y el de la nulidad es la *liquidación del régimen económico*, especialmente, el de sociedad conyugal o el régimen legal.

Mientras en una rescisión de las capitulaciones patrimoniales suponemos la *validez* de las mismas, con su nulidad suponemos su inexistencia.

La validez de un acto jurídico, como un convenio patrimonial, puede suponer la capacidad de las personas que pactaron. Si falta el consentimiento o está viciado se impone la nulidad.

En torno a la liquidación es necesario resolver dos cuestiones: ¿cuál es la entidad federativa competente para conocer y disol-

ver la sociedad conyugal? y ¿qué orden jurídico es el que regula estos supuestos?

El orden jurídico de cada entidad federativa parece uniformarse en varios aspectos: la entidad competente suele ser la del lugar donde se ubica el domicilio del demandado; si la liquidación deriva de una sucesión *mortis causa*, el poder o competencia se le atribuye (generalmente) al foro en donde estuvo el último domicilio del *de cujus*.

Por lo que corresponde al *orden jurídico sustantivo que rige* los *procedimientos,* como los de liquidación, inventarios, avalúos y participación, entre otras, hay una cierta uniformidad en las leyes de las entidades al prescribir que se rigen conforme a la *lex fori,* pero, en cuanto al *fondo*, por la ley que rige donde se constituyó el convenio patrimonial o el designado por las partes.

La conclusión del régimen económico plantea otros problemas, el de mayor interés es el relacionado con la precisión de quién será el propietario. En el caso del divorcio, las reglas que rigen la liquidación de este será el aplicable, pero si se trata de fallecimiento de uno de los cónyuges, la regulación es autónoma y se rige conforme a la ley que rige a la sucesión.

## 7. Bibliohemerografía

### Bibliografía

ALCHOURRÓN, Carlos E. y BULYGIN, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 2002.

BULYGIN, Eugenio, "Dogmática y sistematización del derecho", en *Análisis lógico y derecho*, ALCHOURRÓN, Carlos E. (comp.), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, xxxvi, 1991.

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel F., *Convenios conyugales y familiares*, México, Porrúa, 1993.

FIGUEROA TORRES, Marta, *Autonomía de la voluntad, capitulaciones matrimoniales y pactos en previsión de ruptura en España, Estados Unidos y Puerto Rico*, Madrid, Dykinson, 2016.

LOZANO NORIEGA, Francisco, "Régimen convencional", en Notarios del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos (comp.), *Los conflictos de leyes en los regímenes matrimoniales; los conflictos de leyes en las sucesiones*, México, Notarios del Distrito Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1963.

MARTÍNEZ ARRIETA, Sergio, *El régimen patrimonial del matrimonio en México*, México, Porrúa. 1992.

PALLARÉS, Beatriz, "Efectos patrimoniales del matrimonio", en FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P., (coord.), *Derecho internacional privado del MERCOSUR*, Buenos Aires, Zavalia, 2003.

PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat, *Derecho de familia y sucesiones*, México, Nostra, 2010.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los contratos civiles*, México, Porrúa, 1973.

SILVA, Jorge Alberto, *Aplicación de normas conflictuales, la aportación del juez*, México, UACJ-Fontamara, 2010.

——, *Derecho interestatal mexicano. Estudio autónomo de la regulación de los problemas de tráfico jurídico entre las entidades federativas*, Cd. Juárez, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2014.

——, *Estudios de derecho conflictual sucesorio interestatal durante el siglo XIX*, Cd. Juárez, Universidad Autónoma de Cd. Juárez, 2006.

——, "La regulación constitucional del derecho interestatal. Algunas notas sobre el primer párrafo del artículo 121", en BECERRA RAMÍREZ, Manuel *et al.* (comp.), *Obra homenaje a Rodol-*

*fo Cruz Miramontes*, t. ii, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando, *Introducción al estudio de la constitución*, México, Fontamara, 2002.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Teoría del derecho*, México, Oxford University Press, 2008.

### Hemerografía

SILVA, Jorge Alberto, "Capacidad y estado civil en las relaciones interestatales", *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 37, julio de 2017.

——, "El impacto de los convenios internacionales sobre la legislación interna mexicana relativa a la adopción internacional de menores", *Revista de derecho privado*, nueva época, año II, núm. 4, México, enero-abril 2003.

VÁZQUEZ PANDO, Fernando Alejandro, "Los conflictos interfederales y el artículo 121 constitucional", *Revista de Investigaciones Jurídicas*, año 6, núm. 6, México, 1982.

### Fuentes multimedia

ARELLANO GARCÍA, Carlos, "Los conflictos de leyes sobre regímenes matrimoniales en el derecho mexicano", en CD ROM, *Memorias: Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado*, CENEDIC, Universidad de Colima, 2001.

SILVA, Jorge Alberto, "La competencia del Congreso de la Unión tratándose de problemas de tráfico jurídico interestatal", 28 de junio de 2011, Conferencia dictada dentro del Seminario Actualidad y Perspectivas de la Distribución de Competencias: Federación, Estados y Municipios, *Teoría General del Estado Federal y Distribución de Competencias*, México, Cámara de Diputados, 2011.

——, "Notas sobre el derecho aplicable a las relaciones de tráfico jurídico entre entidades federativas relacionadas con los contratos", en *XXVII Seminario nacional de derecho internacional privado y comparado*, Inédito (se distribuyó en disco durante el Seminario), Monterrey, 2003.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 59-89.

# EL RÉGIMEN DE LOS BIENES Y DE LAS OBLIGACIONES EN EL PROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA MÉXICO

## THE REGIME OF GOODS AND OBLIGATIONS ON DRAFT'S PRIVATE INTERNATIONAL LAW DRAFT FOR MEXICO

*Sixto A. Sánchez Lorenzo**

**RESUMEN:** El texto recoge la ponencia presentada en el Seminario Internacional "Nueva Legislación procesal civil y familiar", celebrado en Toluca bajos los auspicios del Poder Judicial y la Escuela Judicial del Estado de México en febrero de 2018. Contiene una visión crítica, tanto de las normas de competencia judicial internacional, como de las normas sobre ley aplicable contenidas en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México. En ese análisis, el autor concluye que se podría mejorar sustancialmente, simplemente con eliminar o simplificar muchos de los preceptos que contiene el Proyecto, aunque argumenta que es preciso y más difícil alterar su concepción de base. Sus razonamientos y deducciones se fundamentan en la revisión y ponderación analítica realizada a la estructura del Proyecto de Ley y sus disposiciones proyectadas en materia del régimen de los bienes (bienes inmuebles, bienes muebles corporales, bienes muebles incorporales y títulos-valor), así como al régimen de las obligaciones (obligaciones contractuales y no contractuales) y la competencia judicial internacional y el Derecho aplicable en cada caso.

**PALABRAS CLAVES:** Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, bienes en el tráfico internacional, contratos internacionales, responsabilidad por daños en el tráfico internacional.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo con premio extraordinario. Doctor en Derecho *cum laude* por la Universidad Complutense de Madrid. Doctor *honoris causa* por la Universidad de Córdoba (Argentina). Director del Seminario de Derecho Comparado de la Universidad de Granada. Catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada-España (desde 1995). Correo: *sixto@ugr.es*

**ABSTRACT:** The text includes the paper presented at the International Seminar "New Civil and Family Procedure Legislation" held in Toluca under the auspices of the Judicial Branch and the Judicial School of the State of Mexico in February 2018. It contains a critical view of both the competition norms judicial system as well as the applicable law regulations contained in the Draft Law on Private International Law for Mexico. In this analysis, the author concludes that it could be substantially improved simply by eliminating or simplifying many of the precepts contained in the Project, although he argues that it is necessary and more difficult to alter its basic conception. Their reasoning and deductions are based on the review and analytical weighting made to the structure of the Bill and its projected provisions on the regime of property (real estate, tangible personal property, incorporeal personal property and securities), as well as to the regime of obligations (contractual and non-contractual obligations) and international jurisdiction and the applicable law in each case.

**KEYWORDS:** Draft of Private International Law Act, International Property, International Contracts, International Tort Law.

Recepción: 22/06/2017
Aceptado para su publicación: 15/08/2017

SUMARIO
1. Introducción. 2. El régimen de los bienes. 3. El régimen de las obligaciones. 4. Conclusión. 5. Bibliohemerografía.

## 1. Introducción

El proceso de reforma de una legislación específica de Derecho internacional privado es un proceso largo y complejo, que requiere sinergias muy variadas. El Derecho comparado constituye, desde luego, un elemento primordial para aquilatar las opciones de política legislativa, pero aún más relevante es el entramado de textos internacionales, convenios, tratados y disposiciones institucionales que condicionan el juego del Derecho internacional privado de fuente estatal. La racionalidad formal, más allá de la sustancial, exige evitar en la medida de lo posible la complejidad de planos, de forma que se tienda a unificar las soluciones convencionales, a las que el Estado se ha obligado internacionalmente, con las nuevas normas propuestas en el plano interno.

La coherencia externa de una nueva Ley de Derecho Internacional Privado convive con la exigencia de una coherencia interna que requiere no perder de vista varias perspectivas o puntos de fuga. De un lado, ha de ponderarse la coherencia sistemática de todas las reglas en su conjunto. A menudo, el hecho de que los títulos, capítulos o incluso artículos de una Ley resulten redactados en momentos diferentes o por personas diversas, provoca graves desajustes, cuando no la perplejidad del intérprete, que no se ve capaz de una interpretación sistemática. De otro lado, resulta particularmente importante que las normas de conflicto se ajusten a las reglas procesales y, en particular, a los foros de competencia judicial internacional, y viceversa. La dimensión procesal y la sustantiva deben verse como un todo. No solo hay principios aconsejables desde el punto de vista de la eficiencia del Derecho internacional privado que apuntan en esta dirección

(*lex fori in foro propio)*, sino que la finalidad económica o social de las normas puede verse traicionada por los desajustes entre normas sustantivas y procesales.

Que un extranjero evalúe de forma crítica un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de otro país es necesariamente saludable. La proximidad de los árboles con frecuencia nos impide ver el bosque. Un observador que realiza enunciados externos, por utilizar la expresión de H. Hart,[1] nos proporciona un punto de vista objetivo y distante, que muchas veces alumbra circunstancias que no son sencillas de ver cuando el observador está más condicionado por la realidad cotidiana del sistema que se reforma. No es raro que la consideración de los problemas existentes nos despiste acerca de los problemas del futuro, y sobre estos un observador externo suele estar mejor situado que un observador interno. Con esta disculpa, espero que quienes lean este artículo sepan perdonar el atrevimiento del autor, al pronunciarse acerca de un sistema jurídico que no es el suyo.

## 2. El régimen de los bienes

### 2.1. Bienes inmuebles

*a)* Competencia judicial internacional

La sumisión de las acciones reales sobre bienes inmuebles a la competencia de los tribunales del Estado de situación del inmueble constituye una de las reglas más universales. Seguramente existen resabios feudales en la justificación de una regla que tiende a considerar a los bienes inmuebles como una extensión del territorio y, en consecuencia, de la soberanía territorial. En cierto modo, se trata de una regla fundamentada en un interés público obsoleto, que acaso deba ser revisado en la era postindustrial,[2]

1 Hart, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, p. 128.

2 Fernández-Arroyo, Diego-Pedro, *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea,* Madrid, Civitas, 1998, pp. 44-51.

pero de hecho sigue siendo una regla sin excepciones en el ámbito comparado.

El artículo 147 del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (PLDIPr), en su letra g), establece la competencia de los tribunales mexicanos correspondiente al "lugar de la ubicación de los bienes para conocer de los derechos reales sobre los mismos", regla que se encuentra asimismo en los artículos 324 y 325 del Código de Bustamante (CB). La regla no distingue entre bienes muebles e inmuebles, pero la redacción del artículo 158 da a entender que incluye a ambos tipos de bienes y, lo que es más extraordinario, que la competencia de las autoridades y tribunales mexicanos sobre los bienes inmuebles no es exclusiva, con carácter general. En efecto, el artículo 158 menciona la competencia exclusiva para los derechos reales referidos estrictamente a "tierras y aguas" y "recursos de la zona económica exclusiva". Como mucho, podría entenderse incluidas en la competencia exclusiva las materias referidas a la propiedad rústica, pero no parece clara la inclusión de la propiedad urbana o construida.

Sin embargo, esta conclusión casa mal con el llamado "efecto reflejo" de la competencia exclusiva en materia inmobiliaria, que sí se contempla en el artículo 159 PLDIPr, al establecer que "[l]as autoridades mexicanas carecen de competencia tratándose de acciones reales sobre bienes inmuebles situados en el extranjero, salvo que algún tratado o convenio internacional o el orden jurídico extranjero del lugar donde están los bienes admita la competencia de los tribunales mexicanos". En efecto, no tiene mucho sentido que los tribunales mexicanos renuncien a conocer de una acción relativa a un derecho real sobre un inmueble situado en el extranjero, al considerar que existe una competencia exclusiva de los tribunales de ese Estado, y al mismo tiempo no reivindiquen para sí esa misma competencia exclusiva cuando el inmueble se encuentre en México. Por ello, se impone una modificación de la letra a) del artículo 158, de forma que rece: "Derechos reales sobre *inmuebles,* tierras y aguas…".

b) Derecho aplicable

La competencia exclusiva en materia de derechos reales inmobiliarios se explica en un interés público que trasciende al ámbito de la ley aplicable. cuando el inmueble radica en México, dicho interés no solo llama a la competencia exclusiva de las autoridades mexicanas, sino que reclama la aplicación de la ley mexicana, como *lex rei sitae,* tal y como se dispone en el artículo 69.1° PLDIPr, que reproduce, aproximadamente, lo dispuesto en el artículo 4 d) PLDIPr. De esta forma, por razones de interés público esta vez, se alcanza el saludable principio *"lex fori in foro proprio"*.

El ámbito de la *lex rei sitae* en materia inmobiliaria se circunscribe a los aspectos reales, al modo de adquisición y al contenido de los derechos, pero no al título. Un contrato de compraventa de un inmueble en México puede sujetarse a una ley extranjera, pero la transmisión de su propiedad se somete a los requisitos establecidos por la ley mexicana. De igual modo, los derechos reales que pueden afectar a un bien inmueble situado en México, como el usufructo o la hipoteca, se deben constituir y tendrán el alcance previsto en el Derecho mexicano.

Frente a los derechos de crédito, los derechos reales se caracterizan por su eficacia *erga omnes.* La publicidad de los derechos reales, y en particular su acceso a un registro público, no se vinculan las más de las veces a una condición de validez del derecho real creado, modificado, transferido o extinguido, sino como una condición de oponibilidad del derecho real frente a terceros, cuya buena fe queda objetivamente viciada por el mero hecho de la publicidad registral. En consecuencia, la publicidad de los derechos reales es una cuestión básica del ámbito de aplicación de la *lex rei sitae*, por cuanto la ley de situación del inmueble determina las condiciones en que un determinado derecho real puede ser oponible frente a terceros subadquirentes o acreedores respecto de un determinado bien.[3]

3 *Vid.* Sánchez Lorenzo, Sixto, *Garantías reales en el comercio internacional,* Madrid, Civitas, 1993, pp. 146-155.

El artículo 69.2º PLDIPr, sin embargo, resulta equívoco al establecer que:

> [p]ara que produzcan efecto en territorio mexicano los actos jurídicos relacionados con los derechos reales sobre bienes inmuebles ubicados en México, deberán registrarse en el Registro Público del lugar de la ubicación del bien inmueble". Por un lado, esta regla puede considerarse redundante, en la medida en que las normas que rigen los registros públicos inmobiliarios son estrictamente territoriales y se aplican, por definición de su ámbito de aplicación, a todos los inmuebles situados en su territorio. Pero, en segundo lugar, es equívoca, pues su formulación resulta excesivamente genérica. Un contrato es un acto jurídico como la compraventa es un acto relacionado con un derecho real inmobiliario; es su título de adquisición. La transmisión de la propiedad entre vendedor y comprador supone la transferencia de un derecho real inmobiliario *inter partes*. ¿Quiere decir, pues, la norma, que para que un contrato de compraventa de un inmueble situado en México sea válido es necesaria la inscripción en el registro de la propiedad? ¿O implícitamente la norma se refiere solo a los efectos "reales", y no obligacionales? Y dentro de los efectos reales, ¿se aplica a los efectos reales entre las partes o frente a terceros? La respuesta depende de cómo se configure en Derecho mexicano la exigencia de inscripción registral: como una condición de validez del contrato, como una condición de transmisión del derecho real entre las partes o como una condición de oponibilidad del derecho real frente a tercero. La norma solo es clara si la inscripción registral es condición de la propia validez del contrato, y parece que este no es el sentido del Derecho privado mexicano. En efecto, al igual que en el Derecho español, la validez de la compraventa de un bien inmueble requiere, como mucho, la existencia de un documento público (artículo 2320 del Código Civil Federal, en adelante CCF), mientras que la inscripción registral se concibe como una formalidad para la oponibilidad de un derecho real frente a terceros (artículos 1950, 2266, 2310, 3007 y 3010,

entre otros, del CCF). Por ello, parecería más razonable suprimir este apartado 2° del artículo 69 y completar el apartado 1° de la siguiente forma: "Con independencia de la relación jurídica pactada, los derechos reales sobre bienes inmuebles, *así como su publicidad,* se rigen de acuerdo al orden jurídico del lugar de su ubicación.[4]

La solución propuesta requeriría, además, eliminar el artículo 71 del PLDIPr, que establece que "[l]a publicidad de los actos de constitución, transferencia y extinción de los derechos reales se rigen por el orden jurídico del Estado en el cual el bien se encuentra al momento del acto". Esta norma es, en realidad, contradictoria con lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley, e innecesaria generalmente en materia inmobiliaria. En efecto, la mayoría de los bienes inmuebles no se pueden mover, por definición, por lo que la publicidad se regirá por el lugar de situación anterior y actual, que será la misma. Pero en la hipótesis de que se trata de un bien inmueble capaz de moverse (un inmueble por destino, por ejemplo), la regla no es admisible, como tampoco lo es para los bienes muebles en general.

En efecto, cabe imaginar un bien situado en Alemania cuya propiedad se grava mediante una garantía real. Luego ese bien se traslada a México, donde la operación es objeto de registro público. Evidentemente, la publicidad de esa inscripción registral y la protección de los terceros de buena fe que actúen sobre ese bien en México quedarían expuestas si se aplicara la ley alemana, donde se sitúo el bien en el momento de la operación, que puede perfectamente reconocer la oponibilidad de la garantía frente a terceros sin necesidad de inscripción registral alguna.

En definitiva, se trate de bienes inmuebles o muebles, la publicidad de los derechos reales debe regirse siempre por la ley de situación actual del bien, y los terceros deben poder ampararse

4 El artículo 58.1° de la Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado establece: "La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles, así como su publicidad, se rigen por la ley del Estado en el cual se encuentran los bienes".

en las condiciones y efectos de la publicidad conforme a le ley donde está el bien actualmente. Cosa distinta es que la ley del lugar de situación donde se encuentra el bien en el momento de realizarse la compraventa exija una condición de publicidad para la propia validez formal de la compraventa o de la transmisión del derecho real *inter partes*. En este caso, sin embargo, la publicidad registral no es ya una condición de oponibilidad frente a terceros, sino bien una condición de validez del contrato sujeta a la *lex contractus*, o una condición de transmisión del derecho real regido, esta vez sí, por la *lex rei sitae* en el momento de constituirse el derecho real.[5]

De igual modo, la supresión del artículo 98 LFDIPr sería aconsejable.[6] Además de no añadir nada a lo dispuesto por el artículo 69 en la formulación propuesta, resulta equívoco, pues no queda claro si se refiere a los aspectos sustanciales y los efectos de la inscripción registral o a sus efectos procedimentales. Si se refiere a los aspectos sustanciales resulta, como hemos señalado, una disposición superflua. Si se refiere a los aspectos procedimentales del registro, su formulación y ubicación debería acompañar a la regla que establece la aplicación de la ley del foro al procedimiento (artículo 143 PLDIPr), de forma que se estableciera que *"La ley mexicana determinará las condiciones, procedimiento y efectos de las inscripciones registrales en los registros públicos mexicanos"*.

Finalmente, merece alguna reflexión el régimen de los bienes inmuebles que pertenecen al patrimonio cultural mexicano, sujetos a la ley mexicana conforme a lo dispuesto en el artículo 70 PLDIPr. La razón de ser de esta norma es evidente, pues se trata de hacer valer el carácter de orden público internacional o su naturaleza como leyes de policía de las disposiciones que protegen especialmente el patrimonio cultural mexicano. La nor-

5 *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado,* 9ª edición, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Civitas, 2016, p. 704.

6 "El orden jurídico regulador del registro será el del lugar donde deben inscribirse o publicarse los contratos y su publicidad se regulará conforme a lo previsto en el artículo 71 de esta Ley".

ma, sin embargo, debería extenderse a los bienes muebles, que suelen ser los bienes culturales más susceptibles de conflictos transfronterizos, al igual que los inmuebles por destino a los que se refiere el artículo 750.IV CCF. Pero, sobre todo, la norma merece bilateralizarse. La bilateralización será inmediata respeto de los inmuebles e inmuebles por destino, a favor de la *lex rei sitae*. Para los bienes muebles, sin embargo, la bilateralización del valor de protección del patrimonio cultural requeriría una nueva norma, específica, que se planteara la aplicación de la *lex originis*, en la línea con los convenios internacionales patrocinados por instituciones como UNIDROIT o la UNESCO.[7]

## 2.2. Bienes muebles corporales

*a)* Competencia judicial internacional

Al igual que para los bienes inmuebles, el *forum rei sitae,* recogido en el artículo 147 g) PLDIPr (también en el artículo 324 CB) se muestra como un criterio de competencia judicial internacional conveniente, si bien no exclusivo en este caso, pues debería poder concurrir con el foro general del domicilio del demandado, o estar abierto a una eventual *prorrogatio fori*, expresa o tácita, por las partes, opciones que en el PLDIPr se encuentran excesivamente limitadas.

En sí mismo, el *forum rei sitae* es un foro eficiente en materia mobiliaria, pues permite acumular los procedimientos y abaratar costes procesales. En otro caso, a la vez que se presenta la acción declarativa en un lugar distinto al de situación, habría que procurar una medida cautelar sobre el bien en el país en que esté situado, y proceder a la ejecución de la sentencia declarativa en ese mismo país.

7 *Vid.* Fach Gómez, Katia, "Algunas consideraciones en torno al Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. IV, 2004, pp. 237-257; Fuentes Camacho, Víctor, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales,* Madrid, Eurolex, 1998; López-Carceller Martínez, Paloma, *La reivindicación de los bienes culturales ilegalmente exportados,* Valencia, Tirant lo blanch, 2001.

Menos razonable parece la regla especial sobre competencia judicial internacional en materia de bienes en tránsito, que prevé la competencia de los tribunales mexicanos por ser el lugar de origen o destino de los bienes. La regla parece querer acomodarse a la norma especial sobre la ley aplicable a los bienes en tránsito, pero en este ámbito, como veremos, los principios que deben regir las normas de competencia y de ley aplicable no deben ser los mismos.

En el caso de la competencia judicial internacional, modificar el foro de la situación real de los bienes a favor del tribunal del lugar de origen o destino de los bienes solo tiene sentido, subsidiariamente, para aquellos casos en que los bienes hayan desaparecido: por ejemplo, si se discute sobre la propiedad y los riesgos de un cargamento hundido en alta mar. También en el caso, más excepcional, de que se intente una acción relativa a derechos reales sobre bienes que se encuentran en tránsito "físico" en el momento de presentar la reclamación. Sin embargo, la regla carece de sentido si se discute sobre alguna cuestión real sobre bienes durante su tránsito jurídico, aunque ahora se hallen detenidos e identificados. En tal caso, resulta siempre preferible la competencia de los tribunales del lugar de situación física de los bienes, que no tiene por qué coincidir necesariamente con el lugar de origen o de destino. Como se verá al abordar la cuestión de la ley aplicable, el artículo 147 j) refleja una confusión o solapamiento entre el "tránsito" como concepto jurídico y el "tránsito" como noción material o física.

*b)* Derecho aplicable

La *lex rei sitae* física o material es la conexión general más razonable en materia de derechos reales sobre bienes muebles, en la medida en que representa la ley previsible para las partes que operan en el mercado y confiere mayor seguridad jurídica. Así lo recoge el artículo 4 e) PLDIPr, al igual que los artículos 105 y 106 CB o el artículo 13.III CCF.

La principal excepción al lugar de situación física como paradigma la seguridad jurídica, se produce en aquellos casos en que un determinado bien se somete a un procedimiento de matrícula, abanderamiento o registro, como ocurre con las aeronaves, buques y otros medios de transporte. En tal caso, el lugar de registro, muchas veces público en el propio bien en virtud de signos externos, representa una suerte de "nacionalidad" del bien que aconseja su sujeción a dicha ley por razones de seguridad jurídica, tal y como prevé el primer inciso del artículo 4 e) PLDIPr.

El PLDIPr contiene dos reglas especiales que no parecen, sin embargo, tan afortunadas. Por un lado, el artículo 72 procede a una delimitación de la ley aplicable a los bienes muebles que forman parte de un inmueble, a través de una formulación equívoca: "Los bienes muebles que formen parte de un bien inmueble, tales como muebles de una casa, maquinaria o equipos de una fábrica u oficina, se rigen por el orden jurídico de su situación". Debido al uso del posesivo y al juego de las comas, no queda claro si se trata de aplicar la ley de la situación efectiva del mobiliario o, por el contrario, de la situación del inmueble. La aplicación de la situación del inmueble está indicada cuando se trata de bienes aparentemente muebles que están indisociablemente unidos al inmueble. En otro caso, lo procedente es aplicar la ley del lugar de situación física del bien mueble. Finalmente, se trata de una cuestión de calificación o delimitación entre las letras d) y e) del artículo 4 PLDIPr, pero este precepto más bien confunde que ayuda en esta dirección, por lo que parece más eficiente simplemente eliminarlo y dejar actuar al intérprete a la hora de calificar el bien como mueble o inmueble para aplicar a renglón seguido las reglas generales.

Tampoco el artículo 73 resulta particularmente claro en el tratamiento del régimen de los bienes en tránsito, tal vez, como dijimos, por omitir la distinción entre tránsito físico y tránsito jurídico. El tránsito físico viene a significar que el bien está siendo objeto de desplazamiento físico de un lugar a otro. El tránsito

jurídico adjetiva ese desplazamiento desde un punto de vista jurídico, pero no físico. El bien está en curso de transporte, pero puede hallarse detenido en un punto intermedio, un almacén, una zona franca, etc.

La distinción tiene importancia, en la medida en que cuando un bien es detenido físicamente en un lugar intermedio por la intervención de un tercero, que adquiere el bien o traba su embargo como acreedor, el tránsito jurídico se detiene igualmente, de forma que el lugar de situación del bien pasa a ser el del Estado en que el bien ha sido adquirido o embargado. En consecuencia, la regla sobre bienes en tránsito únicamente tiene relevancia en aquellos casos en que se produce una creación, transmisión o extinción de derechos reales entre las partes sobre bienes que se encuentra en tal momento en tránsito jurídico, pero no cuando, como se ha dicho, interviene un tercero.[8]

El caso característico es el de la disposición, venta o hipoteca sobre la propiedad de un cargamento que en el momento de la transmisión o constitución del derecho real está en curso de travesía. En consecuencia, el artículo 73[9] precisa limitar su ámbito de aplicación, y al mismo tiempo resolver la paradoja o el *lapsus calami* que presenta el prever dos soluciones para el caso de desconocimiento del lugar de destino: "*La constitución, cesión o modificación de derechos reales sobre* bienes en tránsito se regirán por su ley de destino; en caso de que este se desconozca, se regirán por el orden jurídico de su origen. Si se ignora el lugar de *origen* se aplicará *la ley del* lugar donde estuvieron por última ocasión".

8 *Vid. ad ex.*, SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Garantías reales…, op. cit.,* p. 114; D'AVOUT, Louis, "Property and Propietary Rights", *Encyclopedia of Private International Law*, Cheltenham/ Northampton, Edward Elgar, 2017, p. 1432; CARRUTHERS, Janeen M., *The Transfer of Property in the Conflicts of Laws (Choice of Law Rules Concerning Inter Vivos Transfers of Property),* Oxford University Press, 2005, pp. 88-90.

9 "Los bienes en tránsito se regirán por su ley de destino; en caso de que éste se desconozca, se regirán por el orden jurídico de su origen. Si se ignora el lugar de destino se aplicará el del lugar donde estuvieron por última ocasión".

### 2.3. Bienes muebles incorporales y títulos-valor

a) Competencia judicial internacional:

El régimen de Derecho internacional privado relativo a los derechos reales sobre bienes muebles incorporales presenta la inicial dificultad que implica la diversidad de estos derechos. Dentro de esta noción caben los créditos, las acciones y participaciones sociales o los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Algunos de estos derechos son objeto de un registro de los que depende la propia existencia del derecho real o valor de explotación económica exclusiva. Es el caso de buena parte de los derechos de propiedad industrial o intelectual o de las participaciones o acciones que deben ser objeto de registro o anotación. En estos casos, la competencia judicial viene determinada por el *forum protectionis*, es decir, corresponde a los tribunales del lugar en que radica el registro de los bienes incorporales [artículo 147 j) y k)].

En el caso de las participaciones societarias, también resulta conveniente el recurso al foro del lugar de constitución de la sociedad. El artículo 147 l) PLDIPr, no obstante, extiende la competencia de los tribunales mexicanos no solo a aquellos casos en que la sociedad se ha constituido en México (sede social), sino también cuando tenga en México su domicilio (sede real).

También es razonable que la propiedad de los títulos de crédito y los títulos-valor se someta al lugar en que están situados físicamente los títulos, (artículo 147 I PLDIPr). Pero en este caso el *forum situs cartae* debe circunscribirse a las cuestiones que afecten estrictamente a la posesión del título, y no a sus consecuencias sobre los derechos que incorpora, que deben seguir su propio foro. El PLDIPr presenta en este punto algunas reglas contradictorias. Además del artículo 147 l, el artículo 141 (que se repite en el artículo 155) formula una regla específica para los títulos valor adquiridos en ofertas públicas, designando la com-

petencia razonable del Estado emisor. En otro caso, se abren al demandante el foro del lugar del pago o del domicilio del demandado. Finalmente, los créditos y otros derechos incorporales no sometidos a registro se someten a los tribunales del domicilio del deudor (artículo 147 k PLDIPr), lo que pretende acomodarse a las soluciones sobre ley aplicable.

b) Derecho aplicable

La *lex loci protectionis* o ley del país de registro es la conexión universalmente aceptada para regir los derechos reales incorporales sometidos a inscripción registral, de forma que en estos supuestos se sigue el principio *lex fori in foro proprio.* El artículo 74 PLDIPr, siguiendo la línea marcada por el artículo 108 CB, sigue esta solución, que caracteriza en particular el régimen de los derechos de propiedad intelectual e industrial.

En contrapartida, el precepto citado establece una regla general consistente en la aplicación de la ley de la residencia del deudor para los derechos reales sobre bienes incorporales no sujetos a registro. La regla es muy común en el Derecho comparado cuando se trata de determinar la ley aplicable a los derechos reales sobre créditos,[10] y así se contempla, aunque con carácter residual respecto de la *lex loci solutionis*, en el artículo 107 CB.

Sin embargo, esta regla general debe acompasarse y tal vez remitirse explícitamente a lo dispuesto en el artículo 142 PLDIPr. Por lo que se refiere a las acciones y participaciones societarias, si se encuentran anotadas en cuenta o registradas, no hay obstáculo para aplicar la regla general relativa a la ley aplicable a los derechos reales sobre derechos incorporales sometidos a registro, a favor de la ley del lugar en que se encuentran registradas o ano-

10 *Vid.* FORNER DELAYGUA, Joaquim Joan, "Prenda sobre derechos de crédito. Aspectos de Derecho internacional privado (ley aplicable", *La adquisición y transmisión de derechos reales. Estudio de Derecho catalán y otros sistemas jurídicos,* Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 213-234; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco Javier y HEREDIA CERVANTES, Iván, "Ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos: novedades legislativas", *Diario La Ley*, núm. 7629, 13-15 mayo 2011.

tadas las participaciones, acciones o derechos sociales. En otro caso, resulta asimismo plenamente justificada la aplicación de la *lex societatis*, entendida como ley del lugar de constitución de la sociedad, a la que hace referencia el artículo 142 PLDIPr.

Finalmente, el artículo 142 PLDIPr se ocupa también de la ley aplicable a los títulos de crédito y a los títulos-valor. La *lex situs cartae* rige la transferencia ordinaria de la posesión del título no registrado. Cuestión distinta es la transmisión de obligaciones cambiarias o instrumentos negociables, particularmente de los títulos cambiarios, cuyo contenido y efectos se somete a la *lex loci solutionis*, que es la ley más previsible para los operadores. Se trata de una opción razonable en materia de títulos negociables y cambiarios, que ya venía prevista en el artículo 8 de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas de 30 de enero de 1975, de la que México es parte.

## 3. El régimen de las obligaciones

### 3.1. Obligaciones contractuales

*a)* Competencia judicial internacional

Las reglas de competencia judicial internacional en materia de obligaciones padecen la injustificada restricción general en el Proyecto de Ley a la *prorrogatio fori.* En efecto, las cláusulas de elección de fuero, o la sumisión tácita, solo son efectivas en favor de la competencia de los tribunales mexicanos si concurren conexiones objetivas adicionales. Este carácter restrictivo de los foros basados en la autonomía de las partes ya se contenía en el artículo 318 CB y ha pasado igualmente al artículo 157 PLDIPr, que delimita las conexiones objetivas con México que requiere la aceptación de la competencia judicial internacional prorrogada: solo es admisible si se encuentra en México el domicilio de alguna de ambas partes y, además, bien la cosa objeto de litigio, bien el lugar de cumplimiento de la obligación litigiosa.

La regla transcrita es una regla general, aplicable no solo a las obligaciones contractuales, sino a cualquier materia disponible con carácter general (derechos reales, obligaciones no contractuales, sucesiones…). En determinadas materias, como las causas matrimoniales, las sucesiones o los alimentos es posible que una justificación de la *prorrogatio fori* quede limitada a determinados supuestos o Estados particularmente vinculados. Sin embargo, en materia de obligaciones, singularmente comerciales, el condicionamiento de la *prorrogatio fori* a elementos de conexión objetiva, máxime tan rigurosos, no se compadece con las tendencias más extendidas del Derecho internacional privado actual ni, tampoco, con el principio de libertad que preside las normas sobre Derecho aplicable. Una fuente de inspiración podría encontrarse en los artículos 10 y 11 de la Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado.

Esta limitación produce efectos más perniciosos aún desde el momento en que el PLDIPr no contempla un foro general, como el del domicilio del demandado, ni tampoco un foro especial en materia de obligaciones contractuales, que bien podría ser el foro del lugar de ejecución de la obligación en México. En suma, el PLDIPr debería considerar la procedencia de recoger una norma similar a la contenida en el artículo 323 del Código de Bustamante o, como se ha dicho, a los artículos 10 y 11 de la Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado.

Si aplicáramos el texto del PLDIPr en su estado actual, se daría la circunstancia de que los tribunales mexicanos no serían competentes para conocer de un contrato que deba cumplirse en México, ni siquiera si el demandado está domiciliado en México. La falta de tutela judicial efectiva y el riesgo de *non liquet* es, pues, tan evidente como la laguna. Pero aun cuando se corrija esta laguna, si el Derecho internacional privado mexicano quiere adaptarse a la realidad actual del comercio internacional, debería aceptar la competencia de los tribunales mexicanos por el mero hecho de que las partes sometan sus contratos a tal jurisdicción. Cosa distinta es que esta regla general amerita asimismo excep-

ciones, que deben retenerse en el proyecto, limitando el juego de la autonomía de la voluntad en la elección del fuero en caso de contratos de seguro, laborales o celebrados por consumidores.

La laguna descrita acerca de la falta de un foro general del domicilio del demandado o de un foro especial que recoja el lugar de ejecución del contrato en México, es más evidente si nos atenemos al foro previsto en el artículo 154 PLDIPr, que establece la competencia de los tribunales mexicanos, "[t]ratándose de acciones contra personas jurídicas o morales con residencia en el extranjero (…) si la persona cuenta con sucursal en territorio mexicano y en este lugar se celebró la transacción que da lugar a la acción procesal. También será competente la autoridad mexicana, si la empresa tuvo su residencia en México o se constituyó en México al momento de la transacción". Resulta evidente que, si esto es posible, con más razón deberán ser competentes los tribunales mexicanos si la persona jurídica tiene su residencia en México tanto ahora como en el momento de la transacción (foro del domicilio o residencia del demandado). Y la misma regla debe extenderse a las personas físicas.

b) Derecho aplicable

En contraste con la parquedad de las normas sobre competencia judicial internacional en materia de obligaciones contractuales, el PLDIPr dedica una extensa reglamentación a la determinación de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, contenida en los artículos 89 a 96 PLDIPr. Se trata de una reglamentación satisfactoria en términos generales y, sin embargo, la mejor opción tal vez sea prescindir por completo de toda ella.

En efecto, México es parte de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales, hecha en México el 17 de marzo de 1994.[11] Se trata de un texto meritorio y progresista que aporta soluciones modernas a la cuestión de

11 *Vid.* Pereznieto Castro, Leonel, "Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* núm. 4, 1994, pp. 765-776.

la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Aunque únicamente haya sido suscrita por México y Venezuela, su artículo 2 contempla el carácter universal de sus normas, es decir, su aplicación aunque el Derecho designado no sea el de un Estado parte de la Convención. Dada la preeminencia de las fuentes internacionales, este carácter universal implica que los jueces mexicanos aplicarán la Convención en todos los casos, de forma que las normas de la Ley interna nunca tendrán ocasión de ser aplicadas. Por ello, en este apartado hubiese sido más razonable una mera remisión o copia, para determinar la ley aplicable a las obligaciones contractuales, de lo dispuesto en la Convención de México. Además, la normativa proyectada, aunque se inspira en la Convención, no mejora su redacción. Por ejemplo, el artículo 7 de la Convención formula de manera más clara los supuestos de elección expresa o tácita, total o parcial.

Además de la eliminación pura y simple de los artículos 89 a 96 PLDIPr a favor de la remisión a la Convención de México, otros preceptos deben ser revisados y son a menudo contradictorios con las propias disposiciones de los artículos 89 a 96. En concreto, el artículo 4 g) PLDIPr establece que "[s]alvo lo previsto en las fracciones anteriores u otras disposiciones de esta ley, los efectos jurídicos de los actos y contratos se regirán por el orden jurídico del lugar en donde deban ejecutarse, a menos que las partes hubieran elegido regirse por otro orden jurídico". La norma recoge lo dispuesto en el artículo 13.V CCF, que no es especialmente afortunada. Por una parte, limita injustificadamente su ámbito de aplicación a los "efectos" de los contratos, pero además contiene una regla contradictoria en caso de falta de elección de la ley aplicable por las partes, que tanto en la Convención de México como en el artículo 92 PLDIPr es la ley más estrechamente vinculada. Por si fuera poco, aunque el lugar de ejecución del contrato pueda ser un foro razonable de competencia, es un punto de conexión ineficiente en materia de ley aplicable.[12]

12 *Vid.* Orejudo Prieto de los Mozos, Patricia y Rueda Valdivia, Ricardo, "Ley aplicable a los contratos internacionales", *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y trasnacional)*, 3ª Edición, t. II., Cizur Menor, Thomson-Reuters/Civitas, 2016, pp. 590-603.

En efecto, en términos de análisis económico, la aplicación de la ley del lugar de ejecución de contrato implica costes de transacción adicionales. Si un fabricante mexicano que exporta y entrega sus mercancías en todo el mundo ve sometidos sus contratos de compraventa al país de importación como lugar de ejecución o entrega, o un prestador de servicios sus obligaciones al lugar cambiante de prestación, necesitará ajustar sus contratos jurídicamente a decenas de sistemas jurídicos, repercutiendo en sus clientes los costes jurídicos de información y perdiendo competitividad en el mercado. Para evitarlo, en la Unión Europea se optó por presumir como ley más vinculada la de la residencia del prestador característico (vendedor, prestador de servicios, etc.), evitando así los costes que implica la aplicación de la ley del comprador o de quien se obliga a la mera prestación dineraria (artículo 4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales – "Roma I").[13] El artículo 46 de la Ley Modelo OHADAC de Derecho internacional privado se inspira asimismo en el mismo principio. En resumidas cuentas, también el artículo 4 g) debería ser borrado del PLDIPr.

También el artículo 3 c) del PLDIPr merecería la suerte de la eliminación. Establece dicho precepto que "[c]uando se trate de contratos o convenios que involucren dos o más ordenes jurídicos, el significado deberá hacerse, salvo lo prescrito en el orden jurídico que los regule, conforme a la autonomía de las partes, así como sus prácticas". En materia de interpretación del contrato no ha lugar a la aplicación de la *lex fori* ni al juego de normas materiales como la presente. Como reza en el artículo 14 de la Convención de México y en el artículo 96 del PLDIPr, la interpretación del contrato es la primera y principal cuestión que cae, y lo hace siempre, dentro del ámbito de aplicación de la ley rectora del contrato. De hecho, los contratos internacionales necesitan una ley aplicable para cumplir tres funciones: la primera, establece el marco de la autonomía de la voluntad de las partes

13 *Vid.* Fernández Rozas, José Carlos y Sánchez Lorenzo, Sixto, *op. cit.,* pp. 593-594.

(función restrictiva); pero en segundo lugar, la ley del contrato sirve para interpretar las disposiciones ambiguas u oscuras del contrato y para integrar sus lagunas (funciones interpretativa e integrativa).[14] En suma, la aplicación de una ley al contrato exige respetar, en especial, las reglas que rigen en ese sistema para interpretar sus disposiciones e integrar las lagunas del contrato. No siempre esas reglas atienden a la verdadera intención de las partes con la misma naturalidad que en los sistemas romano-germánicos.[15]

También las normas del PLDIPr resultan desaconsejables en aspectos relativos a la elección de la ley aplicable, y presentan aspectos criticables en comparación con la regulación contenida en la Convención de México. Así, el párrafo segundo del artículo 104 establece una restricción innecesaria del momento de la elección, al requerir que dicha elección se produzca "antes de presentarse alguna reclamación". Precisamente, el supuesto más habitual y seguro en términos jurídicos para una elección tácita, se produce tras la presentación de una demanda: el demandante ampara su reclamación en un determinado derecho, y la otra parte se aviene contestando a la demanda sobre la base de ese mismo derecho, incluso en contradicción con una elección expresa realizada en el propio contrato. No se entiende muy bien por qué este planteamiento acordado del debate procesal entre las partes en torno a un mismo Derecho no puede ser objeto de tutela en un procedimiento presidido por el principio dispositivo y la justicia rogada.

Tampoco es afortunado el párrafo primero del artículo 104 ni el artículo 105 PLDIPr al establecer las condiciones en que puede existir una limitación, absoluta o relativa, a la elección de la ley aplicable, fundada en razones de interés público o por tratarse

14 *Vid.* SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts after Rome I", *Yearbook of Private International Law,* vol. 12, 2010, pp. 67-68.

15 *Vid.* SÁNCHEZ LORENZO, Sixto: "La interpretación del contrato", *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y tnasnacional)*, 3ª Edición, t. II., Cizur Menor, Thomson-Reuters/ Civitas, 2016, pp. 235-282.

de contratos con parte débil. La redacción de ambos preceptos es imprecisa y algo confusa, y resultaría preferible establecer estos límites en las reglas específicas relativas a la ley aplicable a contratos con parte débil, que sin son necesarias en la medida en que no se contemplan en la Convención de México. En contrapartida, la regla general sobre normas imperativas del foro o de un tercer Estado del artículo 11 de la Convención de México se antoja suficiente para limitar la ley elegida por otros motivos de interés público.

La delimitación entre cuestiones contractuales y reales que propone el artículo 108 LPDIPr no parece tampoco muy aconsejable. El párrafo primero es confuso: la elección de la ley aplicable cabe respecto de las obligaciones, y no respecto de los derechos reales, pero el precepto se refiere a la creación de derechos reales y personales, y circunscribe la elección de la ley aplicable a los segundos de forma incorrecta. La creación de derechos reales depende de un aspecto obligacional (el título) y de otro real (el modo). Pues bien, las partes pueden perfectamente elegir la ley aplicable al título de creación de un derecho real, como puede ser un contrato de prenda, si bien el derecho real no se constituye ni se transfiere como tal (modo) conforme a dicha ley, sino conforme a la *lex rei sitae*. Parece preferible que esta delimitación se excluya de la normativa y se deje al buen criterio del intérprete. Del mismo modo, el apartado segundo del artículo 108 es equívoco: si no hay elección de la ley aplicable al contrato, las obligaciones se regirán por la ley más estrechamente conectada, pero los aspectos reales siempre se rigen por la *lex rei sitae* haya o no elección de la ley aplicable a las obligaciones. Condenemos, pues, al artículo 108 al ostracismo en aras de la sencillez.

Otras cuestiones controvertidas nos llevan a obligaciones contractuales específicas. El artículo 99 PLDIPr establece una regla específica acerca de la eficacia de las declaraciones de la voluntad y de las promesas unilaterales, que se someten a la ley del lugar en que se realizan y, en caso de indeterminación, a la ley de la residencia habitual del promitente u oferente. *La lex loci celebra-*

*tionis* se justifica menos, por aleatoria, que la ley de la residencia habitual del oferente; pero en cualquier caso esta disposición es redundante o incluso incoherente con lo dispuesto en el artículo 109 PLDIPr, que respecto de los actos jurídicos unilaterales antepone la ley elegida por la parte a la ley del lugar de celebración.

En realidad, los actos unilaterales deberían regirse por la misma regla que los actos bilaterales. A la luz de las circunstancias, y en defecto de elección de la ley aplicable, la determinación de la ley más vinculada llevará en la mayoría de los casos a la ley de la residencia del promitente o del lugar de celebración. En efecto en este punto lo verdaderamente relevante es una norma específica acerca de la aplicación de la ley de la residencia habitual del oferente incluso en actos bilaterales, cuando no parezca razonable aplicar la ley del contrato para determinar la perfección y validez del contrato y, en particular, el consentimiento de una de las partes (artículo 10 del Reglamento "Roma I" y artículo 12 de la Convención de México).

También merece ser revisada la delimitación de contratos y de supuestos que se desprende de la regla específica sobre la ley aplicable a los contratos de consumo del artículo 4 h) PLDIPr. Parece que la norma se refiere a los contratos de consumo relativos a la venta o a los servicios al consumidor. De hecho, el término "mercancía" resulta particularmente equívoco, pues se ajusta a los contratos mercantiles y no a los contratos de consumo. La aplicación de la ley de la residencia habitual del consumidor, sin embargo, no se justifica con semejante alcance general, al igual que tampoco cabe excluir, en todo caso, la posibilidad de una elección de la ley aplicable, en la medida en que no perjudique los intereses del consumidor o sea posterior al nacimiento del litigio. Pero, sobre todo, resulta excesivo que se aplique la ley de la residencia habitual del consumidor.

Siendo México una potencia turística, esta norma implica que cada vez que un huésped se aloja en un hotel mexicano, este servicio no se rige por la ley mexicana, sino por la ley del país de

residencia del huésped. Esta solución tiene sentido si el cliente del hotel ha sido captado en su país por la cadena hotelera, el turoperador o a través de una web dirigida al Estado de su residencia habitual, pero introduce un factor de desequilibrio e injusticia si se trata de un consumidor "activo" y no "pasivo". De hecho, esta materia requiere plantearse asimismo el juego de normas de competencia judicial internacional específicas que puedan proteger a los consumidores residentes en México de forma que puedan actuar en México, siempre que hayan sido consumidores pasivos.

Por otra parte, particularmente prolijo es el régimen de los contratos laborales contenido en el PLDIPr, claramente inspirado en el *favor laboratoris*. En este caso, el juego de la autonomía conflictual está mejor resuelto en el artículo 117, aunque cabe clarificar su redacción. Las partes pueden elegir el Derecho aplicable, siempre que tenga alguna conexión sustancial con el contrato, pero el trabajador dispone del umbral mínimo de protección que le brinda la ley aplicable en defecto de elección, para lo que los artículos 111 y 112 (habrá que optar por uno solo entre ellos), diseñan un sistema de conexiones alternativas vinculadas a la relación laboral, entre las que se aplicará aquella que designe el Derecho más favorable al trabajador. Este principio del *favor laboratoris* se repite de manera casi obsesiva, pero realmente redundante, en otros preceptos como los artículos 120, 122, 128 o 129, que bien podrían eliminarse.

Aunque el principio rector resulta respetable, la solución dada a los trabajadores que realizan su trabajo en medios de transporte que se desplazan internacionalmente merece ser revisada. Los artículos 124 y 125 PLDIPr contemplan una reglamentación algo confusa, que se remite a los convenios internacionales y, en su defecto, al propio Derecho mexicano, teniendo en cuenta le ley del pabellón, matrícula o registro. En realidad, dado como se configura la regla general, estas disposiciones perjudican a este tipo de trabajadores. Particularmente en el caso de los trabajadores del mar, el pabellón del buque presenta escasa proximidad

y puede resultar de mera complacencia. En contrapartida, la regla general permite considerar la aplicación de la ley del lugar en que radica el establecimiento que ha contratado al trabajador o la base logística del transportista como leyes más favorables al trabajador.

Finalmente, las reglas sobre las obligaciones cambiarias y los títulos de crédito (artículo 135 PLDIPr), que siguen lo dispuesto en el artículo 5 de la Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de letras de cambio, pagarés y facturas, mejoran el modelo ginebrino y dotan de mayor seguridad al tráfico cambiario, pues omiten la ley del lugar en que se contrae cada obligación cambiaria a favor de la ley del lugar del pago cuando la primera no consta en el título. La *lex loci solutionis* (como ley del banco) es la conexión retenida asimismo en materia de cheques (artículo 140), lo que favorece la previsibilidad de los sujetos involucrados en su circulación.

### 3.2. Obligaciones no contractuales

*a)* Competencia judicial internacional:

Las soluciones previstas para la competencia judicial internacional de los tribunales mexicanos en materia de responsabilidad extracontractual adolecen de las mismos defectos ya señalados para las obligaciones contractuales, por lo que se refiere tanto a la limitación del foro general de la sumisión expresa o tácita, la ausencia de mención al foro general del domicilio del demandado y la falta de un foro especial sobre la materia de alcance general. La única referencia específica se contienen en el artículo 154 PLDIPr *in fine*.[16] No es fácil desentrañar el sentido de esta regla y su eventual vinculación con el foro relativo a la actividad de sucursales de entidades extranjeras en México. Por otra parte, la aparente alternativa que brinda entre las autoridades

16 "Si la acción personal se deriva de una responsabilidad extracontractual o responsabilidad por el producto será competente, a elección del actor, la autoridad mexicana o la del domicilio o residencia del fabricante o diseñador del producto".

mexicanas o las del país del domicilio del fabricante o productor es impropia de un régimen de competencia judicial interno, que es necesariamente unilateral, pero deja en el aire cuál es en realidad el criterio de atribución del que pueden servirse las autoridades mexicanas. Bien es sabido que el Derecho comparado ampara en esta materia tanto el *forum delicti commissi* como la competencia accesoria en el caso de procedimientos penales. En este sentido, el Proyecto bien podría inspirarse en la propuesta que se contiene en el artículo 14.1 ii) de la Ley Modelo OHADAC de Derecho Internacional Privado.

*b)* Derecho aplicable

La regla general en materia de ley aplicable a la responsabilidad extracontractual se contiene en el artículo 101 PLDIPr, que se inclina por la *lex loci delicti commissi,* mediatizada por el llamado "principio de ubicuidad", que deja en manos de la víctima la elección entre el lugar del acontecimiento causal o de manifestación del daño cuando ambos elementos están separados. Esta es una opción habitual en materia de competencia judicial internacional, pero menos frecuente en materia de ley aplicable con carácter general, pues supone una regla de *favor laesi* que no parece indiscutiblemente justificada en una situación jurídica de debilidad de una de las partes. La tendencia moderna se inclina más bien por aplicar la ley del lugar de manifestación del daño, que se acomoda mejor a un sistema de responsabilidad objetiva que la ley del acontecimiento causal, amparada más bien en el principio de responsabilidad, por culpa que imbuye, asimismo, al viejo artículo 168 CB. En cualquier caso, el artículo 101 es mucho más razonable que el artículo 110, con el que se contradice, que no solo excluye la *lex loci damni* a favor de la ley del acontecimiento causal, sino que contempla, en su defecto, la aplicación de la ley de la residencia habitual de la víctima que resulta completamente aleatoria, además de imprevisible para el operador que crea la situación de riesgo.

En contraste, el principio de ubicuidad es característico en el régimen de la ley aplicable a los daños medioambientales [*ad ex.*

artículo 7 del Reglamento (UE) núm 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales ("Roma II"); artículo 55 de la Ley Modelo OHADAC]. Sin embargo, el artículo 102 del PLDIPr resuelve uno de los problemas críticos de esta reglamentación, al añadir el criterio de la residencia del causante del daño. Esta última conexión permite resolver los supuestos de daños medioambientales que se generan a través de procesos de deslocalización corporativa, en que empresas sujetas en realidad al control de corporaciones establecidas en países desarrollados, realizan actividades industriales o comerciales en Estados en vías de desarrollo con estándares más bajos de protección medioambiental que la de los propios países en que radican las corporaciones contaminantes, y en donde se producen tanto los acontecimientos causales como los daños propiamente dichos.[17]

También resulta razonable la configuración del *favor laesi* en materia de responsabilidad por productos (artículo 103 PLDIPr), que permite a la víctima la opción por el lugar de residencia del responsable, de adquisición del producto o del daño, si bien con una razonable reserva de comercialización en el caso del lugar de adquisición del producto. Sin embargo, una necesaria previsibilidad y un eficiente reparto de costes y beneficios exigirían en estos supuestos extender la reserva de comercialización al lugar de producción del daño, a la manera del artículo 53 de la Ley Modelo OHADAC. Cabe imaginar un fármaco no autorizado en EE.UU. que sintetiza un laboratorio mexicano y distribuye exclusivamente en las farmacias de México. Ciudadanos norteamericanos atraviesan las fronteras y adquieren dicho fármaco en México, lo ingieren en EE.UU. y sufren daños secundarios. Si reclaman en México, el artículo 103 PLDIPr implicaría la posibilidad de aplicar el Derecho norteamericano (lugar del daño), pese a que los laboratorios mexicanos no obtengan un benefi-

17 En relación con el artículo 7 del Reglamento "Roma II", Álvarez Armas, Eduardo fundamenta esta crítica en su tesis doctoral *Private International Environmental Litigation before EU Courts (Choice of Law as a Tool of Environmental Global Governance)*, Lovaina, 2017.

cio económico por una exportación inexistente, si bien deben asumir los riesgos. Los riesgos, en este caso, deberían asumirlos los consumidores "activos" norteamericanos que adquirieron el producto en México, y que deben poder reclamar conforme al Derecho mexicano (lugar de adquisición de producto y del establecimiento responsable), pero no conforme al Derecho norteamericano (lugar del daño imprevisible para el laboratorio).

Por último, el artículo 100 establece una regla general para los cuasicontratos fundada en la aplicación de la ley del lugar donde se produjo el hecho del que deriva la obligación asociada al enriquecimiento injusto, el pago de lo indebido o la gestión de negocios. Esta solución, sin embargo, no optimiza la previsibilidad cuando el cuasicontrato se asocia a una relación jurídica previa de naturaleza contractual o extracontractual. Por ejemplo, un pago indebido o una gestión de negocios ajenos (por exceso de mandato) entre las partes de un contrato compraventa o agencia comercial. En estos casos, resulta preferible por razones de previsibilidad entre las partes, que se aplique la misma ley rectora de la relación contractual o extracontractual en cuyo marco se realiza o con la que se asocia el cuasicontrato en cuestión.

## 4. Conclusión

El análisis crítico realizado acerca de las disposiciones proyectadas en materia de bienes y obligaciones en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado en México permite concluir con que igual que lo mejor suele ser enemigo de lo bueno, lo sencillo suele ser más eficaz que lo complejo. En las materias analizadas, el PLDIPr podría mejorar sustancialmente simplemente con eliminar muchos de los preceptos que contiene el Proyecto. Habría que incorporar muchos menos, en su lugar.

Sin embargo, es preciso y más difícil alterar la concepción de base. El texto proyectado refleja una suerte de volcado del acervo existente, desde el artículo 13 CCF al Código de Bustamante en algunos casos. Una Ley de DIPr ambiciosa requiere una

reconstrucción completamente *ex novo*. En este sentido, la Ley Modelo OHADAC puede ser una referencia, siquiera sea meramente estructural. El PLDIPr se muestra fiel del Código de Bustamante en un aspecto clave: el eje conflictualista y el valor adjetivo del Derecho procesal civil internacional. La concepción del Derecho internacional privado moderno es más bien la contraria. Las reglas de competencia judicial internacional no solo no son adjetivas, sino que son previas a las de Derecho aplicable. Lo son en un plano lógico y en un plano cronológico. Anteceden al problema de la ley aplicable y lo condicionan. De ahí que la coherencia entre los principios que rigen la competencia judicial internacional, centrados en la tutela judicial efectiva, los derechos de defensa y la protección de ciertos intereses públicos, y los principios específicos de los conflictos de leyes, orientados por la previsibilidad y la seguridad jurídica, la protección de determinados sujetos o ciertos intereses públicos, deba ser un factor determinante del proceso legislativo.

En suma, una Ley de DIPr es un objetivo muy importante, que merece ser alcanzado a través de un proceso muy reflexivo, con la suficiente calma y sobrado cálculo. De lo contrario, el mal puede ser mayor que el bien.

## 5. Bibliohemerografía

### Bibliografía

CARRUTHERS, Janeen M., *The Transfer of Property in the Conflicts of Laws (Choice of Law Rules Concerning Inter Vivos Transfers of Property),* Oxford University Press, 2005.

FERNÁNDEZ-ARROYO, Diego-Pedro, *El arrendamiento de inmuebles en la Unión Europea,* Madrid, Civitas, 1998.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado,* 9ª Edición, Cizur Menor, Thomson-Reuters/Civitas, 2016.

FUENTES CAMACHO, Víctor, *El tráfico ilícito internacional de bienes culturales,* Madrid, Eurolex, 1998.

HART, Herbert Lionel Adolphus, *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961.

LÓPEZ-CARCELLER MARTÍNEZ, Paloma, *La reivindicación de los bienes culturales ilegalmente exportados*, Valencia, Tirant lo blanch, 2001.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Garantías reales en el comercio internacional*, Madrid, Civitas, 1993.

**Hemerografía**

ÁLVAREZ ARMAS, Eduardo, *Private International Environmental Litigation before EU Courts (Choice of Law as a Tool of Environmental Global Governance)*, Tesis, Lovaina, 2017.

D'AVOUT, Louis, "Property and Propietary Rights", en *Encyclopedia of Private Intrernational* Law, Cheltenham/Northampton, Edward Elgar, 2017, pp. 1.428-1.436.

FACH GÓMEZ, Katia, "Algunas consideraciones en torno al Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. IV, 2004, pp. 237-257.

FORNER DELAYGUA, Joaquim Joan, "Prenda sobre derechos de crédito. Aspectos de Derecho internacional privado (ley aplicable", *La adquisición y transmisión de derechos reales. Estudio de Derecho catalán y otros sistemas jurídicos*, Madrid, Marcial Pons, 2009, pp. 213-234.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco Javier y HEREDIA CERVANTES, Iván, "Ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos: novedades legislativas", *Diario La Ley*, núm. 7629, 13-15 mayo 2011.

OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia y RUEDA VALDIVIA, Ricardo, "Ley aplicable a los contratos internacionales", *Derecho*

*contractual comparado (una perspectiva europea y trasnacional)*, 3ª Edición, t. II., Cizur Menor, Thomson-Reuters/Civitas, 2016, pp. 571-626.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel, "Introducción a la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales", *Rivista di diritto internazionale privato e processuale,* núm. 4, 1994, pp. 765-776.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "Choice of Law and Overriding Mandatory Rules in International Contracts after Rome I", *Yearbook of Private International Law,* vol. 12, 2010, pp. 67-91.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, "La interpretación del contrato", *Derecho contractual comparado (una perspectiva europea y trasnacional)*, 3ª Edición, t. II., Cizur Menor, Thomson-Reuters/Civitas, 2016, pp. 235-282.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 91-125.

# CONVENIO DE LA HAYA SOBRE ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO EN EL COMERCIO ENTRE EUROPA Y MÉXICO

## HAGUE CONVENTION ON FORUM ELECTION AGREEMENTS IN THE TRADE BETWEEN EUROPE AND MEXICO

*Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe**

**RESUMEN:** En el derecho autónomo de México existen obstáculos para la validez y eficacia de acuerdos de prórroga en favor de tribunales extranjeros y para la libre circulación de sentencias, lo que afecta el comercio con países de la Unión Europea (UE). Estos se deben, sobre todo, a una actitud negativa hacia tales acuerdos en algunos Estados de la Federación y a requisitos anticuados para la ejecución de sentencias extranjeras, como el exhorto por el juez de origen, la reciprocidad internacional y la homologación de la sentencia por medio del exequatur. Estos obstáculos pueden ser subsanados en gran parte por el Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro, con sus tres principios rectores: el tribunal elegido debe conocer del asunto cuando el procedimiento se inicie ante él; cualquier otro tribunal de un Estado miembro, ante el cual se inicie un procedimiento, debe negarse a conocer del asunto; y la sentencia del tribunal elegido deberá gozar de reconocimiento y de ejecución en otros Estados miembros. El Convenio es aplicable a acuerdos de prórroga en favor de tribunales mexicanos o de la UE. Sus soluciones se demuestran con la ayuda de un caso práctico mexicano-alemán. Sin embargo, quedan problemas porque el

* Estudios de Derecho en la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich, Alemania. Primer y segundo examen de Estado en Derecho en Múnich. Doctor en Derecho y Doctor habilitado en Derecho por la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich. Presidente del Instituto para las relaciones jurídicas internacionales de la FernUniversität Hagen y Director de la Sección: Derecho de los Estados Iberoamericanos. Miembro del Executive Board de Edelnet, cooperación entre la FernUniversität Hagen, la Open Universiteit Nederland (OU Nl) y la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) de España con asociación de la Open University UK y la Mykolo Romero Universitetas, Vilnius, Lituania. Catedrático de Derecho Civil, Procesal Civil, Internacional Privado y Comparado en la FernUniversität Hagen (Universidad a Distancia en Hagen), Alemania. Correo: *Karl-August.vonSachsen-Gessaphe@fernuni-hagen.de*

procedimiento de ejecución se rige en gran parte por la ley del foro requerido lo que permite seguir aplicando procedimientos de exequatur. Además, el ámbito tanto material como, sobre todo, espacial del Convenio es limitado, por lo que es de esperarse que más Estados se adhieran a él.

**PALABRAS CLAVE:** Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, exequatur.

**ABSTRACT:** In autonomous Mexican law, there are several obstacles to the validity and efficiency of choice of court agreements in favor of foreign courts and to the free circulation of judgments. This may have a negative impact on commercial relations with States of the European Union (EU). These obstacles are mainly due to a negative attitude of some Mexican Federal States towards such agreements and to some antiquated conditions for the enforcement of foreign judgments such as letters rogatory issued by the judge of origin, international reciprocity and the need for a declaration of enforceability in an exequatur proceeding. These problems can be largely solved by the Hague Convention of 30 June 2005 on Choice of Court Agreements with its three basic principles: the chosen court must hear the case when proceedings are brought before it; any other court before which proceedings are brought must refuse to hear them; and the judgment of the chosen court must be recognised and enforced in every other Member State. This Convention applies to choose of court agreements in favour of Mexican and EU courts. Its solutions will be demonstrated by a practical german-mexican case. Nevertheless, some problems remain unsolved: First, the procedure for recognition is largely governed by the law of the requested State; this allows the latter to still apply the exequatur proceeding. Secondly, the material and territorial scope of application of the Convention is quite limited; therefore, one can hope that in the future more States will accede to the Convention.

**KEYWORDS:** Hague Convention on Choice of Court Agreements, recognition and enforcement of foreign judgments; exequatur proceeding.

Recepción: 13/02/2018
Aceptado para su publicación: 16/03/2018

SUMARIO

1. Introducción. 2. Problemas de efectividad de acuerdos de elección de foro. 3. Soluciones a estos problemas por el Convenio de La Haya. 4. Resumen. 5. Bibliohemerografía.

## 1. Introducción

En el comercio internacional, es muy usual que las partes elijan tanto la ley aplicable al contrato como el foro para la resolución de posibles controversias. Esto les permite poder prever mejor cómo futuras controversias sobre el contenido del contrato serán resueltas y así calcular sus riesgos. Sin embargo, la elección de un foro solamente es útil si sentencias dictadas por el tribunal elegido pueden ser ejecutadas en el Estado en el que la parte demandada tenga su sede o bienes. Por ende, se requiere de normas jurídicas que proporcionen seguridad y aseguren la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección de foro entre las partes en operaciones comerciales y que regulen el reconocimiento y la ejecución de resoluciones dictadas en los procedimientos basados en dichos acuerdos. ¿Existe tal normatividad para regular la validez y efectividad de acuerdos exclusivos de elección de foro en las relaciones comerciales entre países de la Unión Europea (UE) y México? Antes de la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro, se presentaban graves problemas en esta materia (II). Esto plantea la pregunta, si dicho Convenio es capaz de subsanar estas deficiencias (III). Este trabajo termina resumiendo los resultados (IV).

## 2. Problemas de efectividad de acuerdos de elección de foro

En el pasado, hubo problemas para empresas con sede en la UE de hacer efectivas cláusulas de elección de foro en contratos con

empresas con sede en México u otros países latinoamericanos. Esto se debe a que en las legislaciones autónomas de los Estados latinoamericanos, existían o siguen existiendo obstáculos para la validez y eficacia de acuerdos de prórroga en favor de tribunales extranjeros y para la libre circulación de sentencias.

## 2.1. En cuanto a la prórroga

*a)* Rechazo de prórroga en favor de tribunales extranjeros

Algunos Estados no aceptan la prórroga en favor de tribunales extranjeros. Esto es el caso hoy día en algunos Estados mexicanos, como lo demuestran el Art. 14 fra. I Código de Procedimientos Civiles (CPC) de Morelos y las disposiciones correspondientes en los Códigos de Procedimientos Civiles de Sonora, Tabasco, Tamaulipas y Zacatecas.[1] El Art. 14 fra. I Código de Procedimientos Civiles de Morelos dice:

> La jurisdicción y competencia de los Tribunales del Estado de Morelos, no quedará excluida por prórroga en favor de una jurisdicción extranjera hecha por convenio entre particulares…

*b)* Litispendencia y prioridad

Tribunales de algunos Estados no respetan prórrogas en favor de tribunales extranjeros, sea porque no las aceptan, como en el caso de Morelos, sea porque no existe obligación legal para el tribunal no elegido de suspender el procedimiento o rechazar la demanda si un procedimiento en el mismo asunto es incoado ante el tribunal elegido. El Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), no prevé actualmente un impedimento para los tribunales mexicanos para conocer de asuntos cuando las partes se han sometido expresamente a un foro extranjero; es más, la invocación de un tribunal mexicano con anticipación a la invo-

1 Art. 9 fra. I CPC Sonora, Art. 22 CPC Tabasco, Art. 20 fra. I CPC Tamaulipas y Art. 9 fra. I CPC Zacatecas.

cación del foro extranjero elegido constituye un impedimento para reconocer la sentencia pronunciada por el último (Art. 571 fra. VI CFPC). El Derecho alemán conoce una disposición similar (§ 328 fra. I n° 3 Código de Procedimientos Civiles alemán, ZPO).[2]

Estas disposiciones acatan dos principios internacionalmente reconocidos para la resolución de tales conflictos de jurisdicción: primero, el de *litispendencia*, según el cual, un tribunal tiene que suspender el procedimiento o rechazar la demanda si se ha incoado antes ante otro tribunal un procedimiento sobre el mismo asunto entre las mismas partes; segundo e incluido en el primero, el de *prioridad*, según el cual, incumbe al tribunal que primero ha sido incoado conocer del asunto.

Sin embargo, si estos dos principios se aplican sin tener en cuenta la existencia de un acuerdo de elección de foro en favor del tribunal que posteriormente ha sido invocado, se invita a maniobras procesales fraudulentas. Si una parte del contrato que teme ser demandada por la otra parte ante el tribunal elegido acude antes a un tribunal no elegido, el tribunal elegido, teniendo que respetar la litispendencia en favor del tribunal no elegido, no podrá conocer del asunto, hasta que el tribunal no elegido haya decidido el asunto o se haya declarado incompetente. Con esta táctica, se puede dilatar o hasta impedir la demanda ante el tribunal elegido. Estas maniobras se habían hecho usuales en el marco de la UE: frecuentemente, la parte que temía ser demandada ante el foro elegido acudía a tribunales belgas o italianos conocidos por la larga duración de los procedimientos, para así dilatar el procedimiento ante el tribunal elegido; esta táctica era conocida bajo la denominación de "demandas torpedo".[3] En la anterior legislación europea, estos abusos se debían a que el principio

2 Zivilprozessordnung, publicada en la versión del 5 de diciembre 2005, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2005 I p. 3202, última reforma por ley del 18 de julio 2017, BGBl. 2017 I p. 2745.

3 Para más detalles KERN, Christoph, „Richterrechtlicher Torpedoschutz", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, Bielefeld, 2015, pp. 318-320.

de prioridad se seguía también en las situaciones mencionadas, dejando así sin efectos los acuerdos de elección de foro (Art. 27 fra. I Reglamento (CE) N° 44/2001).[4]

Para subsanar estas situaciones, el legislador europeo se decidió a alterar la regla de la prioridad para resolver conflictos de jurisdicción en caso de que exista un acuerdo exclusivo de elección de foro: conforme al art. 31 fra. II Reglamento (UE) N° 1215/2012,[5] "si se presenta una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo" de elección de foro, "cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo". Con esta excepción a la regla de la prioridad, se evitan maniobras procesales fraudulentas como en el caso de las demandas torpedo.

Tanto el Derecho alemán (§ 328 fra. I n° 3 ZPO) como el mexicano (art. 571 fra. VI CFPC), siguen el modelo tradicional para el reconocimiento y la ejecución de sentencias, basándose en estos criterios de litispendencia y de prioridad, sin tomar en cuenta la existencia de un acuerdo de elección de foro en favor del tribunal ante el que se formuló la segunda demanda. Esto disminuye considerablemente la eficiencia de tales acuerdos. Sin embargo, a falta de tratados internacionales o normativa supranacional, es difícil imaginarse que Estados en su legislación autónoma renuncien a estos criterios, sobre todo si son sus juzgados los que han sido invocados con anterioridad.

4 Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Diario Oficial de la Unión Europea 2001 L 12/1.

5 Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Diario Oficial UE 2012 L 351/1.

### 2.2. En cuanto al reconocimiento y ejecución de sentencias

Algunas legislaciones prevén disposiciones que dificultan el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras. En el caso del Derecho mexicano, son las siguientes:

*a)* Exhorto por el juez de origen

El art. 571 fra. I CFPC exige que se hayan cumplido las formalidades previstas en los arts. 549 a 556 CFPC en materia de exhortos provenientes del extranjero. El exhorto es una comunicación oficial que contiene la petición de las actuaciones necesarias (art. 550 CFPC); en el caso de ejecución de sentencias extranjeras, se solicita pues una carta escrita por el juez de origen rogándole al juez requerido mexicano de proceder a la ejecución de la sentencia en México. El problema de este requisito consiste en que en muchos Estados se desconoce esta figura jurídica por tratarse de un concepto anticuado. En Derecho alemán, el juez no tiene facultad para formular tal carta rogatoria, debido a que, según el principio dispositivo en el proceso civil alemán, la impulsión procesal incumbe a las partes, y esto incluye que las partes tienen que promover la ejecución de sentencias favorables.[6]

*b)* Control de la competencia internacional indirecta

Muchas legislaciones nacionales establecen como requisito para la ejecución de sentencias extranjeras que el tribunal de origen haya tenido competencia para conocer del asunto desde el punto de vista del Estado requerido. Es el caso tanto en el Derecho autónomo de México (art. 571 fra. III CFPC) como en el de Alemania (§ 328 fra. I n° 1 ZPO). Se trata de la competencia internacional *indirecta* porque es determinada desde el punto de vista del tribunal requerido y no del de origen; este, en cambio, tiene

6 Sobre la relevancia del principio dispositivo en la ejecución forzosa en Derecho alemán, PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE, Karl August, *Zwangsvollstreckungsrecht*, München, Beck, 2014, párrafo 36 y ss.

que determinar su competencia internacional directa conforme a su Derecho nacional, sea en base a normas internacionales, supranacionales o nacionales.[7]

El control de la competencia internacional indirecta por el tribunal requerido crea inseguridad con respecto a las posibilidades de ejecución, puesto a que presupone que las partes, antes de acordar una prórroga en favor de determinado tribunal, examinen el régimen competencial de Estados en los que posiblemente tenga que ser ejecutada una sentencia pronunciada por dicho tribunal. En el caso de México, esta previsión se hace aún más complicada, puesto que coexisten las jurisdicciones civiles de los 32 Estados, con sus respectivos códigos procesales civiles, y la jurisdicción de los tribunales federales que aplican el CFPC o las normas procesales del Código de Comercio federal (CCom), en su caso.

No obstante, si no existe tratado internacional o una norma supranacional en las relaciones entre el Estado requerido y el de origen, este requisito parece indispensable para garantizar desde el punto de vista del Estado requerido que haya existido una conexión razonable entre la competencia asumida por el juez de origen y el objeto de la controversia,[8] o que el tribunal de origen no se haya servido de una competencia exorbitante. Lo que parece problemático en el art. 571 fra. III CFPC es que esta disposición le dé prevalencia de forma asimétrica a prórrogas en favor de tribunales mexicanos, sin conceder la misma prevalencia a prórrogas en favor de tribunales extranjeros.

7 Este es el concepto de competencia internacional directa e indirecta comúnmente aceptado en la doctrina alemana, véase SCHACK, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, Beck, 7a edición 2017, párrafo 216; estos conceptos reciben otra connotación en la doctrina mexicana, véanse PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado, Parte especial*, México, Oxford University Press, 2002, pp. 396 y ss.; MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, "Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras" en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano. Parte General*, México, Porrúa, 2007, pp. 325 y ss.

8 SCHACK, Haimo, *op. cit.*, párrafo 920.

*c)* Reciprocidad internacional

Otro requisito de reconocimiento problemático es el de la reciprocidad internacional. Este criterio quiere garantizar la igualdad entre el Estado de origen y el requerido en ausencia de tratados internacionales;[9] existe aún tanto en el Derecho autónomo mexicano (art. 571 al final CFPC) como en el alemán (§ 328 fra. I nº 5 ZPO), aunque en el mexicano haya sido mitigado. La experiencia demuestra que este concepto puede llevar a un bloqueo mutuo de reconocimiento, porque si el primer Estado pretende que sus sentencias no serán reconocidas en el segundo, entonces este dirá lo mismo en la situación invertida.[10] Esto es el caso entre México y Alemania: el Derecho mexicano exige un exhorto por el juez alemán de origen para lo cual este no está facultado (*supra* II.2.a); en consecuencia, existe un obstáculo para el reconocimiento de sentencias alemanas en México, lo cual provoca una causa para el rechazo del reconocimiento de sentencias mexicanas en Alemania.[11] Es obvio que tales disposiciones no fomentan la seguridad jurídica para las partes de contratos comerciales internacionales.

*d)* Requisito del exequatur

Otros problemas para la libre circulación de sentencias, resultan del hecho de que varios Estados latinoamericanos, y entre ellos México, todavía se atienen al requisito de la homologación de la sentencia extranjera por medio del procedimiento del exequatur, art. 574 CFPC. Este procedimiento es contencioso, y la resolución que se dicte es apelable. Debido a la posibilidad de acudir al amparo contra toda sentencia civil en base al art. 14 fra. IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,

9 *Ibidem*, párrafo 964.

10 Por eso también crítico al respecto SCHACK, Haimo, *op. cit.*, párrafo 964 y ss.

11 Tesis 2.4. de la mesa de trabajo del 26 de septiembre de 1991en el Tercer Congreso Anual de la Deutsch-Mexikanische Juristenvereinigung (Asociación Mexicano-Alemana de Juristas) sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, en: *El Mensajero. Boletín Informativo de la Asociación Mexicano-Alemana de Juristas*, München, núm. 4, Julio 1993, p. 83.

el procedimiento del exequatur puede dilatarse muchos años. En consecuencia, se trata de un procedimiento sumamente tardado y complicado que dificulta indebidamente la ejecución de sentencias extranjeras.[12] En la legislación autónoma alemana existe también la necesidad de obtener una resolución que decrete la ejecutoriedad de la sentencia extranjera en un procedimiento contencioso, §§ 722, 723 ZPO. Este requisito es igualmente criticado por ser complicado, tardado y costoso.[13]

### 2.3. Tratados internacionales y normas supranacionales para resolver estos problemas

Para resolver tales problemas, se han creado varios tratados internacionales o reglas supranacionales. En las relaciones entre la UE y Estados latinoamericanos, solamente existen algunos tratados bilaterales, por ejemplo entre México y España.[14] En el marco de las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), se han promulgado dos Convenios referentes al reconocimiento y la ejecución de sentencias;[15] sin embargo, aunque estos queden abiertos a la adhesión de cualquier Estado que no sea miembro de la Organización de los Estados Americanos,[16] ningún Estado de la UE los ha firmado, por lo que no se aplican a la circulación de sentencias entre países europeos y latinoamericanos. A nivel multilateral, México ratificó, ya en 2007 como primer Estado del mundo, el

12 En este sentido también Pereznieto Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 405.

13 Schack, Haimo, *op. cit.*, párrafo 1041.

14 Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989. Publicado en el Diario Oficial de la Federación 05-03-1992.

15 La Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979, texto en español: *http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-41.html*; y la Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras de 1984, texto en español: *http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-50.html*. Consultados el 21-02-2018.

16 Art. 9 de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y art. 11 de la Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras.

Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005; este entró en vigor en 2015 y vale hoy día para la UE, con excepción de Dinamarca,[17] y para Singapur.[18] Otros Estados lo han firmado, pero aún no ratificado: estos son los EEUU, China, Montenegro y Ucrania.

A nivel europeo, existe el Reglamento (UE) N° 1215/2012. Aunque no lo parezca, este Reglamento puede regir la validez de acuerdos de elección de foro entre empresarios con sede en la UE y en México, debido a que el art. 25 del mismo no presupone que las partes o una de ellas radiquen en uno de los Estados Miembros de la UE; más bien basta con que las partes acuerden la competencia de tribunales de un Estado miembro. Por eso, si un empresario con sede en Toluca acuerda con una empresa con sede en Múnich, Alemania, la competencia de los tribunales alemanes, los mismos juzgarán la validez y los efectos competenciales de tal acuerdo según el art. 25 Reglamento (UE) N° 1215/2012.[19] En el caso contrario de que las partes acuerden la competencia de tribunales mexicanos, este Reglamento no será aplicable. Tampoco lo será para la ejecución de una sentencia emitida por el tribunal elegido de Múnich en México: la libre circulación de las sentencias garantizada por los arts. 36, 39 del Reglamento (UE) N° 1215/2012 se aplica exclusivamente a sentencias provenientes de un Estado miembro que deban ser

17 De conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo n° 22 sobre la posición de Dinamarca que figura en anexo al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) – Versión Consolidada, Diario Oficial UE 2012 C 326/47 – Dinamarca no participa en las medidas de cooperación judicial en materia civil (art. 81 TFUE) y, por ende, tampoco en el Convenio de La Haya de 2005, Considerando 9 de la Decisión del Consejo de 4 de diciembre de 2014 relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro, Diario Oficial UE 2014 L 353/5.

18 Texto en español con la lista actualizada de Estados contratantes: *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court*. Consultado el 21-02-2018.

19 Art. 25 fra. 1 Reglamento (UE) N° 1215/2012: "1. Si las partes, con independencia de su domicilio, han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer de cualquier litigio que haya surgido o que pueda surgir con ocasión de una determinada relación jurídica, tal órgano jurisdiccional o tales órganos jurisdiccionales serán competentes, a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material según el Derecho de dicho Estado miembro…"

ejecutadas en otro Estado miembro. En consecuencia, el Reglamento (UE) N° 1215/2012, aunque pueda regular la validez y los efectos competenciales de un acuerdo de elección de foro entre una parte con sede en la UE y la otra con sede en México, no se aplica al reconocimiento y la ejecución de una sentencia dictada por el tribunal elegido de un Estado miembro de la UE en Estados terceros, o sea que no son miembros de la UE. Para ello, habrá que recurrir al Convenio de La Haya que analizaremos en seguida.

## 3. Soluciones a estos problemas por el Convenio de La Haya

### 3.1. Introducción

El Convenio regula acuerdos exclusivos de elección de foro, sus implicaciones competenciales y de litispendencia, así como el reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas por tribunales elegidos. Según su preámbulo, persigue la finalidad de "promover el comercio y las inversiones internacionales mediante el fortalecimiento de la cooperación judicial". Para ello, procura asegurar la eficacia de tales acuerdos entre las partes en operaciones comerciales, y regular el reconocimiento y la ejecución de resoluciones dictadas en los procedimientos basados en dichos acuerdos. Con ello, trata de incrementar la seguridad jurídica en el comercio internacional. Argumentos decisivos para la UE para adherirse a dicho Convenio fueron que el mismo "contribuye de manera eficaz al fomento de la autonomía de las partes en las transacciones comerciales internacionales y a una mayor previsibilidad de las resoluciones judiciales relativas a esas transacciones. En particular, el Convenio garantiza a las partes la seguridad jurídica necesaria en cuanto a que su acuerdo de elección de foro será respetado y a que la resolución dictada por el tribunal elegido podrá ser reconocida y ejecutada en asuntos internacionales".[20]

20 Decisión del Consejo de 4 de diciembre de 2014 relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro, Diario Oficial UE 2014 L 353/5.

Para alcanzar estos fines, el Convenio determina tres principios rectores:[21]

- En primer lugar, el tribunal elegido debe conocer del asunto cuando el procedimiento se inicie ante él.
- En segundo lugar, cualquier otro tribunal ante el cual se inicie un procedimiento debe negarse a conocer del asunto.
- Por último, la sentencia del tribunal elegido deberá gozar de reconocimiento y de ejecución.

El Convenio solo admite excepciones muy limitadas a estos principios rectores. Antes de analizar estos principios y sus excepciones, hay que delimitar el ámbito de aplicación del Convenio.

### 3.2. Requisitos de aplicación

El Convenio presupone una situación internacional en materia civil o comercial y un acuerdo exclusivo de elección de foro, art. 1 fra. 1.

*a)* Situación internacional y ámbito de aplicación espacial

Existen diferentes definiciones de la situación internacional, una a los efectos de la competencia judicial, la otra para el reconocimiento y la ejecución de sentencias.

*aa)* A los efectos de la competencia judicial

A los efectos de la competencia judicial, el art. 1 fra. II establece la presunción de que una situación sea internacional salvo que se trate de una situación meramente nacional. Lo último es el caso cuando las partes son residentes en el mismo Estado contratante y la relación entre estas y todos los demás elementos relevantes del litigio estén conectados únicamente con ese Estado aunque el tribunal elegido tenga su lugar en otro Estado.

21 HARTLEY, Trevor y DOGAUCHI, Masato, *Informe explicativo sobre el Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro*, parágrafo 1, texto en español: *https://assets.hcch.net/upload/expl37s.pdf*. Consultado el 21/02/2018.

Sin embargo, la aplicación del Convenio no presupone que las partes tengan su residencia en Estados miembros. La aplicación espacial del Convenio se determina más bien por la definición del término del acuerdo de elección de foro, hecha por el art. 3 letra a: de ella se puede desprender que el único vínculo necesario es que las partes hayan designado los *tribunales* de un *Estado contratante* o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante. En consecuencia, no importa si las partes o una de ellas tienen su residencia en un Estado miembro.[22] Por eso, empresarios con sede en Argentina y en Canadá pueden acordar la competencia de tribunales mexicanos, sometiendo así el acuerdo y sus efectos a las disposiciones competenciales del Convenio.

*bb)* A los efectos del reconocimiento y ejecución de sentencias

A estos efectos, la situación es internacional cuando se solicita el reconocimiento o la ejecución de una resolución dictada por un tribunal designado de un Estado miembro en otro Estado miembro. Por ende, tanto el tribunal de origen como el requerido tienen que pertenecer a Estados miembros. En nuestro caso anterior, la ejecución de la sentencia pronunciada por el tribunal mexicano elegido por las partes con sede en Argentina y Canadá solo se regirá por el Convenio si se pide la ejecución en otro de los Estados miembros del mismo, o sea en uno de los Estados de la UE, con excepción de Dinamarca, o en Singapur. La ejecución en Argentina o en Canadá, en cambio, se rige por las normas aplicables en su caso, pero no por el Convenio.

*b)* Ámbito de aplicación material

Debe tratarse de un asunto de materia civil o comercial. El art. 2 formula un catálogo de excepciones a las que no se aplica el Convenio, entre las que cabe destacar las siguientes: los

22 Así también HUBER, Peter, "Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, Bielefeld, 2016, pp. 197-207 (p. 199).

acuerdos en que es parte una persona física actuando primordialmente por razones personales, familiares o domésticas (un consumidor), art. 2 fra. I letra a; los contratos de trabajo, incluyendo los convenios colectivos, art. 2 fra. I letra b; las demandas por daños corporales (art. 2 fra. II letra j) y de responsabilidad extracontractual (art. 2 fra. II letra k). En consecuencia, el Convenio solamente vale para contratos *entre empresarios*. Analizando las demás causales de exclusión se llega a la conclusión de que el Convenio se aplica primordialmente a pretensiones contractuales entre empresarios. Este es precisamente el típico caso de controversias que se presentan entre las partes de transacciones comerciales.

*c)* Acuerdo exclusivo de elección de foro

La definición de este término será analizada más adelante (sub III.3.a.aa). Por el momento cabe mencionar dos puntos: En primer lugar, el Convenio solo se aplica a acuerdos exclusivos; en segundo lugar, el art. 3 letra b formula una presunción refutable de que el acuerdo sea exclusivo salvo que las partes hayan dispuesto expresamente lo contrario. En consecuencia, si las partes acuerdan la competencia de un tribunal sin expresarse sobre si este acuerdo es exclusivo o meramente facultativo, será considerado como exclusivo.

### 3.3. Los tres principios rectores del Convenio

*a)* Obligación del tribunal elegido de conocer del asunto

*aa)* Condición previa de validez del acuerdo

Un acuerdo exclusivo de prórroga establece la competencia internacional directa del tribunal designado en relación con litigios a los que se aplica dicho acuerdo, art. 5 fra. I. El acuerdo tiene que llenar los requisitos de *forma* y de fondo. Los primeros, son determinados por el art. 3 letra c, los últimos por las letras a y b.

Son requisitos de *fondo* que: exista un acuerdo como expresión de mutuo consenso de las partes; este sea exclusivo; se refiera a controversias actuales o futuras respecto a una relación jurídica concreta; y designe tribunales de un Estado miembro. Si el acuerdo cumple con estos requisitos, es considerado ser válido lo que puede desprenderse de la formulación de la última frase del art. 5 fra. I. Según esta, dicha presunción puede ser refutada si se alegan hechos que justifiquen la *nulidad* del acuerdo según la ley del Estado del *foro prorrogado*. La expresión "la ley del Estado" incluye las reglas de conflicto de leyes de ese Estado. Tomemos como ejemplo que las partes hayan acordado la competencia de los tribunales del Estado de México: el juez de Toluca tendrá que examinar entonces en base a las normas conflictuales del Código Civil del Estado de México, la ley de cuál Estado rige la posible causal de nulidad del acuerdo. El legislador del Convenio quiso garantizar que la validez del acuerdo sea determinada por los mismos criterios, o sea por la ley designada por el derecho conflictual del tribunal elegido, en todas las situaciones contempladas por el Convenio: esta ley tendrá que ser aplicada tanto por el tribunal elegido como por un tribunal no elegido invocado por una de las partes (art. 6 letra a), y al igual por el tribunal requerido, cuando se trate de ejecutar una sentencia de un tribunal elegido (art. 9 letra a). Con ello se creó una norma conflictual general para todos los aspectos de nulidad del acuerdo. Sin embargo, estas disposiciones solamente se aplican, si el tribunal no elegido o el requerido, en su caso, pertenezcan a Estados miembros.

En cuanto al alcance de esta norma conflictual general, el legislador del Convenio pensó en las típicas causas materiales de nulidad, como son: el fraude, el error, el dolo, la violencia y la incapacidad.[23] El concepto de nulidad material no es muy claro, por lo que puede provocar controversias respecto a su interpretación. Esto es el caso con respecto a la calificación del requisito del acuerdo como expresión del *mutuo consentimiento* de las

23 HARTLEY, Trevor y DOGAUCHI, Masato, *op. cit.*, parágrafo 126.

partes:[24] según los autores del informe explicativo sobre el Convenio, "la existencia del consentimiento depende normalmente del derecho del Estado del tribunal elegido",[25] sin embargo, "el Convenio en su conjunto entra en funcionamiento únicamente si existe un acuerdo de elección de foro, y esto supone la existencia de condiciones de hecho elementales del consentimiento".[26]

Esto parece indicar que la existencia de un acuerdo debe interpretarse al menos en parte de manera autónoma en base al art. 3 letra a. No obstante, para la mayoría de los autores, el requisito aludido cae bajo la norma conflictual básica respecto a la invalidez del acuerdo, contenida en el art. 5 fra. 1.[27] En realidad, resulta difícil seguir la distinción propuesta por los autores del informe explicativo, por lo que es preferible someter la existencia del consentimiento a la norma general conflictual de la ley del foro prorrogado, establecida por los arts. 5 fra. 1, 6 letra a, 9 letra a.

*bb)* Alcance de la obligación de conocer del asunto

En caso de que el acuerdo sea válido, el tribunal designado en el mismo tiene que conocer del asunto. Esto se desprende del art. 5 fra. II que prohíbe al tribunal elegido declinar el ejercicio de su competencia fundándose en que el tribunal de otro Estado debería conocer del litigio. Esta prohibición tiene dos aspectos,[28] por un lado, el tribunal elegido no puede declinar el ejercicio de su competencia internacional alegando que otro tribunal sea más idóneo para conocer del asunto; se rechaza, pues, la teoría del

24 Para esta controversia, véase HUBER, Peter, *op. cit.*, pp. 200 y ss.

25 HARTLEY, Trevor y DOGAUCHI, Masato, *op. cit.*, parágrafo 94.

26 *Ibidem*, parágrafo 95.

27 En este sentido BLÄSI, Martin, *Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen. Unter besonderen Berücksichtigung seiner zu erwartenden Auswirkungen auf den deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr*, Peter Lang, Frankfurt/Main, 2010, pp. 35 y ss.; HUBER, Peter, *op. cit.*, p. 201; BUCHER, Andreas, "La Convention de L'a Haye sur les accords d'election de for", *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht (SZIER)*, Zürich, año 2006, pp. 29-62 (p. 40); EICHEL, Florian, "Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen", *Recht der Internationalen Wirtschaft (RIW)*, Frankfurt/Main, 2009, pp. 289-297 (p. 295).

28 HARTLEY, Trevor y DOGAUCHI, Masato, *op. cit.*, parágrafo 132 y ss.

common law del *forum non conveniens*.[29] Por otro lado, la norma prohíbe aceptar el principio de la *litispendencia* según el cual se debería dar preferencia al procedimiento incoado antes ante otro tribunal en el mismo asunto. Con la segunda prohibición, se descarta, a la vez, el principio de prioridad que normalmente rige en situaciones de conflictos de jurisdicciones (*supra* II.1.b), dando prevalencia a la competencia del tribunal elegido por medio de acuerdo exclusivo de las partes, independientemente de la cuestión si el tribunal elegido ha sido incoado antes o después del asunto. Por un lado, se fortalece así la autonomía de las partes; por el otro, se evitan maniobras procesales fraudulentas conocidas como "demandas torpedo" (*supra* II.1.b).

Además, la obligación del tribunal elegido de conocer del asunto, combinada con la prohibición establecida en la fra. II, reduce el peligro de denegación de justicia, enfocado por el art. 566 CFPC. Este peligro pudiera realizarse si el tribunal elegido se niega a conocer del asunto y tribunales no elegidos hacen lo mismo por respetar el acuerdo de prórroga. Sin embargo, tales situaciones se evitan si se respetan los mandamientos del art. 5 del Convenio. En caso de que el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio, opera la excepción del art. 6 letra e (sub III.3.b) que le permite al tribunal no elegido, pero incoado del asunto, de conocer del mismo, presuponiendo que este tenga competencia según su derecho nacional.

En consecuencia, la única razón por la que el tribunal elegido puede negarse a conocer del asunto es la nulidad material del acuerdo según la ley aplicable de acuerdo con las normas conflictuales de la ley del foro prorrogado.

*b)* Obligación del tribunal no elegido de no conocer del asunto

¿Qué sucede si una de las partes de un acuerdo exclusivo de elección de foro invoca un tribunal no elegido, contrariando así

29 Con respecto a esta teoría, RODRÍQUEZ JIMÉNEZ, Sonia, "La Competencia Internacional en el Sistema Normativo Mexicano" en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

el acuerdo? Según el art. 6, el tribunal no elegido en principio tendrá que suspender el procedimiento o rechazar la demanda, si se trata de un litigio al que se aplica el acuerdo. Esto vale también si la parte demandada compareció ante el tribunal no elegido sin haber cuestionado oportunamente su competencia.[30] Leyendo los arts. 5 y 6 conjuntamente, se puede ver la intención de evitar por un lado que el tribunal elegido se niegue de conocer del asunto y, por el otro, que tribunales no elegidos conozcan del asunto, violando así el acuerdo de las partes. Con esta prohibición establecida en el art. 6, resulta inútil el instrumento anglosajón de la "*anti-suit injunction*", por la cual el tribunal puede prohibir a las partes de invocar un tribunal no elegido.[31]

El art. 6 solo acepta cinco excepciones bien limitadas a las obligaciones establecidas para tribunales no elegidos:

- el acuerdo sea nulo en virtud de la ley del Estado donde se encuentra el tribunal elegido;
- una de las partes careciera de la capacidad para celebrar el acuerdo en virtud de la ley del tribunal al que se ha acudido;
- dar efecto al acuerdo conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido;
- por causas excepcionales fuera del control de las partes, el acuerdo no pueda ser razonablemente ejecutado; o
- el tribunal elegido haya resuelto no conocer del litigio.

Si el tribunal no elegido considera que una de estas excepciones es aplicable, entonces se levanta la prohibición de conocer del asunto; sin embargo, el art. 6 no le atribuye competencia inter-

30 WAGNER, Rolf, "Das Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Tübingen, tomo 73 (2009) pp. 100-149 (p. 121).

31 Criticando la falta de una prohibición explícita de este instrumento, WAGNER, Rolf, *op. cit.*, p. 141; sin embargo, tal prohibición no me parece necesaria por ser excluida ya por el efecto del art. 6.

nacional, esta tiene que ser concedida, más bien, por su propio derecho procesal civil internacional.[32]

Parece problemático que por un lado la nulidad material del acuerdo se rige conforme al art. 5 fra. I por las normas conflictuales del foro elegido, mientras que en caso de invocación de un tribunal no elegido, la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo se determine conforme al art. 6 letra b, según las normas conflictuales del Estado de este tribunal. Esto puede llevar a *procedimientos paralelos* que el Convenio trata de evitar: si el tribunal elegido considera en base a la ley declarada aplicable conforme a sus normas conflictuales que el acuerdo es válido porque las partes tuvieron la capacidad necesaria para celebrarlo, mientras que el tribunal no elegido que también es invocado en el mismo asunto niega esta cuestión en base al derecho aplicable según sus propias normas conflictuales. Esta fuente de conflictos de jurisdicción no ha sido contemplada por el Convenio.[33]

Cabe recordar que el art. 6 se aplica exclusivamente a tribunales no elegidos de Estados miembros. El Convenio no puede evitar, pues, que una parte de un acuerdo de prórroga invoque un tribunal no elegido de un Estado que no sea miembro del Convenio. Es otra situación en la que pueden presentarse *procedimientos paralelos* ante el tribunal elegido de un Estado miembro y ante tribunales de un Estado no miembro.

*c)* Obligación de reconocimiento y ejecución de sentencias promulgadas por tribunal elegido

*aa)* Requisitos de reconocimiento y ejecución

El art. 8 fra. I establece para los Estados miembros la obligación de reconocer y ejecutar sentencias dictadas por tribunales elegi-

32 En este sentido HARTLEY, Trevor y DOGAUCHI, Masato, *op. cit.*, parágrafo 146.

33 RÜHL, Giesela, "Das Haager Übereinkommen über die Vereinbarung gerichtlicher Zuständigkeiten: Rückschritt oder Fortschritt?", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts (IPRax)*, Bielefeld, 2005, pp. 410-415 (p. 413 en nota 60).

dos de Estados miembros. El reconocimiento o la ejecución solo podrán denegarse por las causas establecidas en los arts. 8 a 11. Entre estas causas, cabe destacar las siguientes:

La sentencia deberá ser válida y *ejecutoria* en el Estado de origen, art. 8 fra. III. Lo último constituye una gran diferencia en comparación con el actual Derecho autónomo mexicano, el que exige que la sentencia tenga el carácter de *cosa juzgada* (art. 571 fra. V CFPC). Hoy día, es absolutamente usual que la parte vencedora pueda ejecutar una sentencia favorable en cuanto esa sea ejecutoria, sin tener que esperar hasta que recobre el carácter de cosa juzgada; si la parte vencedora procede a la ejecución de la sentencia antes de que tenga ese carácter y la misma es revertida por recurso de la contraparte, entonces le incumbe al derecho procesal interno de decidir si la parte ejecutante debe resarcirle a la contraparte los daños que sufrió a raíz de la ejecución anticipada.

Sin embargo, el Convenio busca un compromiso entre la línea moderna que exige solo la ejecutoriedad de la sentencia y la línea tradicional, seguida por el Derecho autónomo mexicano, que solicita que la sentencia revista el carácter de cosa juzgada: conforme al art. 8 fra. IV, el juez requerido puede posponer o denegar la ejecución si la sentencia es objeto de un recurso en el Estado de origen o si el plazo para interponer un recurso ordinario no ha expirado. Si la sentencia es ejecutoria, pero aún no tiene el carácter de cosa juzgada según el derecho del Estado de origen, entonces el Convenio le concede al juez requerido el poder discrecional si procede a la ejecución o no.[34] En el primer caso, el juez requerido puede solicitar al beneficiado por la sentencia que presente una garantía para asegurar que el obligado por la sentencia no sufrirá ningún perjuicio.[35] En el segundo caso, la negativa de ejecutar la sentencia no impide que la parte beneficiada por la sentencia pueda presentar una nueva solicitud de

34 HARTLEY, Trevor y DOGAUCHI, Masato, *op. cit.*, parágrafo 173.

35 *Idem.*

ejecución, una vez aclarada la situación en el Estado de origen, como puede desprenderse del art. 8 fra. IV 2 del Convenio. La regulación de esta cuestión por el Convenio, por ende, permite una mayor flexibilidad en comparación con el puro criterio tradicional.

El art. 8 fra. II incorpora y concretiza la prohibición de la *révision au fond*, internacionalmente aceptada que también prevé el Derecho autónomo mexicano (art. 575 CFPC).

El art. 9 contiene las clásicas causas de *denegación* que corresponden a las tendencias modernas de Derecho procesal civil internacional: se garantizan los derechos de audiencia (art. 9 letra c); existe la excepción del orden público, en particular, si el procedimiento concreto que condujo a la resolución fue incompatible con los principios fundamentales de equidad procesal (letras d, e); se da prevalencia a resoluciones dictadas en el mismo asunto por otro tribunal (letras f, g). Cabe destacar que la nulidad del acuerdo de prórroga será determinada por la ley del foro elegido (art. 9 letra a), siguiendo la línea establecida por los arts. 5 fra. I y 6 letra a (*supra* III.3.a.aa). Sin embargo, la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo se determina según las normas conflictuales del Estado del tribunal requerido (art. 9 letra b), Esto puede provocar conflictos, si el tribunal elegido consideró que el acuerdo fue concluido válidamente porque las partes tuvieron la capacidad necesaria, mientras que el tribunal requerido llega a la apreciación opuesta, pudiendo por ello denegar la ejecución solicitada.

Respetando el principio de la *ley más favorable* en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, el Convenio pone a la discreción del tribunal requerido de denegar el reconocimiento si se da una de las causas denominadas en el art. 9, pero no le prohíbe concederlo. Esto se desprende de la formulación de que el tribunal requerido *puede* denegar el reconocimiento.[36] Esto significa que el Convenio no obliga al juez re-

36 En este sentido HARTLEY, Trevor y DOGAUCHI, Masato, *op. cit.*, parágrafo 182.

querido de denegar el reconocimiento, dejándole la posibilidad de una decisión positiva en caso de que el derecho del foro se lo permita. Esto sería el caso si la ley del foro previera causales de denegación que son más favorables al reconocimiento que las del Convenio. Sin embargo, tanto el Derecho autónomo alemán como el mexicano contienen causales de denegación menos favorables que el Convenio.

*bb)* Procedimiento

El Convenio contiene algunas disposiciones con respecto al procedimiento que hay que seguir para obtener la ejecución de sentencias. El art. 13 regula la documentación requerida y subraya que le incumbe a la parte que invoca el reconocimiento o solicita la ejecución de presentarla. No obstante, la solicitud de la parte interesada podrá acompañarse por un documento, emitido por el tribunal del Estado de origen, conforme a un formulario modelo (art. 13 fra. III). Sin embargo, este formulario firmado por el juez de origen, no corresponde a la carta rogatoria o exhorto que el Derecho mexicano exige (*supra* II.2.a): Se trata meramente de una facultad optativa de la parte para facilitarle de obtener la ejecución de la sentencia favorable.[37]

El procedimiento en sí no está regulado por el Convenio, más bien deja su regulación al Estado requerido. El art. 14 dice:

> El procedimiento para el reconocimiento, la declaración de ejecutoriedad o el registro para la ejecución, así como la ejecución de la resolución, se regirán por la ley del Estado requerido, salvo que el presente Convenio disponga algo distinto. El tribunal requerido actuará con celeridad.

El Convenio no se declara sobre la cuestión si la ejecución de la sentencia extranjera requiere de una declaración de ejecutoriedad por parte del juez requerido y, en caso dado, cuál pro-

37 BUCHER, Andreas, *op. cit.*, p. 53.

cedimiento tiene que ser seguido para obtener tal declaración. En el proceso legislativo se había pensado en introducir un procedimiento simplificado de declaración de ejecutoriedad, tal y como era prescrito por el anterior Derecho europeo;[38] sin embargo, no se realizó esta idea por las dificultades a enfrentar en un tratado de alcance mundial.[39] A partir de 2009, la UE ha ido eliminando todas las medidas intermedias en la ejecución de sentencias, entre ellas el exequatur, en sus reglamentos en materia de cooperación judicial civil, para facilitar la libre circulación de sentencias.[40] En consecuencia, bajo el régimen del Reglamento (UE) N° 1215/2012, no se requiere de declaración de ejecutoriedad por el juez requerido, como lo determina tajantemente el art. 39 de este Reglamento:

> Las resoluciones dictadas en un Estado miembro que tengan fuerza ejecutiva en él gozarán también de esta en los demás Estados miembros sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva.

Conforme al art. 42 fra. 1 Reglamento (UE) N° 1215/2012, el solicitante solo debe facilitar al juez requerido una copia de la resolución, que reúna los requisitos necesarios para ser considerada auténtica, y un certificado emitido por el juez de origen con base en un formulario que acredite que la resolución tiene fuerza ejecutiva.

Como el Convenio remite la cuestión del procedimiento para la ejecución de la sentencia a la ley nacional del foro requerido, el juez mexicano requerido puede seguir aplicando el procedimiento anticuado del exequatur (sub III.4.b).

---

38 Por el Reglamento (CE) N° 44/2001.

39 Nygh, Peter y Pocar, Fausto, *Report to the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and Commercial Matters*, comentario al art. 30 del anteproyecto, texto en inglés: *https://assets.hcch.net/upload/wop/jdgmpd11.pdf*. Consultado el 27.2.2018.

40 Considerando 2 del Reglamento (UE) N° 1215/2012.

### 3.4. Aplicación del Convenio al Comercio entre Europa y México

Examinemos ahora la efectividad del Convenio con respecto a un acuerdo de elección de foro entre el empresario A con sede en Hagen, Alemania, y el empresario M con sede en Cuernavaca, sometiendo controversias con respecto a sus relaciones contractuales a la competencia exclusiva de los tribunales de Hagen.

*a)* Con respecto a la competencia

Si A demanda a M por pago ante el tribunal de Hagen, este tendrá que examinar cuál normativa procesal es aplicable para determinar su competencia internacional. En el caso, pueden ser tanto el Reglamento (UE) N° 1215/2012 como el Convenio de La Haya. Conflictos entre el Convenio y el Reglamento (UE) N° 1215/2012 son regulados por art. 26 fra. VI del Convenio porque la UE firmó el mismo como Organización Regional de Integración Económica en el sentido del art. 29 del Convenio.[41] En nuestro caso, el Convenio es aplicable porque M es residente en México que es un Estado contratante que no es un Estado miembro de la UE, art. 26 fra. VI letra a. Entonces el tribunal de Hagen analizará si el acuerdo reviste los requisitos de forma y de fondo establecidos por el art. 3. En caso dado, tendrá que aceptar la competencia designada por las partes a menos que la parte demandada alegue hechos que justifiquen causales de nulidad del acuerdo, art. 5. En este caso, el juez tendrá que consultar el Derecho internacional privado alemán para determinar el derecho aplicable a estas cuestiones.

Digamos que M quiere evitar ser juzgado por el tribunal de Hagen. Por eso interpone demanda contra A ante un tribunal de Cuernavaca, antes de que A lo demande en Hagen. El tribunal

41 La UE hizo referencia explícita al art. 29 del Convenio al aprobar el mismo, Considerando 3 de la Decisión del Consejo de 4 de diciembre de 2014 relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro, Diario Oficial UE 2014 L 353/5.

de Cuernavaca no podrá declararse competente en base al art. 14 fra. I del CPC de Morelos, porque México es Estado miembro del Convenio, por lo que el tribunal de Cuernavaca tendrá que respetar la obligación de suspender el procedimiento o rechazar la demanda, según el art. 6.

Si A después interpone demanda contra M en Hagen, el tribunal de Hagen tendrá que conocer del asunto, pues no podrá negarse aludiendo a la prioridad del procedimiento en Cuernavaca, art. 5 fra. II. Si en lugar de eso, M hubiere decidido invocar un tribunal argentino, este no estaría impedido por el art. 6 del Convenio de conocer del asunto, presuponiendo que conforme al Derecho argentino tenga competencia, pues Argentina no es un Estado miembro del Convenio. El tribunal de Hagen, no obstante, seguiría obligado de conocer de la segunda demanda interpuesta por A. En este caso, hubiera dos procedimientos paralelos en la misma cosa entre las mismas partes. Tales situaciones no son deseables, pero se deben a que el Convenio de La Haya, actualmente sea aplicable solamente a pocos Estados.

*b)* Con respecto a la ejecución de sentencias

Digamos que el tribunal de Hagen dicte sentencia condenando a M al pago de lo que A le había exigido. A quiere ejecutar la sentencia tanto en el Estado de Morelos, donde M tiene bienes raíces y demás bienes, como en la provincia de Mendoza en Argentina, donde M también cuenta con bienes.

Para proceder a la ejecución en el Estado de Morelos, A tendrá que llenar los requisitos establecidos por el art. 13 del Convenio, enviando la documentación requerida. El tribunal requerido en Cuernavaca tendrá que ejecutar la sentencia del tribunal de Hagen bajo las condiciones establecidas por los arts. 8-11 del Convenio, a menos que existan causas para denegar la ejecución conforme al art. 9. Como entre estas no figura la reciprocidad internacional, el juez de Cuernavaca no podrá invocar esta causal, fundándose en el art. 771 CPC Morelos o el art. 1347-A CCom, respectivamente, que corresponden al art. 571 CFPC, pues esto

violaría la obligación de ejecución ordenada por el art. 8 fra. I del Convenio.

En caso de que no existan impedimentos para ejecutar la sentencia, el procedimiento a seguir por el juez requerido se determina por los arts. 13-15 del Convenio, y en lo que no está regulado por el Convenio, por la legislación aplicable al respecto en el Estado de Morelos, conforme a la remisión hecha por el art. 14 al derecho del Estado requerido. El derecho procesal aplicable en Morelos es el CPC Morelos o, tratándose de un asunto comercial, el CCom. Ambos exigen que el tribunal de origen remita un exhorto al tribunal requerido (art. 771 fra. I CPC Morelos y art. 1347-A fra. I CCom). Sin embargo, el juez alemán no está facultado para redactar tal carta rogatoria (*supra* II.2.a).

Nos topamos, pues, con un obstáculo para la libre circulación de sentencias (*supra* II.2.c) contrario a las intenciones de la Convención que además se considera como absolutamente anticuado en la teoría moderna del proceso civil internacional. Afortunadamente, este obstáculo puede ser subsanado en base a la facultad conferida al juez requerido de conceder excepcionalmente la simplificación de las formalidades contemplada por el art. 769 fra. II CPC Morelos o el art. 1074 fra. VII CCom, respectivamente, que corresponden al art. 555 fra. II CFPC. Además, en mi opinión, el requisito del exhorto no es aplicable a la ejecución de sentencias regida por el Convenio, pues esta cuestión es regulada por el art. 13 del mismo Convenio, el cual concede a la parte interesada la facultad de valerse de un formulario emitido por el tribunal de origen, sin establecer una obligación de hacerlo (*supra* III.3.c.bb).

Pero queda otro obstáculo, y es el requisito de homologación de la sentencia extranjera, establecido por el art. 773 fra. II CPC Morelos que corresponde al art. 574 CFPC.[42] Este requisito tie-

42 El art. 1074 fra. VI CCom hace referencia a la homologación, pero técnicamente está redactado mal pues habla de la necesidad de homologar exhortos, mientras que se trata en realidad de homologar sentencias extranjeras; además, esta disposición omite regular el procedimiento

ne que ser observado también en procedimientos regidos por el Convenio según su art. 14. No constituye un impedimento de ejecución, pero sí una grave desventaja que reduce considerablemente la libre circulación de sentencias como uno de los principios rectores del Convenio.

## 4. Resumen

Hemos visto que el Derecho procesal internacional vigente en México, a nivel estatal y federal, presenta obstáculos, tanto para la validez y eficacia de acuerdos de elección de foro, como para el reconocimiento y la ejecución de sentencias dictadas por tribunales elegidos. Algunos de estos obstáculos parecen necesarios para las relaciones jurídicas entre Estados, entre los que no rigen tratados internacionales o una normativa supranacional, para defender legítimos intereses de las partes o del Estado requerido. Esto vale para los principios de litispendencia y prioridad para resolver conflictos de jurisdicciones (*supra* II.1.b), como para el control de la competencia internacional indirecta (*supra* II.2.b). Otros obstáculos, en cambio, no pueden justificarse, aun faltando un marco internacional en las relaciones entre los Estados afectados. Esto vale obviamente para el rechazo total de acuerdos de prórroga (*supra* II.1.a), pero también para los requisitos del exhorto, la reciprocidad internacional y la homologación de la sentencia extranjera (*supra* II.2.a, c, d).

En una futura legislación de proceso internacional civil a nivel federal mexicano, como la que se pretende crear tras la reforma constitucional introduciendo una competencia legislativa para la Federación en la materia,[43] debería de renunciarse a tales condiciones para la ejecución de sentencias extranjeras.

---

que hay que seguir para homologar sentencias extranjeras, por lo que deben aplicarse al mismo supletoriamente las disposiciones del CFPC, como puede desprenderse del art. 1054 CCom.

43 Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares) del 23 de agosto 2017, Diario Oficial de la Federación 15.9.2017.

Para realmente poder subsanar los obstáculos aludidos, se requiere de reglas inter o supranacionales. En las relaciones comerciales entre México y Alemania, existe tal marco legal internacional con el Convenio de La Haya de 2005. Con sus tres principios rectores (*supra* III.1), permite evitar casos de denegación de justicia por no aceptar el Estado requerido la prórroga en favor de tribunales extranjeros o por no aceptar el tribunal elegido la competencia que le es atribuida por las partes. El tribunal elegido tiene que conocer del asunto si se cumplen los requisitos de aplicabilidad del Convenio, formulados en los arts. 1-3, a menos que una parte invoque la nulidad del acuerdo. Para determinar la misma, el Convenio prevé una regla uniforme, tanto para el tribunal elegido como para el no elegido que haya sido invocado por una parte, al igual que para el requerido; sin embargo, esta uniformidad sufre excepciones, porque la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo, es determinada por diferentes reglas conflictuales, por el tribunal elegido, el no elegido y el requerido (*supra* III.3.b y c.aa).

A diferencia de los derechos autónomos de Alemania y México, una parte de un acuerdo de prórroga no puede evadir la competencia del tribunal elegido, acudiendo a un tribunal no elegido antes de que la contraparte pueda demandarla ante el tribunal elegido. Por un lado, el juez elegido está obligado a conocer del asunto, no pudiendo denegar su competencia en base a que el asunto esté pendiente ante otro tribunal, art. 5. Además, el tribunal no elegido, aunque haya sido incoado antes que el elegido, tendrá que suspender el procedimiento o rechazar la demanda, a menos que sea aplicable una de las excepciones a esta obligación establecidas en el art. 6. El conjunto de los arts. 5 y 6 evita, pues, maniobras procesales fraudulentas como en las "demandas torpedo" (*supra* III.3.a).

Una vez dictada la sentencia por el tribunal elegido, esta tiene que ser reconocida y ejecutada por todo tribunal de otro Estado miembro del Convenio, art. 8 fra. I. Las causas de denegación están establecidas en los arts. 8-11. Entre estas, no figuran ni la falta

de exhorto, ni la falta de reciprocidad internacional. Sin embargo, el Convenio regula solo de manera rudimentaria el procedimiento para ejecutar sentencias, sin declararse sobre la cuestión de si es necesaria una declaración de ejecutoriedad, como en Alemania y en México, o no. Esta omisión permite a los Estados miembros del Convenio de seguir aplicando sus reglas anticuadas del exequatur. En el interés de facilitar la libre circulación de las sentencias dictadas por tribunales elegidos hubiera sido preferible de determinar un procedimiento simplificado, como era el caso en el Reglamento (CE) N° 44/2001 (*supra* III.3.c.bb). En este aspecto, el Reglamento (UE) N° 1215/2012 es más avanzado, puesto que renuncia a todo procedimiento de ejecución en el Estado requerido, aunque ir hasta allá seguramente hubiera hecho imposible de llegar a un acuerdo en las negociaciones del Convenio.

El Convenio ofrece, por ende, soluciones a la mayor parte de los obstáculos que sin él podían presentarse en el comercio entre México y Alemania en base a las leyes autónomas de ambos países. Un gran problema del Convenio, sin embargo, se deriva de su *limitado ámbito de aplicación*, tanto material como espacial. El Convenio vale sobre todo para pretensiones contractuales entre empresarios, dejando fuera, tanto otros tipos de pretensiones, por ejemplo las extracontractuales, como contratos con consumidores y laborales. En lo que toca al ámbito espacial, en la actualidad, tan solo México, Singapur y 27 de los 28 Estados de la UE son miembros del Convenio; y después de la salida del Reino Unido de la UE (el llamado "Brexit"), el Convenio ya no le será aplicable por haber sido firmado no por los Estados miembros de la UE, sino que por la UE misma.[44] Esto significa que, actualmente, el Convenio, en su aspecto competencial, es solamente aplicable si las partes eligen tribunales de uno de estos

44 El Convenio ha sido firmado por la UE haciendo uso de su competencia exclusiva para la celebración de acuerdos internacionales, ahora reconocida en art. 3 fra. II TFUE, Considerando 4 de la Decisión del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro, Diario Oficial UE 2009 L 133/1.

Estados. La obligación impuesta por el art. 6 a tribunales no elegidos se refiere exclusivamente a tribunales de Estados miembros, por lo que sí será posible evadir la competencia de un tribunal elegido acudiendo a tribunales no elegidos de Estados que no sean miembros del Convenio. En estos casos, falla el mecanismo del art. 6, por lo que podrán presentarse procedimientos paralelos (*supra* III.3.b). En lo que concierne a las reglas sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias del Convenio, estas solo se aplican si el tribunal elegido que dictó la sentencia se encuentra en un Estado miembro, y si se pide la ejecución de esta sentencia en otro Estado miembro. Queda la esperanza de que más Estados decidan adherirse al Convenio para ampliar su ámbito espacial de aplicación y, así, incrementar su efectividad en el comercio internacional.

## 5. Bibliohemerografía

### Bibliografía

BLÄSI, Martin, Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen. Unter besonderen Berücksichtigung seiner zu erwartenden Auswirkungen auf den deutsch-amerikanischen Rechtsverkehr, Peter Lang, Frankfurt/Main, 2010.

MANSILLA Y MEJÍA, María Elena, "Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras" en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Lecciones de Derecho Internacional Privado Mexicano*. Parte General, México, Porrúa, 2007.

PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado*, Parte especial, México, Oxford University Press, 2002.

PRINZ VON SACHSEN GESSAPHE, Karl August, Zwangsvollstreckungsrecht, München, Beck, 2014.

RODRÍQUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *La Competencia Internacional en el Sistema Normativo Mexicano,* en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

RÜHL, Giesela, *Das Haager Übereinkommen über die Vereinbarung gerichtlicher Zuständigkeiten: Rückschritt oder Fortschritt?,* Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrechts (IPRax), Bielefeld, 2005.

**Hemerografía**

EICHEL, Florian, "Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen", *Recht der Internationalen Wirtschaft* (RIW), Frankfurt/Main, 2009.

KERN, Christoph, "Richterrechtlicher Torpedoschutz", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (IPRax), Bielefeld, 2015.

HUBER, Peter, "Das Haager Übereinkommen über Gerichtsstand svereinbarungen", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (IPRax), Bielefeld, 2016.

BUCHER, Andreas, "La Convention de L'a Haye sur les accords d'election de for", *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht* (SZIER), Zürich, 2006.

WAGNER, Rolf, "Das Haager Übereinkommen vom 30.6.2005 über Gerichtsstandsvereinbarungen", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen*, Tomo 73, 2009.

**Documentos publicados en Internet**

SCHACK, Haimo, *Internationales Zivilverfahrensrecht*, München, Beck, 7a edición 2017.

HARTLEY, Trevor y DOGAUCHI, Masato, Informe explicativo sobre el Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro, parágrafo 1, texto en español: *https://assets.hcch.net/upload/expl37s.pdf*. Consultado el 21-02-2018.

NYGH, Peter y POCAR, Fausto, Report to the Preliminary Draft Convention on Jurisdiction and Foreign Judgments in Civil and

Commercial Matters, comentario al art. 30 del anteproyecto, texto en inglés: *https://assets.hcch.net/upload/wop/jdgmpd11.pdf*. Consultado el 21-02-2018.

### Legislación

Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2005 I p. 3202, última reforma por ley del 18 de julio 2017, BGBl. 2017 I p. 2745.

Código de Comercio.

Código de Procedimiento Civil de Sonora.

Código de Procedimiento Civil de Tabasco.

Código de Procedimiento Civil de Tamaulipas.

Código de Procedimiento Civil de Zacatecas.

Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana (Solución de Fondo del Conflicto y Competencia Legislativa sobre Procedimientos Civiles y Familiares) del 23 de agosto 2017, Diario Oficial de la Federación 15.9.2017.

Zivilprozessordnung, publicada en la versión del 5 de diciembre 2005.

### Tratados y convenios internacionales

Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras de 1984.

Convención Interamericana sobre Competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros de 1979.

Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro, Diario Oficial UE 2014 L 353/5.

Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Judiciales y Laudos Arbitrales en Materia Civil y Mercantil, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989.

Tesis 2.4. de la mesa de trabajo del 26 de septiembre de 1991en el Tercer Congreso Anual de la Deutsch-Mexikanische Juristenvereinigung (Asociación Mexicano-Alemana de Juristas) sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, en: El Mensajero. Boletín Informativo de la Asociación Mexicano-Alemana de Juristas, München, núm. 4, Julio 1993.

### Jurisprudencia y otras decisiones judiciales

Decisión del Consejo de 4 de diciembre de 2014 relativa a la aprobación, en nombre de la Unión Europea, del Convenio de La Haya, de 30 de junio de 2005, sobre Acuerdos de Elección de Foro, Diario Oficial UE 2014 L 353/5.

### Derecho de la Unión Europea

Protocolo n° 22 sobre la posición de Dinamarca que figura en anexo al Tratado de la Unión Europea (TUE) y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) – Versión Consolidada, Diario Oficial UE 2012 C 326/47.

Reglamento (CE) N° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la

ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Diario Oficial de la Unión Europea 2001 L 12/1.

Reglamento (CE) N° 44/2001.

Reglamento (UE) N° 1215/2012.

Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Diario Oficial UE 2012 L 351/1.

Reglamento (UE) N° 1215/2012.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 127-166.

# CONVENIO DE LA HAYA DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DEL DESPLAZAMIENTO ILEGAL DE MENORES FRENTE AL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 SOBRE JURISDICCIÓN, LEY APLICABLE, RECONOCIMIENTO, EJECUCIÓN Y COOPERACIÓN RESPECTO A LA RESPONSABILIDAD PARENTAL Y LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE MENORES; UNA ARTICULACIÓN

## 1980 HAGUE CONVENTION ABOUT THE CIVIL ASPECTS OF THE ILLEGAL DISPLACEMENT OF MINORS BEFORE THE 1996 HAGUE CONVENTION ABOUT JURISDICTION, APPLICABLE LAW, RECOGNITION, EXECUTION, AND COOPERATION IN RESPECT OF PARENTAL RESPONSIBILITY AND THE PROTECTION MEASURES FOR MINORS. AN ARTICLE

*Blanca Colmenares Sánchez*[*]

**RESUMEN:** Las relaciones interpersonales trascienden la frontera de un Estado, dando lugar a familias compuestas por personas de nacionalidades y domiciliados diferentes, con asentamientos geográficos diversos. Ello implica que ante un conflicto familiar no necesariamente conocerá un sistema jurídico único, por el contrario, existe convergencia de diferentes sistemas de Estados. Uno de los problemas más sensibles en materia familiar surge cuando uno de los progenitores u otra persona deciden, ante un desacuerdo, sustraer o retener ilícitamente a un niño, niña o adolescente del lugar donde tiene su residencia habitual, y llevarlo a otro Estado; por lo que, es necesario, independientemente de las Convenciones que tengan por objeto inmediato la restitución del infante, observar por los Estados la necesidad de

[*] Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Maestría y Doctorado en Derecho por la Escuela Judicial del Estado de México. Se ha desempeño como docente en nivel Doctorado en el Centro de Estudios Jurídicos de México. En la carrera judicial ejerció los cargos como Notificador y Ejecutor Judicial, Juez de Cuantía Menor, Juez de Primera Instancia en materia Penal, Civil, Mercantil y Familiar, y en funciones de Magistrado. Actualmente es Juez de Primera Instancia en el Distrito Judicial de Nezahualcóyotl, Estado de México, México. Correo: *blanca.colmenares@pjedomex.gob.mx*

vincular a sus marcos normativos, Convenios Internacionales que permitan aplicar normas de mayor amplitud en competencia, ley aplicable, reconocimiento de ejecución y cooperación, como el Convenio de La Haya de 19 de Octubre de 1996; que contiene elementos de alta precisión de ingeniería jurídica, que permitirán a un Estado como México, colocarse en una mejor situación para enfrentar problemáticas de sustracción y retención internacional de infantes, que den respuesta eficaz a las familias que enfrentan una situación de gran complejidad y erosión humana.

**PALABRAS CLAVE:** Sustracción, retención, residencia habitual, reconocimiento, ejecución.

**ABSTRACT:** Interpersonal relationships transcend the borders of a State, giving place to families formed by persons of different nationalities and domiciles, with diverse geographic settings. That means that, when facing a family conflict, there will not necessarily be only one judicial system, quite the opposite, there is a convergence from different State systems. One of the most sensitive issues in family matters arises when one of the parents or another person decide, due to a disagreement, to abduct or withhold illicitly a child, or teenager from its place or habitual residence, and moved them to another State; which is why it is necessary to, independently from the Conventions that have as an immediate purpose to restitute the minor, to observe by States the need to link to their normative frames the International Conventions that allow to apply regulations with a broader competence, applicable law, recognition of execution and cooperation, like the Hague Convention of October 18, 1996, which contains elements of high precision of judicial engineering that will allow a State like Mexico is, to place itself in a better situation to face problems of international Abduction and Retention of minors, to provide an effective response to the families facing a situation of great complexity and human erosion.

**KEY WORDS:** Adbution, retention, habitual residence, recognition, execution.

Recepción: 21/09/2017
Aceptado para su publicación: 13/11/2017

SUMARIO

1. Introducción. 2. Importancia de la articulación de Convenios en materia de sustracción y retención internacional de infantes. 3. Estructura del Convenio de La Haya de 1996. 4. Competencia. 5. Transferencia de competencias. 6. Medidas en caso de urgencia. 7. Ley aplicable, cooperación, reconocimiento y ejecución. 8. Cooperación, derecho de contacto y medios alternos de solución de conflictos. 9. Vinculación de los Convenios con los Sistemas Estatales. 10. Conclusiones. 11. Bibliohemerografía.

## 1. Introducción

Los Convenios internacionales buscan dar uniformidad a ciertos acuerdos entre los Estados, para que de manera internacional puedan analizarse casos con reglas y normas consensuadas sobre los puntos procesales y substanciales en que los Estados parte hayan pactado; en este contexto, existen convenios cuyo objetivo es específico, y otros acuerdos que ministran herramientas relacionadas con la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento de ejecución de resoluciones y en materia de cooperación.

En este contexto, al armonizarse convenios de objetivo específico, con aquellos que abonan herramientas en las materias de referencia, es posible potencializar los resultados en beneficio de las personas que se encuentran inmersas en una problemática de índole transfronterizo.

En materia de familia, la sustracción y retención de infantes ilícita transfronteriza, al abordarse a través de Convenios internacionales, permite mayor seguridad jurídica, al unificar criterios de los diferentes Estados parte, para abordar un tema neurálgico y que se sitúa en el seno de conformación de las personas en su integración como seres humanos, en respeto a su dignidad, formación e identidad.

## 2. Importancia de la articulación de convenios en materia de sustracción y retención internacional de infantes

En el tema de sustracción y retención ilícita internacional de infantes, si bien es cierto que México cuenta con dos Convenciones, una de ellas de carácter regional y otra universal, las cuales son la Convención de La Haya de 1980, sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (México la ratificó el 20 de junio de 1991, con fecha de entrada en vigor el 01 de septiembre de 1991)[1] y la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores (México la ratificó el 05 de octubre de 1994, con fecha de entrada en vigor para dicho Estado el 04 de noviembre de 1994 y publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de noviembre del mismo año);[2] también es cierto , que dichas convenciones únicamente revisten una facultad y competencia limitada a sus objetivos, en específico observándose la restitución inmediata de los infantes al lugar de su residencia habitual, sin que se observe el fondo del asunto.

Así, en la actualidad, al presentarse una problemática de carácter transfronterizo, al someterse dichas controversias a resolución judicial o medios alternativos, deben coexistir diferentes sistemas jurídicos, que tienen y deben analizar quién debe aplicar normativas de competencia, de fondo y ejecución; por ello, más allá de la estructura de las leyes internas, existen líneas conductoras de derecho convencional que vinculan, de acuerdo con criterios claros consensuados y aceptados por los Estados, la aplicabilidad correspondiente de dichas normas, que dan seguridad jurídica a las personas involucradas en los casos específicos.

---

1 Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Disponible en: *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24*. Consultado el: 24-02-2018.

2 Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, *Compilación de Instrumentos Internacionales*, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Suprema Corte de Justicia de la Nación, noviembre 2012, p. 1011

En este esfuerzo se encuentra situado el Convenio de la Haya de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños[3] (en adelante Convenio de La Haya de 1996), un instrumento que contiene reglas de alto grado de precisión en el manejo de los conceptos antes reseñados.

Dicho convenio refleja el esfuerzo transnacional de los Estados, coordinados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, para forjar reglas que permitan determinar con claridad qué batería de normas debe considerarse y bajo qué criterios en un caso determinado en cuanto a la persona y bienes de los niños, en relación con la responsabilidad parental, más allá de la ubicación geográfica de dichos infantes; todo ello, en un ámbito legal cooperativo y de coordinación.

> El Convenio de 1996 no modifica ni sustituye el mecanismo establecido por el Convenio de 1980 para abordar las situaciones de sustracción internacional de menores. En cambio, el Convenio de 1996 suplementa y refuerza el Convenio de 1980 en determinados aspectos. Esto significa que una serie de sus disposiciones pueden ser útiles como complemento del mecanismo del Convenio de 1980 cuando este se aplica a un caso particular. Asimismo, en los Estados o situaciones donde *no* se aplica el Convenio de 1980, las disposiciones del Convenio de 1996 también pueden ser una fuente independiente de recursos de utilidad a efectos de la sustracción internacional de menores…[4]

3 Convenio de La Haya de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. Disponible en: *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70*. Consultado el: 24-02-2018.

4 Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado Oficina Permanente, Países Bajos, 2014, p. 141, párrafo 13.1

Por ello, es de importancia trascendental que en los casos tan sensibles de sustracción o retención internacional de menores, los Estados puedan contar con instrumentos que les den seguridad jurídica a sus determinaciones en su reconocimiento por otras jurisdicciones, claridad en las leyes aplicables y viabilidad en materia de ejecución. Lo anterior, sin que, en algún momento, tales determinaciones sean calificadas como no vinculantes, al no contar con la competencia, o reconocimiento de ejecución, incluyendo los acuerdos de mediación o conciliación, de los cuales, en una primera instancia, no se tiene competencia para pronunciarse en el fondo, con fundamento en el artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980. Así, México puede coordinar en una mejor posición estas situaciones, mediante la armonía del Convenio de La Haya de 1980 y el de 1996 de cita.

> El Convenio de La Haya de 1996 sobre Protección de Niños puede llegar a convertirse en un instrumento ampliamente ratificado y utilizado. Aborda una amplia gama de cuestiones relativas a la protección internacional de niños. Por lo tanto, la amplitud del alcance del Convenio garantiza su relevancia universal. Asimismo, el Convenio responde a una necesidad global real y comprobada de contar con un mejor marco internacional relativo a cuestiones transfronterizas de protección de niños…[5]

## 3. Estructura del Convenio de La Haya de 1996

El convenio se compone de siete capítulos, cuyas materias esenciales son competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación.

La vinculación y obligatoriedad entre los Estados determinada por este instrumento dependerá de su entrada en vigor y de su entrada en vigor entre un Estado contratante en particular y otro Estado contratante.

5 *Ibidem*, p. 11, párrafo 1.1.

El artículo 61 de dicho Convenio establece los periodos sobre adhesión y ratificación, mientras que en el capítulo segundo, en su artículo 5, se fija la residencia habitual como base de la competencia internacional entre los Estados contratantes, para tomar medidas de protección en un primer nivel, independientemente de la posibilidad de que otros Estados puedan ser candidatos de transmisión de competencia al encontrarse estratégicamente mejor situados para discernir en favor del interés superior del menor (se trata, básicamente, de los artículos 5-14).

> La competencia de autoridades distintas a aquellas del Estado de la residencia habitual tendrá en principio que haber sido pedida o autorizada por las autoridades de este Estado, si parece que estas otras autoridades estarían en posición de apreciar mejor en un caso particular el interés superior del niño (art. 8 y 9).[6]

Al respecto, la competencia es el punto medular a observar en el dictado de resoluciones en situaciones de niños en forma internacional, para la vinculación de las mismas en su ejecución y en el cumplimiento por otros Estados.

Más aún, "las normas de competencia fijadas en el Capítulo II del Convenio de 1996 crean un enfoque común a la competencia que le proporciona seguridad a las partes y, por consiguiente, desalienta los intentos de *forum shopping* a través de la sustracción internacional de menores".[7]

Se vincula íntimamente, entonces, la residencia habitual y competencia, de acuerdo al artículo 14 del Convenio de análisis.

> La competencia sigue a la residencia habitual del niño de modo que cuando la residencia habitual del niño cambia a

6 LAGARDE, Paul, "Informe Explicativo del convenio de La Haya de Octubre de 1996", *Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya*, Países Bajos, París, 1997, p. 22.

7 *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio, op. cit.,* p. 141, párrafo 13.2.

> otro Estado contratante, las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual tendrán competencia.[8]
> Aunque el Convenio no prevé el concepto de 'competencia permanente', debería recordarse que un cambio de la residencia habitual del niño no anula ninguna de las medidas que ya han sido adoptadas. Estas medidas siguen en vigor hasta tanto, si fuera necesario, las autoridades del Estado contratante de la nueva residencia habitual del niño adopten otras medidas adecuadas.[9]

También pueden existir situaciones especiales en caso de urgencia o de divorcio. Así, el artículo 5 del Convenio de La Haya de 1996 establece este criterio de competencia *in situ* sobre la residencia habitual del menor, en relación con adoptar las medidas de protección de la persona y bienes del infante; sin embargo, existen excepciones a dicha norma, las cuales son previstas en los artículos 6, 7 y 8.

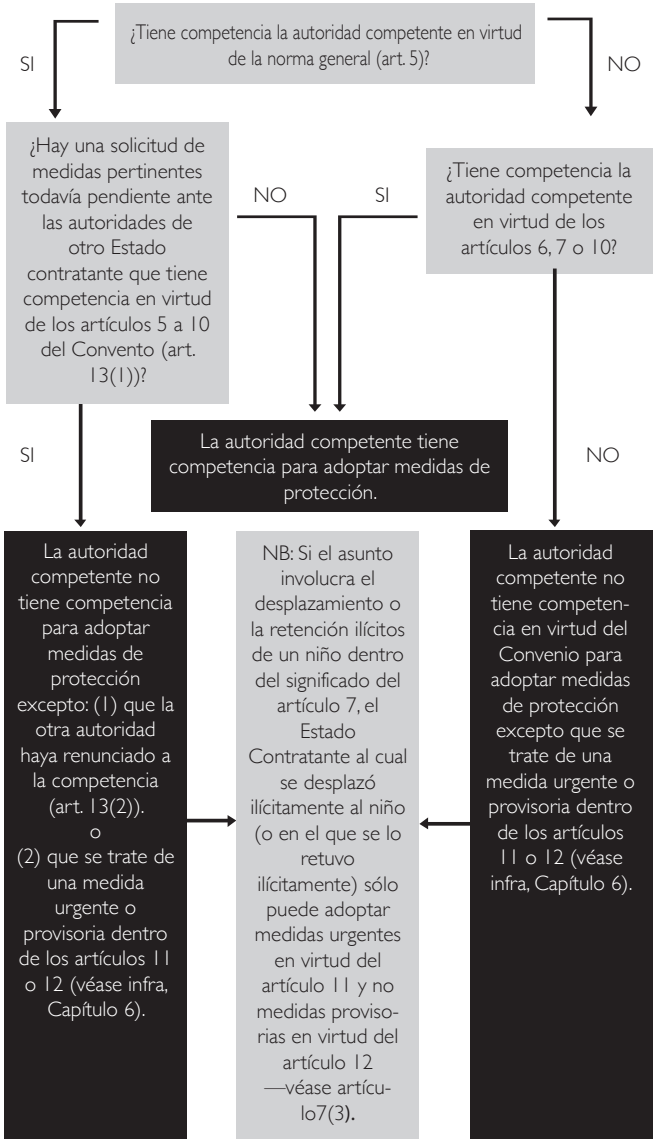
Sobre el particular, es ilustrativo el siguiente cuadro en materia de competencia (ver gráfico en la página siguiente).

Ahora bien, si el punto medular sobre el criterio rector del convenio es la residencia habitual, cuando no puede determinarse la misma, el artículo 6 de dicho acuerdo prevé circunstancias sobre niños refugiados y desplazados, estableciendo como criterio geográfico a considerar la presencia física del menor, y se denomina "residencia por necesidad".

En tal virtud, el Convenio puede aplicarse en beneficio de los infantes en diversos alcances, tal como se explica en el manual práctico sobre el funcionamiento del mismo; como cuando existen controversias entre los progenitores, en materia de sustracción internacional, protección, tráfico transfronterizo y otras formas de explotación y en caso de refugiados no acompañados.

8 *Ibidem,* p. 40, párrafo 4.8.

9 *Ibidem,* p. 40, párrafo 4.9.




Fuente: Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, p. 39.

## 4. Competencia

Ahora bien, en el tema específico, sobre competencia en casos de sustracción y retención internacional ilícita de menores se avoca el artículo 7 de la Convención en estudio, que a la letra cita:

> 1. En caso de desplazamiento o retención ilícitos del niño, las autoridades del Estado contratante en el que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su desplazamiento o su retención conservan la competencia hasta el momento en que el niño adquiera una residencia habitual en otro Estado y:
> *a)* toda persona, institución u otro organismo que tenga la guarda acceda al desplazamiento o a la retención; o
> *b)* el niño resida en este otro Estado por un periodo de al menos un año desde que la persona, institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno presentada en este plazo, y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio.
> 2. El desplazamiento o la retención del niño se considera ilícito:
> *a)* cuando se haya producido con infracción de un derecho de guarda, atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el niño tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o de su retención; y
> *b)* este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del desplazamiento o de la retención, o lo hubiera sido si no se hubieran producido tales acontecimientos.
> El derecho de guarda a que se refiere la letra *a)* puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.

> 3. Mientras las autoridades mencionadas en el apartado primero conserven su competencia, las autoridades del Estado contratante al que el niño ha sido desplazado o donde se encuentra retenido solamente pueden tomar las medidas urgentes necesarias para la protección de la persona o los bienes del niño, de acuerdo con el artículo 11.

Esta hipótesis legal permite articular con el Convenio de La Haya de 1980, en concordancia con su artículo 16 y en relación con la competencia reservada, para decidir el fondo del asunto en una primera instancia, a las autoridades de la residencia habitual del menor antes del acto de la sustracción o la retención; sin embargo, va más allá, porque también reserva competencia a dichas autoridades para, en su caso, dictar medidas de protección a la persona y bienes del menor, a menos que se observen ciertas perspectivas que cambiarían el enfoque hacia lo más conveniente para el niño —como la aceptación del desplazamiento por quien ejercía la guarda— o si se consolida un factor de temporalidad, en concordancia con lo establecido por el Convenio de La Haya de 1980, en su artículo 12, sobre la integración del menor a un nuevo ambiente.

Ahora bien, en relación con las medidas urgentes, también pueden tener mayor eficacia al ser sustentadas con base en el Convenio de 1996; porque el artículo séptimo, párrafo tercero, posibilita al Estado donde ha sido desplazado el infante a tomar medidas urgentes.

La ilicitud del acto también se armoniza con lo preceptuado por el artículo 3 del Convenio de La Haya de 1980.

En este sentido, el artículo 7 del Convenio de La Haya de 1996, complementa el Convenio del 25 de octubre de 1980, sobre sustracción de menores, de acuerdo con lo estipulado por su artículo 16:

> En tanto conserven la competencia las autoridades del Estado contratante del que el niño ha sido desplazado o retenido de manera ilícita, las autoridades del Estado contratante al cual

> se ha desplazado al niño o en el cual se lo retiene de manera ilícita podrán únicamente adoptar medidas de protección necesarias en virtud del artículo 11 (cuando el caso sea considerado urgente) y no podrán adoptar medidas provisionales en virtud del artículo 12 del Convenio.[10]

En este orden de ideas, las medidas del artículo 7 del Convenio de 1996, permiten que, al ejecutarse un acto de sustracción o retención ilícita de menores, no se traslade con los niños la competencia a autoridad diversa de la de su residencia habitual, con relación a las medidas de protección de su persona y sus bienes, sino que esta sea retenida por el Estado donde se tenía dicha residencia; lo anterior, lejos de beneficiar al sustractor, le marca límites jurídicos claros en beneficio directo con el derecho fundamental de identidad del menor y no con los propios intereses particulares de la persona que sustrae o retiene al infante.

Sin embargo, también contempla la posibilidad de que, por cambio de circunstancias, la residencia habitual del menor haya cambiado, por diversas causas, como temporalidad en la estancia, integración del medio, anuencia por quien ejerce la guarda sobre su nueva estancia, ausencia de solicitud del retorno presentada durante este periodo o todavía en curso de examen; ello, en íntima vinculación con los artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980, con relación a algunas causas para denegar la restitución.

Es importante recalcar que en el instrumento de estudio se tiene un radio amplificado para la temporalidad, considerada con relación a una posible integración del menor a un nuevo medio, en virtud de que, si bien en ambos se establece un año (artículo 12 del Convenio de 1980), no se parte del mismo hecho.

Un ejemplo sobre el particular se enuncia:

> Un padre desplaza ilícitamente a su hijo del Estado A al Estado B en enero de 2008. La madre inicia acciones en el Estado B

10 *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio*, *op. cit.*, p. 141. párrafo 13.3.

en virtud del Convenio de 1980 a fin de que el niño sea restituido al Estado A. Las autoridades en el Estado B deniegan la petición de una orden de restitución en marzo de 2008 fundándose en que esto redundaría en un riesgo serio de daño para el niño (art. 13(1) b) del Convenio de 1980).

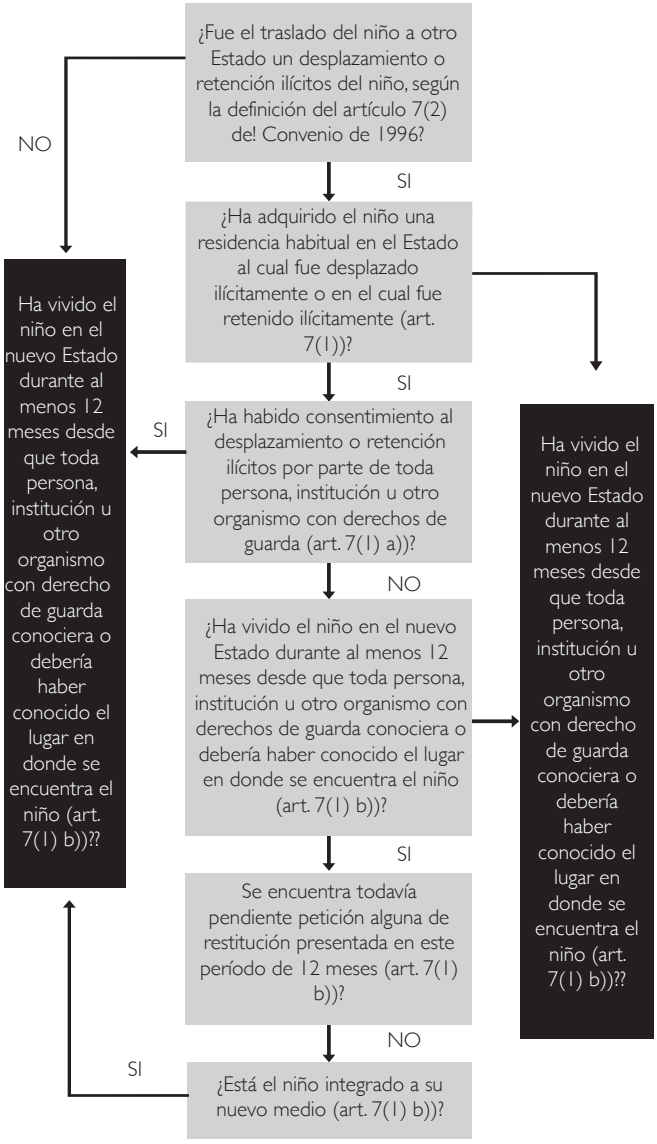
Inmediatamente después la madre desea iniciar un proceso de guarda en el Estado A tendiente a obtener una orden para que ella tenga la custodia exclusiva del niño.

Como todavía no ha transcurrido un año desde la fecha en la que la madre supo donde se encontraba el niño, y no hay consentimiento por parte de ella, las autoridades del Estado A conservan la competencia. Esto es cierto independientemente de que el lugar en donde se encuentra el niño en la actualidad sea considerado residencia habitual.

Sin embargo, si las autoridades en el Estado A consideran que las autoridades en el Estado B están en una mejor situación para apreciar el interés superior del niño y que el Estado A está comprendido en el artículo 8(2) del Convenio de 1996 en el caso en particular, pueden solicitar (en forma directa y con la asistencia de la Autoridad Central del Estado A) que las autoridades en el Estado B asuman la competencia, o puedan suspender la consideración del caso, e invitar al padre (o a la madre) a presentar la petición ante las autoridades del Estado B. Las autoridades en el Estado B pueden asumir la competencia en la causa si consideran que ello resulta en el interés superior del niño.[11]

Lo anterior es un caso en el que, en virtud de que en el instrumento de 1996, el conteo comienza a partir de que el titular del derecho de guarda conociese o hubiese debido conocer el lugar donde se encontraba el niño, según los términos de su artículo 7, inciso b). El siguiente cuadro es muy ilustrativo al efecto:

11 *Ibidem,* p. 47.




Fuente: Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, p. 45.

## 5. Transferencia de competencias

Por otra parte, para clarificar con mejor escenario los asuntos en beneficio del interés superior del menor, es particularmente importante el tema de la transferencia de competencia en los casos de sustracción internacional de menores, al decidir las medidas de protección sobre la persona del infante; es decir, el foro estatal que se encuentra en una colocación más próxima a dicho interés del menor, con cierto vínculo con el mismo, y siempre tratándose de un Estado contratante.

Esta petición puede hacerse directamente o con la colaboración de la autoridad central o suspendiendo la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado, como lo prevé el artículo 8 de dicho instrumento.

Ahora bien, en sentido concordante se encuentra el artículo 9, y en tal virtud "estos artículos introducen en el Convenio un mecanismo reversible inspirado en las nociones de *forum non conveniens* y *de forum conveniens*, cuando parece que el interés superior del niño es que su protección sea asegurada por otras autoridades distintas a aquellas del Estado de su residencia habitual. Los dos artículos son paralelos".[12]

Los artículos mencionados son una especie en analogía a nuestro sistema jurídico de incompetencia por declinatoria e inhibitoria de las autoridades, que tienen en la regla general la competencia para dictar medidas relativas a un infante, en relación con el principio del interés superior del menor, para que sean otras las autoridades, quienes en su estratégica ubicación, puedan determinar lo más conveniente. El artículo 8 establece la declinatoria que las autoridades de la residencia habitual del menor pueden hacer en favor de otro Estado, mientras que el artículo 9, por su parte, observa un procedimiento de inhibitoria intentado para que un Estado diferente del de la residencia habitual del menor solicite de la competente que decline su competencia, a su favor.

12 Lagarde, Paul, *op. cit.*, p. 29, párrafo 52.

Los Estados que pudieran observar dichos procedimientos, de acuerdo al convenio de análisis, serían aquellos donde existe un vínculo o criterio con el infante en relación con su nacionalidad, un nexo real en relación con la ubicación de sus bienes, la vinculación de los padres por una acción personal como de divorcio, separación de cuerpos o anulación de matrimonio, o algún vínculo estrecho del menor con dicho Estado, como lo estipula el artículo 8 antes citado; ahora, dicha transferencia puede ser parcial o completa.

> La transferencia de competencia puede ser del caso completo o de una parte determinada del caso. Si bien el Convenio no establece expresamente que se pueda transferir la competencia de una parte determinada del caso, los artículos 8 y 9 establecen que un Estado competente puede ser requerido (art. 8) o puede requerir (art. 9) adoptar medidas de protección que considere "necesarias": esto puede, o no, involucrar la transferencia de competencia para un caso completo. Esta interpretación del Convenio alinearía al Convenio con otros instrumentos tales como el Convenio de La Haya de 2000 sobre Protección de Adultos o el artículo 15 del Reglamento Bruselas IIa, los cuales prevén explícitamente la posibilidad de transferir la competencia para una parte específica de un caso. Una vez que la transferencia ha sido acordada por ambas autoridades, las autoridades que han transferido la competencia no pueden ejercer competencia en el caso particular que fue objeto de la transferencia. Deben esperar a que la decisión de las otras autoridades se torne firme y ejecutoria.[13]

Ahora bien, al vincularse con base en el eje rector del principio del interés superior del menor, dicha transferencia puede no ser en forma absoluta, en virtud de que el caso puede variar el enfoque de una autoridad en relación con otra por acontecimientos que se generen y, en un momento determinado, colocar en mejor situación a la autoridad primigenia.

13 *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio*, *op. cit.*, p. 58, párrafo 5.5 y 5.6.

> Este interés superior del niño debe apreciarse in concreto, "en un caso particular" dice el texto, es decir, en el momento en que se hace sentir una cierta necesidad de protección y para responder a ella. No puede, pues, entenderse que el texto establece una transferencia definitiva de la competencia a la autoridad requerida. La transferencia se limita a lo que sea necesario "en el caso particular" objeto del caso. Nada permite, en efecto, afirmar por adelantado que en un caso futuro, la autoridad competente en virtud de los artículos 5 y 6 no será la mejor situada para decidir en interés superior del niño.[14]

En estos supuestos, se contempla también un intercambio de opiniones entre los Estados para analizar sus posiciones, y poder situar con mejor ángulo su actuación al respecto en los casos determinados. "Este intercambio de opiniones generalmente será necesario para que la autoridad requerida pueda evaluar si debería aceptarse la solicitud. Una vez más, tanto las Autoridades Centrales como la Red Internacional de Jueces de La Haya podrían brindar asistencia en este sentido".[15]

Además de esta transferencia, también existe la posibilidad, como se ha señalado, de adoptar medidas de protección en casos de urgencia, para que los Estados contratantes en cuyo territorio se encuentra el niño o sus bienes sean competentes para adoptar dichas medidas. Esta hipótesis está contemplada en el artículo 11 del Convenio de 1996.

Si bien en dicho artículo no se especifica el término "urgente", un parámetro importante puede ser "considerar si es posible que el niño sufra un perjuicio irreparable o que su protección o intereses se vean comprometidos si no se toma una medida para proteger al niño en el período que es posible que transcurra antes de que las autoridades con competencia general en virtud de los artículos 5 a 10 puedan tomar las medidas de protección necesarias."[16]

---

14 LAGARDE, Paul, *op. cit.*, p. 32, párrafo 56.

15 *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio, op. cit.*, p. 64, párrafo 5.17.

16 *Ibidem.* p. 69, párrafo 6.2.

En materia de sustracción internacional de menores, este tema es relevante, tomando en consideración que las medidas de urgencia adoptadas por un Estado son vinculantes.

> El Convenio de 1996 agrega a la eficacia de cualquier otra medida de protección ordenada al garantizar que dichas órdenes sean reconocidas de pleno derecho en el Estado contratante al cual se debe restituir al niño y sean ejecutorias en ese Estado contratante a petición de cualquiera de las partes interesadas (hasta el momento en que las autoridades en el Estado contratante requirente puedan fijar las medidas de protección necesarias).[17]

En esta temática, la importancia de articular el Convenio de La Haya de 1980 con el de 1996, es evidente, pues con ello es posible integrarse a nuestro Derecho interno de acuerdo con lo que establece la Constitución en materia de recepción de los tratados; herramientas procesales y sustantivas de alta arquitectura jurídica.

En este sentido, algunas opiniones doctrinales se han inclinado en señalar sobre el Convenio de 1996 lo siguiente:

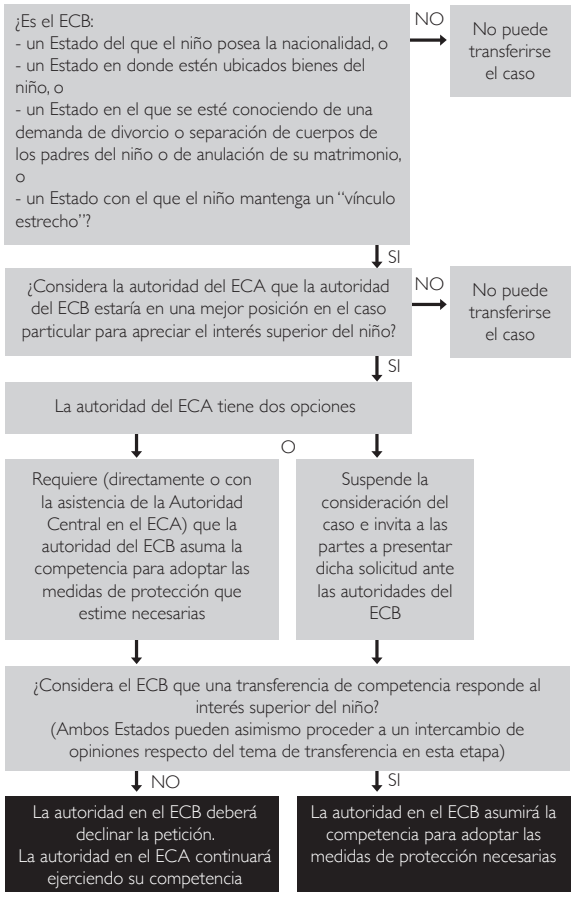
> Se desprende que es un sistema integrado (al cubrir las medidas de protección o cuidado tanto públicas como privadas), un sistema inclusivo (evita conflictos de naturaleza legal y administrativa), un sistema inclusivo (evita conflictos de naturaleza legal y administrativa y establecer un marco jurídico para la cooperación internacional entre diferente sistemas jurídicos) y, por último, se prevé un sistema de monitoreo y revisión para su buen funcionamiento (promueve la aplicación congruente y la adopción de buenas prácticas).[18]

17 *Ibidem*. p. 142, párrafo 13.7.

18 González Martín, Nuria, "Algunos pendiente y algunas propuestas en materia familiar", *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Fundación Dialnet, UNAM, número 40, México, 2010. pp. 242 y 243.

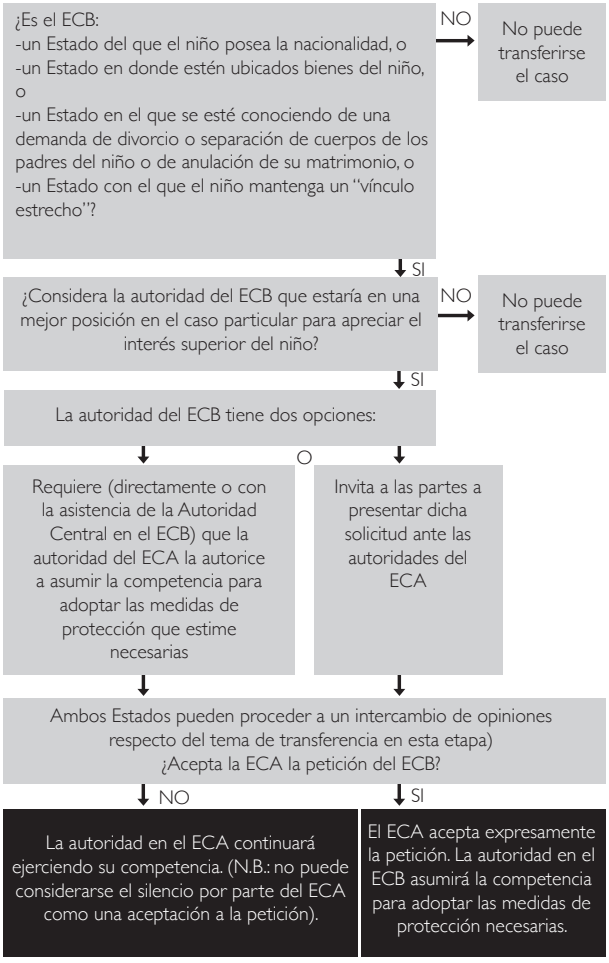
En esta tesitura y sobre el particular de los casos específicos de transferencia de competencias, y el funcionamiento, de acuerdo con las reglas procesales del Convenio de La Haya de 1996 que se estudia, se presentan los siguientes cuadros ilustrativos.

Opción 1
Solicitud de la autoridad del Estado contratante A, o iniciada por ella, que es competente en virtud de los artículos 5 o 6 del convenio, a la autoridad del Estado contratante B (art. 8).




Fuente: Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, p. 61.

Opción 2
Solicitud de la autoridad del Estado contratante B, o iniciada por ella, a la autoridad del Estado contratante A, que es el Estado contratante de residencia habitual del niño (art. 9)




Fuente: Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, pp. 62, párrafo 5.12.

## 6. Medidas en caso de urgencia

En relación con las medidas que deben adoptarse en casos de urgencia y en específico en relación con la materia de sustracción internacional de menores, existen diversas puntualizaciones en relación con la protección de los infantes y su seguro retorno.

El siguiente ejemplo es ilustrativo al respecto:

> Un niño tiene su residencia habitual en el Estado Contratante A donde vive con su madre y su padre. Se produce la ruptura de la relación entre los progenitores y la madre desplaza de manera ilícita al niño del Estado contratante A al Estado contratante B. El padre realiza una solicitud inmediata de restitución del niño en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores (del que ambos Estados son Partes). La madre no permite que tenga lugar ningún contacto entre el niño y el padre y parece que el procedimiento de restitución en el Estado contratante B llevará un par de meses. Las autoridades en el Estado contratante A no están en condiciones de adoptar medidas respecto del contacto temporario del padre en este período. Dependiendo de los hechos particulares del caso, las autoridades en el Estado contratante B pueden considerar que la falta de contacto entre padre e hijo causará un daño irreparable al niño o de otro modo comprometerá la protección o los intereses del niño. Por lo tanto, las autoridades pueden determinar que esta es una situación de urgencia que exige que se adopten medidas para garantizar alguna forma de contacto temporario entre el padre y el hijo hasta tanto concluyan los procedimientos de restitución.[19]

En relación con las medidas de protección provisionales, también el Convenio de 1996 prevé en su artículo 12, relativo con un criterio geográfico, la posibilidad de que un Estado contratante dicte dichas medidas donde se encuentre el menor o sus bienes.

19 *Ibidem*, pp. 74 y 75.

Según el proyecto revisado de *Manual práctico*, estas medidas sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, se observan en relación con una cuestión donde el menor se vea involucrado por un corto tiempo, como vacaciones o estudios, y, de la misma forma, es por el tiempo estrictamente necesario donde la autoridad competente, por regla general, dictamine lo correspondiente. Incluso el artículo 12 del Convenio de estudio prevé que dichas medidas puedan adoptarse por un Estado no contratante, dada la situación imperante, las cuales dejarán de surtir efecto hasta que son reconocidas por las autoridades de otro Estado.

Por tanto, dichas medidas tienen derecho al reconocimiento, pero también a su ejecución, según lo establece el artículo 23 del propio Convenio de 1996, aun cuando existan circunstancias especiales para negarse el reconocimiento.

## 7. Ley aplicable, cooperación, reconocimiento y ejecución

Ahora bien, en cuanto a la ley aplicable que contempla el capítulo II, también es importante observar la importancia de considerar el Convenio de 1996, en articulación al Convenio de 1980 de La Haya.

> El Convenio de 1996 no modifica ni sustituye el mecanismo establecido por el Convenio de 1980 para abordar las situaciones de sustracción internacional de menores. En cambio, el Convenio de 1996 suplementa y refuerza el Convenio de 1980 en determinados aspectos. Esto significa que una serie de sus disposiciones pueden ser útiles como complemento del mecanismo del Convenio de 1980 cuando este se aplica a un caso particular. Asimismo, en los Estados o situaciones donde no se aplica el Convenio de 1980, las disposiciones del Convenio de 1996 también pueden ser una fuente independiente de recursos de utilidad a efectos de la sustracción internacional de menores.[20]

20 *Ibidem*, p. 141, párrafo 13.1.

Al respecto, el artículo 15 del Convenio de 1996 establece que los Estados contratantes aplican su propia ley; con excepciones establecidas en el mismo.

En materia de reconocimiento y ejecución, como se ha señalado, el artículo 23, se centra al respecto.

> …establece el principio del reconocimiento de pleno derecho en todo Estado contratante de las medidas adoptadas en otro Estado contratante. En un Convenio doble, fundado en la reciprocidad, no era posible ir más lejos y prever, como algunas delegaciones hubieran deseado, el reconocimiento de pleno derecho, bajo ciertas condiciones, de decisiones de Estados no contratantes.
> El reconocimiento de pleno derecho significa que se obtiene sin recurrir a procedimiento alguno, en tanto que la persona que se apoya en la medida no da paso alguno hacia la ejecución. Es la parte a quien la medida se opone, por ejemplo, en el curso de un procedimiento, quien deberá invocar un motivo de no reconocimiento previsto en el apartado 2. El Convenio no excluye, sin embargo, un procedimiento preventivo limitado al reconocimiento o al no reconocimiento de la medida (*vid art. 24, infra*).[21]

En intima concordancia con el artículo citado, se encuentra el artículo 28 del ordenamiento legal de estudio (Convenio de 1996). Este artículo incluye el principio de que las medidas adoptadas en un Estado contratante y declaradas ejecutorias en otro "se ejecutarán como si hubiesen sido tomadas por las autoridades de este otro Estado". Se trata, de alguna forma, de una naturalización de la medida en el Estado contratante en el que se ejecutará.[22]

En materia de cooperación, el artículo 31 del Convenio de estudio indica que la autoridad central de un Estado contratante to-

21 LAGARDE, Paul, *op. cit.*, p. 54, párrafo 119.

22 *Ibidem*, p. 59, párrafo 134.

mará, ya sea directamente o con la cooperación de autoridades públicas o de otros organismos, todas las medidas apropiadas, básicamente en materia de comunicación, entre autoridades y personas interesadas, localización de un menor y en materia de mediación u otro procedimiento análogo.

Ahora bien, en materia de cooperación, el artículo 34 del Convenio da directrices importantes en materia de comunicación en los casos de sustracción internacional o retención de menores.

Así, "el artículo 34 del Convenio de 1996 también puede resultar útil para un Estado contratante *requerido* que entienda en los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980. Si las informaciones del Estado contratante de la residencia habitual del niño son útiles para la decisión de restituir o no al niño."[23]

Por ello, "el Convenio de 1996 ofrece más posibilidades de que determinadas funciones de las Autoridades Centrales puedan ejercerse mediante otros organismos."[24]

Por otra parte, si bien es cierto que, dentro de las funciones de las Autoridades Centrales, se encuentra el ministrar información, sin embargo, en términos del Convenio de La Haya de 1980, esta actividad es más limitada.

> Así otra característica valiosa de la Convención de 1996 es el requisito de que la Autoridad Central debe tomar medidas para proporcionar "información en cuanto a las leyes de, o servicios disponibles en sus respectivos Estados en relación con la protección de los niños." , lo que representa una gama más amplia de la información cambio que pueda afectar a cuestiones de "retorno seguro"; en virtud de la Convención de 1980, la Autoridad Central sólo está obligado a proporcio-

23 *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio*, *op. cit.*, párrafo, p. 144, párrafo 13.11.

24 *Ibidem*, párrafo 11.2, p. 115.

> nar "información de carácter general sobre la legislación de su país en relación con la aplicación de la Convención.[25]

Ahora bien, el artículo 50 refiere que el Convenio de La Haya de 1996 no afecta al de La Haya de 1980, pero no se impide que se invoquen disposiciones del primer instrumento de cita para obtener el retorno de un niño que ha sido ilícitamente desplazado o retenido o en relación con el derecho de visita, sobre este último tema:

> El Convenio de 1996 puede asimismo asistir en las cuestiones de visitas provisionales en los casos de sustracción cuando los procedimientos de restitución en virtud del Convenio de 1980 se encuentren pendientes de resolución. Cuando el Estado de la residencia habitual del niño no está en condiciones de abordar la visita provisional, el artículo 11 del Convenio puede proporcionar un fundamento para que las autoridades del Estado contratante que entiende en los procedimientos de restitución puedan expedir dicha orden.[26]

## 8. Cooperación, derecho de contacto y medios alternos de solución de conflictos

Sobre el derecho de visita, el artículo 35 del Convenio de 1996 prevé la posibilidad, en cooperación de un Estado contratante a otro, para que le asista en la puesta de prácticas de medidas, en específico sobre el ejercicio efectivo del derecho de visita, y contacto.

Así, "en virtud del Convenio de 1996, las órdenes de contacto provenientes de las autoridades de un Estado contratante se re-

25 DUTTON, Ma., *cit*. Documento preliminar "Violencia doméstica y familiar, y la excepción del artículo 13 "Grave Riesgo" En el Funcionamiento de la Convención de La Haya de 25 de Octubre 1980 Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Un documento de reflexión redactado por la Oficina Permanente de La Haya, Documento Preliminar número 9 .p. 32, párrafo 131 (versión original en inglés. Traducción libre).

26 *Ibidem*, párrafo 13.8, p. 93.

conocerán de pleno derecho en los demás Estados contratantes Los motivos sobre los cuales se puede fundar una denegación de reconocimiento están limitados y enumerados de manera exhaustiva en el artículo 23(2) del convenio."[27]

El derecho de visita en problemas de sustracción o retención ilícita de menores es de suma sensibilidad, debido al derecho fundamental de los infantes de mantener contacto con sus progenitores, como parte primordial de su integración como humanos.

Cuando existen Estados vinculados únicamente por el Convenio de La Haya de 1980, este derecho puede no verse consagrado en su respeto inmediato, dada la falta de competencia primigenia como tal del Estado en que el menor fue trasladado o retenido. Ello ha sido una problemática estudiada por la Oficina Permanente, que incluso enfatizó la importancia de contar con disposiciones de ejecución al respecto, al articular el Convenio de La Haya de 1980 con el de 1996.

> La Oficina Permanente enfatizó dos problemas relativos al derecho de visita en virtud del Convenio de 1980. En primer lugar, no existe disposición alguna en virtud del Convenio de 1980 que aborde la competencia para emitir órdenes de visita o contacto ni disposición alguna para su ejecución. Las normas uniformes relativas a la competencia, y el reconocimiento y la ejecución se encuentran, sin embargo, disponibles para los Estados Contratantes en virtud del Convenio de 1996.[28]

El otro problema detectado por la oficina permanente se relaciona con la ambigüedad del artículo 21 del Convenio de 1980 sobre los servicios que debe proveer la Autoridad Central; sobre estos temas, es conveniente, por tanto, que ambos Convenios

27 *Ibidem*, párrafo 13.19, p. 99.

28 Informe de la parte uno de la sexta reunión de la comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños (1-10 de junio de 2011) *documento preliminar no.14 redactado por la oficina permanente* de La Haya párrafo 80, p. 28.

puedan armonizar, con la coordinación de sus normas, las problemáticas de forma más atingentes en materia de visitas.

Por otra parte, el Convenio de 1996 sustituye el Convenio de 05 de octubre de 1961 y al Convenio para regular la Tutela de los Menores, sin perjuicio del reconocimiento de las medidas adoptadas, según el Convenio de 1961, con antelación citado, de acuerdo al artículo 51 del instrumento que se analiza.

Por otra parte, también es esencial considerar que, cuando no pueda aplicarse el Convenio de 1980 en casos de sustracción o retención ilícita internacional , el Convenio de 1996 brindaría un foro estructural para la restitución, si es acorde con el interés superior del infante.

En este esquema, sobre la materia de ejecución, ciertamente el Convenio de 1996 puede coadyuvar a que los casos donde existe una orden de restitución puedan cumplirse *de facto*, con soporte jurídico inminente de cumplimiento.

Además. "existe una serie de instancias en las que el Convenio de 1980 podría no ser aplicable aunque lo sea el Convenio de 1996. Por ejemplo, el Convenio de 1980 no se aplica a los niños de más de 16 años de edad, mientras que el Convenio de 1996 se aplica a los niños hasta que alcancen la edad de 18 años".[29]

Incluso, al conservar el Estado de residencia habitual del menor la competencia como regla genérica, puede dictar medidas que pueden transferirse en materia de ejecución al Estado donde se ha desplazado al menor.

> Las disposiciones sobre reconocimiento y ejecución, (*omissis*), cuando se combinan con las normas de competencia, pueden ser utilizadas en algunas circunstancias para garantizar que un niño sea efectivamente restituido al Estado contratante de su

29 *Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio, op. cit.*, p. 146, párrafo 13.13.

> residencia habitual. Por ejemplo, el progenitor en el Estado contratante de la residencia habitual del niño podría tener ya una orden ejecutoria para la guarda o entrega del niño o podría obtener una, en este Estado contratante, de manera rápida. Esta orden podría ser luego enviada para su reconocimiento y ejecución en virtud del Convenio al Estado contratante al cual el niño ha sido desplazado de manera ilícita o en el cual se lo ha retenido de manera ilícita. Una vez que la orden haya sido declarada ejecutoria o registrada a los fines de ejecución, deberá ser ejecutada en ese último Estado contratante como si hubiese sido expedida por las autoridades de ese Estado, excepto que se establezca uno de los fundamentos para la denegación del reconocimiento.[30]

En cuanto a los medios alternos de solución de conflictos, también el Convenio de 1996 establece un esquema que proporciona seguridad jurídica en materia de vinculación de los acuerdos entre los Estados contratantes y de ejecución.

Así, sobre el particular, "generalmente bastará con transformar un acuerdo de mediación en una resolución judicial en un Estado contratante, ya que la ejecutabilidad en el otro Estado contratante estará garantizada (en la medida en que las cuestiones tratadas en la orden estén comprendidas en el ámbito de aplicación sustancial del Convenio…"[31]

Por todas las razones reseñadas, en forma concomitante con otras posiciones doctrinales en el mismo sentido, es conveniente considerar esta propuesta útil de que México pueda ser parte del Convenio de 1996, lo cual, en armonía con el Convenio de La Haya de 1980, le permitirá contar con un esquema legal de mayor amplitud y posibilidad para situarse en franca interacción con las reglas actuales relativas a la protección internacional de los infantes y, en específico, en relación con la sustracción inter-

30 *Ibidem*, p. 146, párrafo 13.14.

31 *Ibidem*, p. 161, párrafo 13.49.

nacional de menores, dada la posibilidad de articular reglas de competencia, cooperación, ejecución, responsabilidad parental, y adoptar medidas de protección en postura estratégica, en relación con el principio nuclear del interés superior del menor.

Además, como hemos venido señalando, "el rubro de competencia evita la necesidad de volver a litigar sobre el derecho de guarda y de visitas garantizando la primacía de las decisiones tomadas por las autoridades del país donde el niño tiene su residencia habitual."[32]

Ello, en virtud de que la propia naturaleza del Convenio de La Haya de 1980 y sus objetivos no contienen todas las reglas necesarias de competencia, cooperación y ejecución necesarias para vincular en forma autónoma, los aspectos en una temática integral en beneficio del interés superior del menor:

> En la medida en que los objetivos del Convenio, aun siendo ambiciosos, tienen un alcance muy concreto, el problema de fondo del derecho de custodia se sitúa fuera de su ámbito de aplicación. Por lo tanto, el Convenio está condenado a coexistir inevitablemente con las normas relativas a la ley aplicable y al reconocimiento y la ejecución de las resoluciones extranjeras de cada Estado contratante, con independencia de que su origen sea interno o convencional.[33]

Por lo tanto, al entrelazar los convenios de estudio, en nuestro país se proyecta un esquema que potencializa soluciones en el campo del Derecho internacional privado, en la materia de sustracción y retención de infantes.

Entonces, la fuerza de dichas relaciones se tendrá al vincular convenios que se complementen y que amplifiquen la competencia, los alcances de la cooperación y ejecución en el ámbito del cum-

32 González Martín, Nuria, *op. cit.*, p. 245.

33 Informe Explicativo de Elisa Pérez Vera, Oficina Permanente de La Haya, p. 10, párrafo 39.

plimiento de resoluciones y medidas de protección, de urgencia o provisionales sobre la materia de restitución de infantes.

Lo anterior, tomando en consideración que "…la norma de competencia judicial civil internacional, contenida en herramientas internacionales, tendrá una formulación multilateral cuyo alcance se predicará y tendrá eco en aquellos Estados que lo tengan positivizado. Estamos ante lo que la doctrina ha denominado como "instrumentos fedatores."[34]

Incluso aumenta la esfera de potencia y facultades en materia de otros convenios, como es el caso de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, de la que México forma parte, toda vez que dicha convención es:

> De carácter unitario, es decir, regula únicamente la autoridad nacional internacional competente; de esta característica se deriva el hecho de que deja sin regular los aspectos del derecho aplicable y de cooperación internacional (*omissis*) Lo anterior desemboca en que este instrumento deberá coexistir necesariamente con otros cuerpos normativos para dar una respuesta integral al caso de la sustracción internacional de menores.[35]

Por lo tanto, esta propuesta observa una adecuada vinculación de foros de sesgo universal, como la Convención de 1980 de La Haya en materia de sustracción internacional de menores, y la codificación de corte regional como la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores.

Si bien el enfoque es parcial, dada la materia que abordan dichos tratados y convenciones, "todos los instrumentos convencionales procedentes de ambos foros […] no tienen como objetivo

34 Rodríguez Jiménez, Sonia *cit.* Calvo Caravaca, Alfonso Luis, *Competencia Judicial Civil Internacional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, p. 76.

35 Rodríguez Jiménez, Sonia, *op. cit.,* p. 297.

alcanzar una codificación global en razón de la materia, por el contrario, sus trabajos se orientan a codificar asuntos concretos que reflejan sus intereses y prioridades."[36]

Al formar parte del convenio de 1996, México podrá articular convenios de corte dogmático, con este último, de un corte principalmente pragmático que:

> Son aquellos instrumentos internacionales que ofrecen una respuesta específica de DIPr, en las situaciones internacionales actuales, estos, convenios tienden a la unificación de los sistemas nacionales de DIPr, en los Estados participantes, mediante la elaboración de normas que resuelven los problemas de competencia internacional de autoridades, derecho aplicable y validez extraterritorial de decisiones.[37]

Con lo anterior, se estructura un andamiaje internacional que ministra un foro de facultades ampliadas para México, lo cual permitirá mayor unificación de procedimientos y seguridad jurídica en el actuar.

## 9. Vinculación de los convenios con los sistemas estatales

Es importante precisar que, si bien es cierto se hace referencia a que estos instrumentos internacionales tienen nociones sobre foros de competencia, relativos a *forum non conveniens* y *de forum conveniens,* y que estos son aplicables preferentemente a los sistemas de *common law*, es importante, en primer término, clarificar sobre jurisdicción y competencia.

---

36 González Martín, Nuria, *La conferencia especializada interamericana de derecho internacional privado y la modernización del derecho internacional privado latinoamericano. ¿un cambio en el iter convencional hacia la ley modelo*, Boletín Mexicano de Derecho Comparado, p. 525. *http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt21.htm* Consultado el 21-03-2018.

37 González Martín, Nuria *cit.* García Cano, Sandra, *La conferencia especializada… op. cit.*

Al respecto, se cita la siguiente tesis:

> **Jurisdicción y competencia.** Frecuentemente se confunden estos dos conceptos, pero debe entenderse que la jurisdicción es la potestad de que se hallan revestidos los Jueces para administrar justicia, y la competencia, la facultad que tienen para conocer de ciertos negocios, ya por la naturaleza misma de las cosas, o bien por razón de las personas. La jurisdicción es el género, y la competencia la especie. Un Juez puede tener jurisdicción y no competencia, pero no al contrario. Para que tenga competencia, se requiere que el conocimiento del pleito le esté atribuido por la ley. La jurisdicción y la competencia emanan de la ley, más la competencia algunas veces también se deriva de la voluntad de las partes, lo que no sucede con la jurisdicción.
> Amparo civil en revisión 1021/28. Acevedo Rafael J., sucesión de. 19 de marzo de 1929. Mayoría de tres votos. Disidentes: Joaquín Ortega y Francisco Díaz Lombardo. La publicación no menciona el nombre del ponente".[38]

En este sentido, la potestad de la jurisdicción está dada por el Estado para decir el derecho y sobre ese universo la competencia establecerá a qué jueces corresponde decidir sobre los negocios concretos en base a un criterio determinado.

Así Carlos A. Gabuardi citando a Boncenne refiere:

> Considerada la jurisdicción como el poder del juez, la competencia ha sido definida por Boncenne como la medida de este poder. Ha sido también definida como "la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado". Y como "la facultad y el deber de un juzgado o tribunal para conocer de determinado asunto".

38 Tesis S/N, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. XXV, marzo de 1929, p. 1648.

> La competencia es, en realidad, la medida del poder o facultad otorgada a un órgano jurisdiccional para entender de un determinado asunto.
> En otros términos se puede decir que la competencia es aquella parte de la potestad jurisdiccional que está legalmente atribuida a un órgano judicial determinado frente a una cuestión determinada.[39]

El autor de cita indica que "Conforme a la doctrina del *forum non conveniens*, un tribunal puede declinar el ejercicio de su jurisdicción si éste fuera un foro impráctico y existiera un foro alterno adecuado".[40]

Estas circunstancias no pasan desapercibidas, al igual que la integración del artículo 121 Constitucional de nuestro Estado.

Sin embargo, lo cierto es que la flexibilidad de los sistemas, podrá resolver problemas prácticos, en relación a la protección de niños y acceso a la justicia y derechos humanos, a lo que México está obligado, de acuerdo a sus compromisos internacionales con diversos instrumentos convencionales.

Y sobre el particular, en la Reunión Interamericana de la Red de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores, celebrada del 23 al 25 de febrero de 2011, en México D. F. (ahora Ciudad de México), en relación a la Convención de La Haya de 1996 sobre la Protección de Niños, se citaron los siguientes puntos:

> Entendiendo los beneficios de contar con un marco jurídico para la resolución de las disputas internacionales relativas a la custodia y el contacto de los niños con sus padres, y para la protección de los niños en riesgo en situaciones transfron-

39 GABUARDI, Carlos A., "Entre la Jurisdicción, la Competencia y el Forum Non Conveniens", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLI, núm. 121, enero-abril de 2008, p. 88.

40 *Ibidem*, p. 91.

terizas, los participantes invitaron a los estados de la región interamericana a estudiar el Convenio de La Haya de 1996, con miras a su futura implementación.[41]

Se observó que el ámbito de aplicación sobre la protección internacional de niños es muy amplio, que evita conflictos jurídicos y administrativos con estructura para la cooperación efectiva, que sus normas de jurisdicción evitan posibilidad de decisiones conflictivas y que se dé protección a un niño en caso de emergencia (ello en sus puntos 60 , 61 y 62).

Y es importante señalar, por extenso, los puntos que se destacaron de los casos hipotéticos sobre los beneficios para la región latinoamericana derivados del Convenio de 1996, que por extenso de cita:

- El Convenio de 1996 refuerza el Artículo 16 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores.
- El Convenio de 1996 brinda medidas de protección urgentes de suma utilidad para los casos de solicitudes realizadas en virtud del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, que tiene efecto en todos los Estados parte del Convenio de 1996.
- Las medidas urgentes ordenadas con relación a la restitución del niño al Estado de su residencia habitual serán automáticamente reconocidas y ejecutadas, evitándose de este modo la necesidad de organizar decisiones espejo en las dos jurisdicciones involucradas.
- El Convenio de 1996 refuerza el artículo 21 del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores, brindando normas claras con relación a la ley aplicable, jurisdicción, reconocimiento y ejecución y cooperación con relación a los asuntos relativos a la custodia y el derecho de contacto.

41 Reunión Interamericana de la Red de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores, México D.F., celebrada del 23 al 25 de febrero de 2011, p. 9 *by.com.uy/oea.org/wp-content/…/12/TerceraReunion-deExpertos-Conclusiones.pdf* Consultado el 21-03-2018.

- El Convenio de 1996 establece en el artículo 26 un sistema de declaración de ejecutabilidad y registro, a los fines de lograr una rápida ejecución de medidas de protección ejecutables en un Estado parte, en los demás Estados parte del Convenio, tales como las medidas que puedan haber sido incluidas en un acuerdo de mediación que tenga fuerza ejecutoria
- El Convenio de 1996 brinda un procedimiento novedoso para abordar las formalidades de las solicitudes de visitas que promueve significativamente el acceso a al (sic) justicia de la parte que solicita el derecho de visita.
- El Convenio de 1996 incluye normas de jurisdicción para ordenar medidas de protección de niños que son objeto de actividades vinculadas con el tráfico.[42]

En el mismo sentido, en la séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de octubre de 2017, nuevamente la comisión especial recomendó que la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, a través de la Oficina Permanente, continúe con su tarea actual de apoyo al funcionamiento práctico y eficaz de los Convenios de 1980 y 1996.[43]

Por lo que es un tema obligado en la agenda de los Estados, de eminente análisis de acuerdo a sus vinculaciones y relaciones internacionales; y no únicamente el convenio de estudio aplica para los sistemas de *common law,* toda vez que Ecuador, que tiene un sistema de tipo Romanista, se ha adherido al Convenio de mérito el 05-XI-2002, con entrada en vigor de 1-IX-2003, según los datos del estatus de los Estados parte de la Conferencia de La Haya; sobre el convenio de análisis.

42 *Ibidem,* p. 10.

43 Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Niños y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de octubre de 2017 p. 3 párrafo 8 *https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57* consultado el 21-03-2018.

Por ello es que, aún en el ámbito regional americano, debe trabajarse sobre el particular y México puede extender sus recursos procesales internacionales al adherirse a convenios como el de La Haya de 1996 antes reseñado, con el análisis adecuado de su sistema y el método de implementación correspondiente.

## 10. Conclusiones

De acuerdo a que existen elementos que evidencian que el Convenio de La Haya de 1996 impulsa los objetivos de La Haya de 1980, el margen de protección en materia infantil se amplifica; por lo que al vincularse un Estado, con el primer Convenio de cita, se encuentra en una mejor posición para dar cumplimiento con mayor atingencia con los compromisos internacionales, en especial, con la protección de los derechos humanos de los niños y la familia, consagrados en la Convención sobre los Derechos del niño, que dentro de su preámbulo señala a la familia como grupo fundamental de la sociedad, medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros.

Así, se amplifica el interés superior del niño en busca de su bienestar, en donde se tiene la obligatoriedad de adecuar el Derecho interno, en busca de esta protección integral, de los niños, niños y adolescentes, como lo preceptúa la Convención con antelación citado, en su artículo 3, segundo párrafo, y 4, que a la letra dicen:

> Artículo 3.
> (*omissis*)
> 2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas…
> Artículo 4.
> Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención.

> En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.[44]

En tal virtud, México, al ser parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, tiene obligatoriedad de adecuar su Derecho interno para el cumplimiento de sus obligaciones internacionales, en términos de los artículos antes citados; y esquematizar en su marco internacional vinculante la Convención de La Haya de 1996, le coloca en una posición estratégica con herramientas al servicio de los niños y de sus familias en materia de competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación.

Y con ello, contaría con instrumentos más idóneos para abordar problemáticas en materia de custodia, contacto, tráfico transfronterizo, menores refugiados no acompañados, medidas de protección en el extranjero y específicamente en materia de sustracción y retención internacional ilícita.

## 11. Bibliohemerografía

### Bibliografía

RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia *cit.* CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, *Competencia Judicial Civil Internacional,* Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009.

### Hemerografía

GABUARDI, Carlos A. "Entre la Jurisdicción, la Competencia y el Forum Non Conveniens", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLI, núm. 121, enero-abril de 2008.

44 Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF. Disponible en: *www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf*. Consultado 21-03-2018.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "La conferencia especializada interamericana de derecho internacional privado y la modernización del derecho internacional privado latinoamericano. ¿Un cambio en el iter convencional hacia la ley modelo", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *http://historico.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/123.5/cnt/cnt21.htm*

——, "Algunos pendiente y algunas propuestas en materia familiar", *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Fundación Dialnet. UNAM, número 40, México, 2010.

LAGARDE, Paul, "Informe Explicativo del convenio de La Haya de Octubre de 1996", *Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya*, Países Bajos, París, 1997.

## Tratados y Convenios Internacionales

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, Compilación de Instrumentos Internacionales, Derecho Internacional de los Derechos Humanos. 2012.

Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF. 1989. Disponible en: *www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf*.

Convenio de La Haya relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños. 1996. Disponible en: *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70.*

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. 1980. Disponible en: *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24.*

## Documentos Oficiales

Soft Law

Informe de la parte uno de la sexta reunión de la comisión especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores y del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de niños (1-10 de junio de 2011) *documento preliminar no.14 redactado por la oficina permanente* de La Haya.

Informe Explicativo de Elisa Pérez Vera, Oficina Permanente de La Haya.

Dutton, Ma., Documento preliminar "Violencia doméstica y familiar, y la excepción del artículo 13 "Grave Riesgo" En el Funcionamiento de la Convención de La Haya de 25 de Octubre 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Un documento de reflexión redactado por la Oficina Permanente de La Haya, Documento Preliminar número 9, (versión original en inglés. Traducción libre).

Manual práctico sobre el funcionamiento del Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, Publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado Oficina Permanente, Países Bajos.

Reunión Interamericana de la Red de Jueces de La Haya y Autoridades Centrales sobre Sustracción Internacional de Menores, México D.F., celebrada del 23 al 25 de febrero de 2011, p. 9. Disponible en: *by.com.uy/oea.org/wp-content/…/12/TerceraReunion-deExpertos-Conclusiones.pdf*

Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacio-

nal de Niños y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños de octubre de 2017 p.3 párrafo 8. Disponible en: *https://www.hcch.net/es/publications-and-studies/details4/?pid=6545&dtid=57*

**Jurisprudencia**

Tesis S/N, Semanario Judicial de la Federación, Quinta Época, t. XXV, marzo de 1929.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 167-197.

# RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: UNA MIRADA DESDE LA REALIDAD JURISDICCIONAL

## INTERNATIONAL RESTITUTION OF MINORS: A LOOK FROM JURISDICTIONAL REALITY

*José Luis Vázquez Ramírez*[*]
*Laura G. Zaragoza Contreras*[**]

**RESUMEN:** En el presente estudio, desde una perspectiva procesal se discuten resultados previos de una investigación en curso sobre las barreras que la normatividad mexicana representa frente al procedimiento de restitución internacional de menores, lo que imposibilita cumplir a cabalidad con los compromisos asumidos por el Estado mexicano al firmar el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Al respecto, también se hace una revisión de la normatividad procesal en México sobre la materia y se examina la inadecuada e imprecisa interpretación que, exclusivamente desde el Derecho, pudiera realizar un Estado parte, lo cual constituiría una limitante para lograr los fines de la Convención. Se concluye con algunas reflexiones sobre el procedimiento de restitución de un menor y la relación con la custodia de este, la afectación a su integridad psíquica, física y moral y la necesidad de que, por lo tanto, los Estados parte, y México en particular, deban diseñar los mecanismos que permitan el efectivo cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

**PALABRAS CLAVE:** Procedimiento de restitución de menores, barreras procesales, sustracción de menores, retención indebida.

* Licenciado en Derecho por la UNAM, Maestro en Administración de Justicia por la UAEM y estudios doctorales en Derecho Privado en la Universidad de Salamanca (España). Magistrado en retiro del Poder Judicial del Estado de México y Profesor de la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: *joselo.vazram@gmail.com*

** Estudios de Derecho y Sociología en la UNAM, Maestra en Derecho por la UAEM, Doctora en Ciencias Sociales y Políticas por la Universidad Iberoamericana. Es Catedrática de la UAEM, UNAM y Profesor-Investigador de la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: *laurazaragozacontreras@live.com.mx*

**ABSTRACT:** In this study, from a procedural perspective, a discussion is raised from the previous results from a current investigation about the barriers that Mexican legal order presents when facing the process of international restitution of minors, which makes it impossible to fulfill completely the compromises undertaken by the Mexican State by signing the Hague Convention on Civil Aspects of the International Abduction of Minors. In this respect, a review is performed on the procedural normativity in Mexico about the subject, and an examination is made to the inadequate and imprecise interpretation of the Law which exclusively a State who is part could perform, which would constitute a limitation to achieve the goals of the Convention. This study concludes with some considerations about the process of restitution or minors and the relationship with custody, the affectation to its psychical, and moral integrity, and the need to, as such, the States which are a part of it, and Mexico in particular, issue the mechanisms that allow the effective fulfillment of the acquired obligations.

**KEY WORDS:** Child restitution process, procedural barriers; child abduction, undue retention.

Recepción: 21/09/2017
Aceptado para su publicación: 13/11/2017

SUMARIO
1. Introducción. 2. Normatividad procesal en México. 3. Barreras procesales. 4. Reflexiones finales. 5. Fuentes consultadas.

## 1. Introducción

El objeto de las ciencias sociales se transforma de manera visible, en amplias proporciones y, en ciertos aspectos, en forma espectacular. Por primera vez, las ciencias sociales son desafiadas a pensar el mundo como una *sociedad global*.[1] Las relaciones, los procesos y las estructuras económicas, políticas, demográficas, geográficas, históricas, culturales, sociales y legales que se desarrollan en escala mundial, adquieren preeminencia sobre las relaciones, procesos y estructuras que se desarrollan en la escala nacional. El pensamiento científico, en sus producciones más notables, está elaborado primordialmente con base en la reflexión sobre la *sociedad nacional*, para aprehender la constitución y los movimientos de la sociedad global.

El paradigma clásico de las ciencias sociales se constituyó, y sigue desarrollándose, con base en la reflexión sobre las formas y los movimientos de la sociedad nacional. Pero la sociedad nacional está siendo recubierta, asimilada o subsumida por la sociedad global, una realidad que no está suficientemente reconocida y codificada. La sociedad global adquiere desafíos empíricos y metodológicos, o históricos y teóricos, que exigen nuevos conceptos, otras categorías, diferentes interpretaciones.

Siempre hubo un enorme debate sobre cómo la sociedad y el Estado se relacionan, cuál debería subordinar al otro y cuál encarnar los valores más elevados. Así, se acostumbra pensar que

1 *Cfr.* Wallerstein, Immanuel, *Unthinking Social Science: The Limits of Nineteenth Century Paradigms*. Chapter 18. Cambridge: Polity Press. 1991.

las fronteras de la sociedad y del Estado son las mismas, o si no, podrían y deberían serlo. Se vive en Estados. Hay una sociedad bajo cada Estado. Los Estados tienen historia y por tanto tradiciones. Esta imagen de la realidad social no era una fantasía, tanto es así que teóricos colocaron en perspectivas ideográficas y nomotéticas se desempeñaban con razonable desenvoltura, al utilizar esos enfoques acerca de la sociedad y del Estado y lograr algunos resultados plausibles. El único problema era que, a medida que el tiempo corría, más y más *anomalías* resultaban inexplicadas en ese esquema de referencia y más y más lagunas parecían surgir.

La globalización puede así ser definida como la intensificación de las relaciones sociales en dimensión mundial, al ligar localidades distantes de tal manera que los acontecimientos locales son modelados por eventos que ocurren a muchas millas de distancia y viceversa.[2]

La sociedad global no es una mera extensión cuantitativa y cualitativa de una sociedad nacional. Aunque esta continúe siendo básica, evidente e indispensable y se manifieste incluso en el ámbito internacional, es innegable que la sociedad global se constituye como una realidad original, desconocida, carente de interpretaciones. La sociedad global ya ha sido objeto de estudios e interpretaciones políticas, económicas, culturales, demográficas, legales, etc.

Hay conciencia de que los problemas sociales deben pensarse desde una perspectiva transnacional, mundial o propiamente global, pero aun cuando hay conciencia, en términos objetivos, hay temas que se siguen pensando desde lo local.

En forma sintética, se puede decir que esa problemática está presente en los estudios e interpretaciones sobre relaciones interna-

2 Ianni, Octavio, *Teorías de la Globalización*, Siglo XXI-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, México, UNAM, 1996. p. 147.

cionales […] nueva dependencia, interdependencia, multilateralismo, multinacionalismo, transnacionalismo, […] globalización y fragmentación, nuevo mapa del mundo […]. Este es un momento epistemológico fundamental: el paradigma clásico, fundado en la reflexión sobre la sociedad nacional, es subsumido formal y realmente por el nuevo paradigma, fundado en la reflexión sobre la sociedad global. El conocimiento acumulado sobre la sociedad nacional no es suficiente para esclarecer las configuraciones y los movimientos de una realidad que ya será siempre internacional, multinacional, transnacional, mundial o propiamente global.

Es obvio que la sociedad nacional sigue teniendo vigencia, con su territorio, población, formas de organización social y técnicas de trabajo; este es el escenario en el cual sus integrantes se mueven, viven, trabajan, piensan. Poco a poco, y a veces de repente, la sociedad global subsume formal o realmente a la sociedad nacional, pero en forma simultánea se articula dinámica y contradictoriamente con las configuraciones y los movimientos de la sociedad global, como totalidad geográfica.[3]

A partir de estas premisas, es dable cuestionar si pueden o deben interpretarse —y, en su caso la perspectiva de abordaje—, de las disposiciones contenidas en el Convenio de La Haya[4] ante temas sensibles, como lo es la restitución internacional de menores; tema que implica como punto previo la sustracción, retención o traslado ilegal de un menor a un país distinto al de su residencia habitual, lo cual genera que se le prive de la convivencia con uno de sus progenitores.

3 *Cfr.* Ianni, *op. cit.* pp. 159-160.

4 En el presente estudio se emplean en forma indistinta Convenio y Convención, en ambos se refieren al Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, tal y como se señala en el propio texto. (25 de octubre 1980). Publicado en el DOF: 6 de marzo de 1992. Disponible en: *http://www.oas.org/dil/esp/convenio_de_la_haya_sobre_los_aspectos_civiles_de_la_sustraccion_internacional_de_menores.pdf* Consultado el 22-02-2018. Aun cuando también se encuentra la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores DOF: 18 de noviembre de 1994, como instrumento de carácter regional, el presente estudio, solo se refiere a la Convención de La Haya por ser de mayor alcance y cobertura.

En el presente estudio, desde una perspectiva procesal, se discuten resultados previos de una investigación en curso sobre las barreras que la normatividad mexicana representa frente al procedimiento de restitución internacional de menores, lo que imposibilita cumplir a cabalidad con los compromisos asumidos por el Estado mexicano al firmar el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.

## 2. Normatividad procesal en México

La inadecuada e imprecisa interpretación que, exclusivamente, desde el Derecho pudiera realizar un Estado parte, constituye una limitante para lograr los fines de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, donde, desde el preámbulo, se percibe el énfasis en conceptos tales como: el interés superior del niño,[5] la protección internacional del menor frente al traslado y retenciones indebidas, los derechos de custodia y visitas, así como la celeridad en la restitución, es decir, el armónico equilibrio entre la protección a los derechos humanos del menor[6] y las normas de carácter procesal como instrumentos que permitan dinamizar y proteger sus derechos.

Todos los Estados parte de la comunidad internacional deben conducirse en un sentido tal, que permita facilitar la tutela judicial efectiva, garantizando el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, para lo cual debe desarrollarse la cooperación efectiva con repercusión transfronteriza, por establecer el modelo más extremo de ejecución *full faith and credit,* [7] la cual, en un estudio del texto constitucional de los

5 Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. (1969) Artículo 19. Derechos del Niño. Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

6 Ya que el menor es un verdadero titular de derechos. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf*. Consultado el 24-02-2018.

7 Pleno de fe y de crédito. En este sentido, respecto de la Cooperación Judicial en Materia Civil, resulta obligada la revisión del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea donde señala:

Estados Unidos, se comparó el texto mexicano, explicando que hacia el finales del siglo XVIII (cuando se creó el texto estadounidense) privaba la idea del *comity*, esto es, el reconocimiento por mera cortesía. No obstante, el legislador de Estados Unidos trató de neutralizar el reconocimiento por mera cortesía introduciendo una verdadera obligación de reconocimiento de los actos foráneos. La cláusula de entera fe y crédito —afirmó— no se estableció como una mera cortesía, sino como una obligación de reconocimiento, que se refiere a los actos legislativos, administrativos, así como a las sentencias judiciales.[8]

El traslado de un menor al extranjero en compañía del progenitor que tiene la custodia, sin la autorización del otro progenitor, a quien se le ha reconocido el derecho de visita y derecho de autorización para los traslados —del menor— al extranjero (*ne exeat*), constituye una vulneración al "derecho de custodia" en los términos del Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El Convenio de La Haya[9] señala que los derechos de custodia comprenderán el derecho relativo

---

Artículo 67. […]
4. La Unión facilitará la tutela judicial, garantizando en especial el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil.
Artículo 81.
1. La Unión desarrollará una operación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.
Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.
2. […] el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:
a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; […]
Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada. (2010) Consultado el 27 de febrero de 2018 en *https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdfc*

8 *Cfr*. Silva, Jorge Alberto, *La regulación constitucional del derecho interestatal. Algunas notas sobre el primer párrafo del artículo 121*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2547/23.pdf*. Consultado el 27-02-2018.

9 Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la Sustracción Internacional de Menores. (1980) Artículo 5. A los efectos del presente Convenio: a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; b) el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un período de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia

a determinar el lugar de residencia del menor y el incumplimiento de una restricción sobre el traslado constituye una violación a los derechos de custodia.

Al respecto, cabe considerar la opinión que con fecha 17 de diciembre de 2008 y en carácter de *amicus curiae,* la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado efectuó ante la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso Abbott v Abbott, en apoyo del *writ of certiorari*[10] que impulsaba el peticionario. Sobre la interpretación del derecho de custodia advirtió[11] que:

---

habitual. Disponible en *http://www.oas.org/dil/esp/convenio_de_la_haya_sobre_los_aspectos_civiles_de_la_sustraccion_internacional_de_menores.pdf*. Consultado el 24-02-2018.

10 La procedencia del *writ of certiorari* no se determina con base en criterios legales preestablecidos, la fijación del criterio de *importancia y trascendencia* debe hacerse con base en "acuerdos generales" previamente establecidos. Debido a que en México, el Acuerdo General 5/1999 emitido por la SCJ utiliza conceptos que permiten una amplia interpretación, la SCJ también tiene la facultad de decidir la admisión y el otorgamiento del recurso en cada caso en particular.

Los casos que pueden dar lugar a la interposición de un *writ of certiorari* ante la Suprema Corte de los EUA son más que los pueden dar lugar a la interposición del recurso contra las resoluciones a que alude el Articulo 107, Fracción IX constitucional en México. Esto se debe a que en los EUA las causas que dan motivo a una petición se determinan no solo con base en la inconstitucionalidad de una norma general o. con base en la interpretación de una disposición constitucional, sino además cuando versan sobre la validez de un tratado o de una ley federal o, donde la validez de una ley estatal es cuestionada por encontrarse en contra de un tratado internacional o ley federal o, donde cualquier título, derecho, privilegio o inmunidad es impuesto con fundamento en tratados o leyes o, comisión conferida o autoridad ejercida a nombre de los Estados Unidos.

GÓMEZ-PALACIO, Ignacio. Reforma Judicial: el "criterio de importancia y trascendencia" y su antecedente, el *Writ of Certiorari.* Consejo de la Judicatura Federal. Instituto de la Judicatura Federal. Disponible en: *https://www.ijf.cjf.gob.mx/sitio2016/include/sections/revista/5/r5_6.pdf*. Consultado en: 25-02-2018.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 107 fracción IX: En materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales, establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución u omitan decidir sobre tales cuestiones cuando hubieren sido planteadas, siempre que fijen un criterio de importancia y trascendencia, según lo disponga la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en cumplimiento de los acuerdos generales del Pleno. La materia del recurso se limitará a la decisión de las cuestiones propiamente constitucionales, sin poder comprender otras.

11 *Cfr.* SCOTTI, Luciana Beatriz (Coord.) *La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de Restitución Internacional de Menores*. Libro digital, EPUB. (s/p) Buenos Aires, Eudeba. 2017. Disponible en: *https://books.google.com.mx/books?id=ylcqDw AAQBAJ&pg=PT18&lpg=PT18&dq=cl%C3%A1usula+ne+exeat&source=bl&ots=DGgV8bVg7c&sig=YK-lDeqGkTE28xY8XHbhlKN9-28&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjpzvnCg8DZAhULv*

> … a través de diferentes medios, los Estados parte han dejado en claro que ellos desean una exégesis uniforme de los conceptos centrales del Convenio, considerando su naturaleza autónoma, y de ninguna manera limitada a la comprensión que se daría a una determinada palabra o frase en los asuntos puramente domésticos. Los giros relevantes, deben apreciarse en el contexto en el que son utilizados en el tratado […] La expresión convencional "derechos de custodia" no coincide con ninguna concepción particular de custodia en las leyes nacionales, sino que adquiere su significación desde las definiciones, estructura y propósitos de la propia Convención de La Haya, pues la doctrina y la ley locales, no han de tenerse por decisivas en la determinación del alcance de los vocablos de los que se vale el tratado. La comunidad jurídica de Naciones ha alcanzado un amplio consenso respecto de que la previsión *ne exeat*, la cual cae dentro del dominio de la noción convencional "derechos de custodia".

En este sentido, la sentencia del caso Abbott vs Abbott[12] resulta un referente obligado, tanto por el criterio definido por la Corte Suprema de los Estados Unidos,[13] como por el número de casos que en México se encuentran en curso.[14] En su momento, esta

---

*IMKHf-aA6QQ6AEIPDAD#v=onepage&q=cl%C3%A1usula%20ne%20exeat&f=false*. Consultado el 24-02-2018

12 Supreme Court of the United States ABBOTT v. ABBOTT. No. 08–645. Decided May 17, 2010. Disponible en *https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf*. Consultado el 23-02-2018.

13 Resolución emitida a partir de considerar no solo el derecho interno, sino que, desde una perspectiva internacional, se interpretó a partir del análisis de los criterios emitidos por cortes de Inglaterra, Israel, Austria, Sudáfrica, Alemania, Francia y Canadá. *Cfr*. Supreme Court of the United States ABBOTT v. ABBOTT. No. 08-645. Decided May 17, 2010. III. C. Disponible en: *https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf*. Consultado el 23-02-2018.

14 Al 30 de septiembre de 2017, los casos que reporta la Secretaría de Relaciones Exteriores como salientes, es decir, aquellos casos en los que México es el peticionario de la restitución, ascienden a 138, donde se encuentran involucrados 215 menores y, como casos entrantes, es decir los casos en los que México recibió una petición del extranjero, suman 59, donde se relacionan 79 menores; en ambos escenarios, Estados Unidos ocupa el primer lugar tanto como país solicitante, como de destino y, los estados de Texas y California ocupan los dos primeros lugares también como salientes y entrantes. Secretaría de Relaciones Exteriores. Dirección General de Protección a mexicanos en el exterior. Dirección General Adjunta de Derecho de Familia. Sustracción y Retención Internacional de Menores. Análisis estadístico.

sentencia dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos se convirtió en el centro de la atención de la comunidad internacional, por ser el primer caso que se centró en revisar los alcances de este convenio internacional, a partir de separar, revisar e interpretar como conceptos autónomos el derecho de custodia, el derecho de visitas y la cláusula *ne exeat.*[15]

## 3. Barreras procesales

En México, se han identificado limitaciones procesales, las cuales en forma recurrente obstruyen el adecuado curso que debe seguir un procedimiento de restitución internacional de menores.

En la Convención se establece el plazo de seis semanas para lograr la restitución de un menor, y para el logro de este objetivo, cada uno de los Estados contratantes, se comprometió a designar una Autoridad Central, encargada de dar cumplimiento a las obligaciones contraídas a partir de promover el apoyo interinstitucional a nivel interno, con el objeto de garantizar la restitución inmediata de los menores y actuar con la mayor celeridad posible, a fin de evitar el arraigo del menor en el país al que fue trasladado o retenido; se concluye que el tiempo, es el factor determinante.

Al respecto, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Organización Mundial para la Cooperación Transfronteriza en Asuntos Civiles y Comerciales, y en aras de apoyar el apoyo interinstitucional a nivel internacional, promueve el intercambio de experiencias, a partir de la presentación de reportes periódicos; en el caso del Estado mexicano, es posible observar las limitaciones que se tienen identificadas y sobre las cuales es necesario incidir respecto de las acciones implementadas, toda

2016 -2017. Disponible en: *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/265679/Estad_sticas_sustracci_n_y_retenci_n_2016-2017.pdf*. Consultado el 23-02-2018.

15 Entendida como medida precautoria de arraigo que implica la prohibición de salida de un menor que se encuentra en un país determinado.

vez que, cuando México se adhirió,[16] sabía de las obligaciones que se adquirían y de las acciones —legislativas, administrativas, etc..—, que se debían implementar al respecto.

Se presenta una selección de las respuestas, presentadas en el informe 2017, al cuestionario sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores[17] (al 2 de enero de 2017)[18] solicitado por la HCCH:[19]

Respecto de:

### Cambios recientes en su Estado

1.1 Desde la reunión de la Comisión Especial de 2011/2012, ¿ha habido cambios significativos en su Estado con respecto a la legislación o a las normas procesales aplicables en casos de protección internacional de niños? En lo posible, indique la razón que impulsó el cambio en la legislación/las normas, e indique los resultados obtenidos en la práctica (por ejemplo, una reducción en el tiempo requerido para resolver un caso).

16 Ratificado por el Senado el día 13 de diciembre de 1990, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del día 14 de enero de 1991. El instrumento de adhesión se firmó el día 29 de enero de 1991 y fue depositado ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, el 20 de junio del mismo 1991. Para su debida observancia, en cumplimiento de lo dispuesto por la fracción primera del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se promulgó el 3 de febrero de 1992 y se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992.

17 Emitidas por Claudia Sierra Martínez; Subdirectora de Restitución y Custodia Internacional de Menores de la Secretaría de Relaciones Exteriores, como Autoridad Central.

18 HCCH. (Hague Conference on Private International Law), Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Organización Mundial para la Cooperación Transfronteriza en Asuntos Civiles y Comerciales. Disponible en: *https://assets.hcch.net/docs/ce32c555-f78c-401b-b242-5a4b3576a5d8.pdf*. Consultado el 24-02-2018.

19 Con 83 Miembros (82 Estados y la Unión Europea) de todos los continentes, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado es una organización intergubernamental de carácter mundial. La Conferencia, crisol de diversas tradiciones jurídicas, elabora instrumentos jurídicos multilaterales que responden a necesidades mundiales, al tiempo que garantiza su seguimiento. Un número creciente de Estados no miembros se está adhiriendo a los Convenios de La Haya. Así, 150 países de todo el mundo participan hoy en los trabajos de la Conferencia. Disponible en *https://www.hcch.net/es/about*. Consultado el 24-02-2018.

Se incorporó en el art. 4 de la Constitución Federal Mexicana (publicado en el DOF 12-10-2011) el principio del interés superior del menor y la obligación del Estado y padres de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios. Por igual se incorporó en el art. 73 de dicha Constitución (Fracción adicionada DOF 12-10-2011 y Reformada DOF 29-01-2016), la facultad del Congreso XXIX-P, para: Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados internacionales de la materia de los que México sea parte.

En concordancia con lo anterior, el Congreso expidió la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (publicado en el DOF 04-12-2014), en cuyo artículo 25 señala: Las leyes federales y de las entidades federativas contendrán disposiciones para prevenir y sancionar el traslado o retención ilícita de niñas, niños y adolescentes cuando se produzcan en violación de los derechos atribuidos individual o conjuntamente a las personas o instituciones que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda y custodia, y preverán procedimientos expeditos para garantizar el ejercicio de esos derechos.

En los casos de traslados o retenciones ilícitas de niñas, niños y adolescentes fuera del territorio nacional, la persona interesada podrá presentar la solicitud de restitución respectiva ante la Secretaría de Relaciones Exteriores, para que esta lleve a cabo las acciones correspondientes en el marco de sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto en los instrumentos internacionales y demás disposiciones aplicables.

Cuando las autoridades de las entidades federativas tengan conocimiento de casos de niñas, niños y adolescentes de nacionalidad mexicana trasladados o retenidos de manera ilícita en el extranjero, se coordinarán con las autoridades federales competentes, conforme a las demás disposiciones aplicables, para su localización y restitución.

Cuando una niña, niño o adolescente sea trasladado o retenido ilícitamente en territorio nacional, o haya sido trasladado legalmente pero retenido ilícitamente, las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales del Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, estarán obligadas a coadyuvar en su localización, a través de los programas para la búsqueda, localización y recuperación, así como en la adopción de todas las medidas necesarias para prevenir que sufran mayores daños y en la sustanciación de los procedimientos de urgencia necesarios para garantizar su restitución inmediata, cuando la misma resulte procedente conforme a los tratados internacionales en materia de sustracción de menores.

1.2. Suministre un resumen breve de las decisiones significativas, relativas a la interpretación y aplicación del Convenio de 1980, dictadas desde la reunión de la Comisión Especial de 2011/2012 por las autoridades competentes[20] en su Estado, incluidas las decisiones dictadas en el contexto del Convenio de las Naciones Unidas del 20 de noviembre 1989 sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos regionales relevantes:

Lista de la Jurisprudencia (J) o Tesis Aislada (TA) de la 1ª Sala de la Suprema Corte de Justicia, Plenos de Circuito o Tribunales Colegiados de Circuito (T.C.C.) emitidas en Juicios de Amparo:

- Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Atento al interés superior de estos, el plazo de seis semanas que la autoridad judicial o administrativa competente tiene para resolver los procedimientos para la restitución de aquéllos, al poder excederse de ese periodo

20 El término "autoridades competentes" se refiere a las autoridades judiciales o administrativas con la responsabilidad de dictar decisiones según el Convenio de 1980. Si bien en la mayoría de los Estados parte dichas "autoridades" son tribunales (es decir, autoridades judiciales), en algunos Estados parte las autoridades administrativas son las responsables de dictar decisiones en casos regidos por el Convenio.

razonable y proporcional con la causa que lo originó, no está por encima del derecho de audiencia y defensa de las partes.[21]

- Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Atento al principio de celeridad, el juez nacional es competente para conocer de los procedimientos jurisdiccionales tramitados conforme a aquélla.[22]
- Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Derecho sustantivo aplicable a los procedimientos jurisdiccionales tramitados por los jueces conforme a dicho instrumento, cuando este expresamente remita al derecho vigente en el estado en que el menor tenía su residencia habitual antes de su traslado o retención.[23]
- Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Directrices generales de carácter procesal que deben observarse por los jueces en la restitución internacional de menores.[24]
- Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. El derecho aplicable a todo procedimiento de restitución internacional de menores, tramitado conforme a aquel instrumento es la legislación procesal civil de cada entidad federativa (juicios sumarios).[25]
- Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Una vez iniciado el procedimiento de restitución internacional respectivo, la Secretaría de Relaciones Exteriores no se convierte en la representante procesal directa del menor involucrado y, en todo caso, es necesario que el solicitante otorgue su autorización por escrito.[26]

21 Tesis: III.2o.C.71 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2639.

22 Tesis: III.2o.C.68 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2640.

23 Tesis: III.2o.C.70 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2642.

24 Tesis: III.2o.C.67 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2642.

25 Tesis: III.2o.C.69 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2643.

26 Tesis: III.2o.C.72 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2644.

• Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. No suprime el derecho de convivencia entre el menor y el progenitor sustractor o retenedor.[27]
• Restitución internacional de menores. Medidas cautelares para asegurar su localización.[28]
• Derecho de visita. Atento al interés superior del menor, la convivencia entre padres que vivan en el extranjero y los menores debe efectuarse en la ciudad donde estos residan, sin la posibilidad de que pueda ser en una diversa, aun cuando sea por tiempo limitado, ya que podría ir en detrimento del adecuado desarrollo psicológico o emocional de los menores. (Aplicación, en lo conducente, de la Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores).[29]
• Tercero interesado en el juicio de amparo. Tiene ese carácter la secretaría de relaciones exteriores, cuando actúa como autoridad central del Estado mexicano en el procedimiento judicial de restitución de menores, previsto en la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.[30]
• Suspensión definitiva en el amparo. Hipótesis en que procede concederla contra el acuerdo emitido en el trámite de restitución internacional de menores que ordenó su aseguramiento en un albergue.[31]
• Sustracción internacional de menores. El sistema previsto por el Convenio de La Haya busca proteger al menor de los efectos perjudiciales que genera este tipo de conductas.[32]

27 Tesis: 1a.CCLIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 893.

28 Tesis: 1a. CCLV/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 909.

29 Tesis: XXII.1o.7 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, julio de 2016, p. 2136.

30 Tesis: PC.I.C. J/17 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, noviembre de 2015, p. 3076.

31 Tesis: III.5o.C.15 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, marzo de 2015, p. 2525.

32 Tesis: 1a. LXX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1417.

• Sustracción internacional de menores. Existe una presunción de que el interés superior del menor sustraído se ve mayormente protegido con su restitución inmediata al país de origen.[33]
• Sustracción internacional de menores. Las autoridades que intervengan en una solicitud de restitución internacional deben actuar con la mayor celeridad para asegurar la restitución inmediata de los menores involucrados.[34]
• Sustracción internacional de menores. Las excepciones a la restitución inmediata previstas en el Convenio de La Haya deben ser interpretadas de manera estricta y aplicadas de forma extraordinaria.[35]
• Sustracción internacional de menores. Las excepciones previstas en el artículo 13 del Convenio de La Haya no se encuentran sujetas a ninguna condición temporal, pero corresponde al padre sustractor probar plenamente su actualización.[36]
• Sustracción internacional de menores. Para que opere la causal de excepción prevista en el artículo 12 del Convenio de La Haya es indispensable que haya transcurrido más de un año entre la sustracción y la solicitud de restitución.[37]
• Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. No vulnera el derecho fundamental de audiencia.[38]
• Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. No vulnera el derecho fundamental de acceso a la justicia.[39]

33 Tesis: 1a. LXXI/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t .II, febrero de 2015, p. 1418.

34 Tesis: 1a. XXXVI/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1419.

35 Tesis: 1a. XXXVII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1420.

36 Tesis: 1a. XXXVIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1421.

37 Tesis: 1a. XXXIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1422.

38 Tesis: 1a. CCLXXXI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, octubre de 2013, p. 1045.

39 Tesis: 1a. CCLXXXII/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, octubre de 2013, p. 1045.

• Sustracción internacional de menores. Las sentencias dictadas en los procedimientos relativos, al ser emitidas en verdaderos juicios y tener el carácter de definitivas, son impugnables en amparo directo.[40]
• Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Cómo opera el procedimiento de restitución de estos.[41]
• Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En el procedimiento de restitución de menores los órganos jurisdiccionales deben implementar las medidas necesarias para dar a conocer las actuaciones procesales a los extranjeros.[42]
• Convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. En el procedimiento de restitución de menores, si la legislación local aún no se ajusta a aquélla, los órganos jurisdiccionales deben dar a conocer a las partes el término para su sustanciación y las etapas procesales que lo conformarán.[43]

## El funcionamiento práctico del Convenio de 1980

3.6 ¿Su Autoridad Central ha tenido dificultades para localizar a menores en casos relativos al Convenio de 1980, tanto en carácter de Estado requerido como requirente? […] por favor especifique las dificultades y las medidas que se tomaron o que se están considerando para solucionarlas:

La dificultad es generada por la imprecisión o cambio de domicilio del sustractor(a) y a la postre del menor, se ha solicita-

40 Tesis: V.2o.C.T.2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, julio de 2013, p. 1596.

41 Tesis: I.13o.C.3 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, mayo de 2012, p. 1827.

42 Tesis: I.13o.C.2 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, mayo de 2012, p. 1827.

43 Tesis: I.13o.C.4 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, mayo de 2012, p. 1828.

> do que la autoridad judicial recabe información de las oficinas que tienen base de datos con nombres y domicilios, a fin de que remitan la información así como para que se haga una búsqueda a través de la Policía (Interpol). La Autoridad Central se encuentra realizando esfuerzos para reunirse con otras autoridades que permitan compartir sus bases de datos para la localización de personas.

3.12 Si su Autoridad Central tiene demoras en la tramitación de casos, por favor especifique las causas principales de las demoras: "La falta de localización de personas, así como la presentación de recursos legales constitucionales".

### Procedimientos judiciales y rapidez

4.3 […] ¿su Estado tiene pensado implementar mecanismos para cumplir el requisito de una restitución inmediata de conformidad con el Convenio de 1980 (p. ej., procedimientos, libros de referencia, directrices, protocolos)?

> Se está explorando la posibilidad de concentrar la jurisdicción en la mayoría de los Estados, así como a nivel Federal para la resolución de recursos constitucionales. Además se está trabajando en la elaboración de un protocolo con el Instituto Interamericano del Niño.[44]

4.4 Si su Estado tiene demoras en la tramitación de decisiones en casos de restitución, por favor especifique las razones principales:

---

44 Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN) Organismo Especializado de la OEA en materia de niñez y adolescencia. Como tal, asiste a los Estados en el desarrollo de políticas públicas, contribuyendo a su diseño e implementación en la perspectiva de la promoción, protección y respeto a los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región. En este marco, el IIN destina especial atención a los requerimientos de los Estados Miembros del Sistema Interamericano y a las particularidades de los grupos regionales. Disponible en: *http://iin.oea.org*. Consultado el 25-02-2018.

Falta de un procedimiento uniforme que regule y acote el trámite, incluidos los medios de prueba para acreditar excepciones, además de la *presentación de múltiples recursos* en contra de las decisiones judiciales (resaltado añadido).

### Derecho de visitas/contacto transfronterizo y reubicación internacional de familias

10.1 Desde la reunión de la Comisión Especial de 2011/2012, ¿ha habido cambios significativos en su Estado respecto a las prácticas de la Autoridad Central, la legislación, las reglas procesales o la jurisprudencia aplicables en casos de derecho de visitas/contacto transfronterizo?

Se han emitido los criterios judiciales a nivel federal que no son jurisprudencia, pero que sirven de referencia, en los términos siguientes:

- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. No suprime el derecho de convivencia entre el menor y el progenitor sustractor o retenedor.[45]
- Derecho de visita. Atento al interés superior del menor, la convivencia entre padres que vivan en el extranjero y los menores, debe efectuarse en la ciudad donde estos residan, sin la posibilidad de que pueda ser en una diversa, aun cuando sea por tiempo limitado, ya que podría ir en detrimento del adecuado desarrollo psicológico o emocional de los menores (aplicación, en lo conducente, de la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores).[46]

45 Tesis: 1a. CCLIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 893.

46 Tesis: XXII.1o.7 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, julio de 2016, p. 2136.

Una limitación que se omite relacionar en este reporte, deriva de la jurisprudencia[47] donde se señala que, en asuntos donde se resuelve respecto de la guarda y custodia, es obligación de la autoridad responsable ordenar al juez natural la reposición del procedimiento, a fin de que este, de manera oficiosa, recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes, en

47 Menores. Debe reponerse el procedimiento a fin de que el juez natural recabe los medios probatorios necesarios para determinar lo conducente de modo integral y completo sobre la guarda y custodia de aquéllos (legislación del estado de México).
En asuntos donde se resuelve respecto de la guarda y custodia, es obligación de la autoridad responsable ordenar al Juez natural la reposición del procedimiento a fin de que este, de manera oficiosa, recabe los medios probatorios encaminados a obtener mayores elementos para conocer y decidir jurídica y objetivamente lo más benéfico para el menor o menores hijos de las partes contendientes en relación con la guarda y custodia pues, evidentemente, ello repercutirá en su salud mental y física. Por consiguiente, si bien diversos tribunales federales han sostenido como criterio preponderante que cuando se trata de menores de corta edad, lo más benéfico para su desarrollo físico-emocional y su estabilidad psicológica es que queden bajo el cuidado de la madre, no obstante tal predisposición debe aplicarse en forma moderada y no indiscriminadamente en todos los casos, porque resulta patente el deber del juzgador de tomar en cuenta, ante todo, el interés del menor o menores sobre cualquier otro aspecto. Así, al tener importancia prioritaria lo que más beneficie a los infantes, solo de manera secundaria prevalecería el interés de las personas con derecho a reclamar su custodia, a pesar de existir, como se anotó, la presunción de ser la madre la más apta y capacitada para tener bajo su cuidado a dichos menores, precisamente, porque si bien ello tiene sustento en la realidad social y en las costumbres imperantes dentro del núcleo social nacional, en tanto, casi siempre, corresponde a la madre su atención y cuidado, lo relevante consiste en que reviste mayor trascendencia el interés supremo del o los menores involucrados, en mérito de que las actividades de ambos padres son complementarias de la atención y cuidado de aquéllos. Entonces, en orden con lo precedente, deviene innegable la necesidad de recabar oficiosamente los medios probatorios encaminados a desentrañar lo que resulte más benéfico para el menor de edad, por lo que si éstos no se aportaron, debe ordenarse a la Sala Familiar que mande reponer el procedimiento a efecto de que, como se precisa, el juez natural disponga lo necesario a fin de que se recabe la opinión de expertos en materia de psicología y de trabajo social, en relación con ambos padres y, por lo que hace al infante, en materia de psicología, así como cualquier otra probanza indispensable, como sería escuchar al menor y, a su vez, dar intervención representativa al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 267 del anterior Código Civil para el Estado de México (actualmente 4.96), para de esa forma contar con los elementos propicios, a fin de estar en las condiciones básicas que permitan al juzgador primario y a la autoridad de alzada conocer de manera objetiva su entorno social, salud, sensibilidad motora y de pensar, costumbres y educación, incluso, en su caso, la conservación de su patrimonio, para resolver lo más benéfico sobre la guarda y custodia de todo menor, lo que el Estado debe realizar para que la sociedad no resulte afectada en casos como el indicado, máxime si lo anterior es de orden público. Época: Novena Época. Registro: 181529. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XIX, Mayo de 2004. Materia(s): Civil. Tesis: II.2o.C. J/17. Página: 1548.

relación con la guarda y custodia pues, evidentemente, ello repercutirá en su salud mental y física.

Aplicar este criterio en el procedimiento de restitución de menores —como sucede en el Estado de México—, es uno de los puntos que debe revisarse, toda vez que la restitución, en términos de lo que señala el propio Convenio,[48] solo debe reducirse a garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante y velar para que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

El ordenar el desahogo de una prueba, implica su preparación y desahogo, que se traduce en tiempo y su evidente valoración,[49] pero independientemente de la solicitud de que se trate, deben observarse las disposiciones de fuente nacional e internacional, en el sentido de escuchar al menor —cuando lo permitan su edad y madurez—, así como que el juzgador actúe a partir de considerar el criterio orientador contenido en el protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes que, al efecto, emitió la Suprema Corte de Justicia de la Nación;[50] salvo en los casos de excepción.

La citada jurisprudencia se refiere a aquellos asuntos donde se controvierten derechos de menores y se conoce de temas de guarda y custodia y, en la especie, tratándose de restitución internacional de menores, cuando México es Estado requerido, esto

48 Artículo 1
La finalidad del presente Convenio será la siguiente:
a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

49 Salvo los casos de excepción a que se refiere el artículo 13, en relación con el artículo 11, del Convenio y de los cuales se omite su estudio por no ser materia del presente ensayo.

50 *Cfr*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes. (2012)

debe repensarse, ya que, a partir de una solicitud de restitución, resulta infundado que el juez desahogue pruebas de oficio de un asunto que la competencia se encuentra fijada a favor del juzgador del Estado requirente y el fondo también será resuelto por este, es decir, el de la residencia habitual del menor, lo cual también pudiera presentarse en un exhorto de un juez nacional mexicano a otro nacional, habiendo ordenado el primero la entrega del menor a uno de sus progenitores por una custodia provisional, en donde, en el cien por ciento de los casos, el juez exhortado, no ordena la práctica de prueba alguna, por la misma razón de que la competencia se encuentra atribuida a favor del juez exhortante.

El hecho que el juez exhortado se tome atribuciones para conocer de un punto determinado en materia de restitución de menores lleva, además de incumplir con las obligaciones contenidas en la Convención, a desvirtuar la finalidad de un exhorto, o bien de una Carta Rogatoria,[51] así como el invadir esferas de competencia. El juzgador del Estado requerido solo debe circunscribirse a verificar que se cumplan los requisitos que señala el Convenio y ordenar la diligenciación de la carta rogatoria, salvo los casos de excepción como ya se mencionó.

Si un juzgador, en calidad de Estado requerido, como pudiera darse en el Estado de México, se toma atribuciones para conocer, de puntos no controvertidos en un asunto de restitución de menores, llevaría a fomentar la violación de los principios contenidos en el Convenio. Solo por citar un ejemplo, a partir de que un juzgador recibe una Carta Rogatoria, empiezan a correr los términos procesales a que se refiere la Convención y, si ordena el desahogo de las pruebas periciales, esto implicaría la certeza de que la resolución sería imposible obtenerla dentro del plazo

51 Cabe precisar que tratándose de restitución de menores, se trata de procedimientos los que realizan por medio de Carta Rogatoria, Exhorto, por la vía diplomática o consular, o el que se tramita por medio de Autoridad Central (SRE) y, sin entrar a fondo en estas distinciones, por no ser materia de este estudio, solo se precisa que, este último es más ágil y eficiente en virtud de los requisitos que deben satisfacerse en cada caso particular.

de las seis semanas que señala la Convención, ya que, en el mejor de los escenarios, la resolución se obtendría en 30 o 40 días, aproximadamente, considerando que todo fluya con prontitud, sin días infructuosos, lo que representa una opción legal de retardar el trámite de restitución.

Otra de las limitaciones que deben considerarse es que, en la regulación de este procedimiento en el Estado de México y en algunos más del país, este admite recursos como lo es la apelación y, si el factor decisivo es el tiempo, no solo se incumplen las obligaciones de la Convención, sino que también se vulneran los derechos humanos del menor o menores implicados; lo cual, desde luego, debe eliminarse de la práctica procesal, porque las partes tienen la facultad constitucional de interponer el juicio de amparo.

La Convención de los Derechos del Niño señala que los Estados partes adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero,[52] ya que bien se puede tratar de un traslado lícito, pero de una retención ilícita, como se comentó en el caso de la sentencia Abbott v Abbott, y es obligación del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, brindar protección a los menores.

## 4. Reflexiones finales

*a)* El procedimiento de restitución de menores tiene como finalidad el inmediato retorno de un menor al país que así lo solicita, pero este procedimiento no resuelve, ni debe pretender resolver, sobre el fondo de la custodia de un menor, aun cuando se trate de temas que guardan una íntima relación. La actividad de un juez requerido, solo se debe circunscribir a restituir al menor y entregarlo al juez requirente que, previo cumplimiento de los requisitos que se señalan en la Convención: el ámbito de aplica-

52 Convención sobre los Derechos del Niño (1989). Artículo 11.

ción convencional; se presume la titularidad del presunto sustractor del derecho de visitas, custodia compartida o exclusiva, pero limitada geográficamente a los confines territoriales del propio Estado; la falta de consentimiento o autorización del traslado y retención por parte del progenitor custodio, la intención de fijar su nueva residencia y del menor sustraído, en el Estado de destino y el hecho que el menor tenga menos de 16 años, teniendo su domicilio habitual en el Estado requirente.

*b)* Al momento de interpretar la Convención, esto debe hacerse de conformidad con las reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados;[53] es decir, esto es de buena fe, conforme con el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos en el contexto de estos, y teniendo en cuenta su objetivo y fin.

*c)* La Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que la sustracción de menores y consecuente separación de sus padres o familiares produce una afectación a la integridad psíquica, física y moral de los niños y niñas, generándoles sentimientos de pérdida, abandono, intenso temor, incertidumbre, angustia y dolor, los cuales pueden variar e intensificarse dependiendo de la edad y las circunstancias particulares de cada menor;[54] por lo que, los Estados parte de la Convención sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de menores deben diseñar los mecanismos que permitan el efectivo cumplimiento de las obligaciones adquiridas.

*d)* En el caso particular del Estado mexicano, debe existir un procedimiento uniforme,[55] el cual debe regularse en el Código Fe-

53 Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

54 *Cfr*. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. 85.

55 De conformidad con las facultades que el artículo 73 constitucional le confiere al Congreso: Expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes, velando en todo momento por el interés superior de los mismos y cumpliendo con los tratados

deral de Procedimientos Civiles y, en consecuencia, eliminar los procedimientos locales en las entidades que así lo consignan,[56] ya que el Convenio fue firmado por el Estado mexicano, y no por cada una de sus entidades federativas.[57]

e) El permitir que cada entidad federativa regule en forma independiente el procedimiento de restitución, sí resulta violatorio de los derechos del menor, ya que esto abre la posibilidad de llevar a un menor a entidades donde no se encuentre regulado el procedimiento o bien, que la regulación sea lo suficientemente laxa que permita integrar a un menor a su nuevo ambiente, en términos de lo que consigna el artículo 12 de la Convención. Lo que debe prevalecer en los casos de restitución es la celeridad y, por esta razón, solo debe existir un procedimiento de carácter federal, sumario y ágil donde se respeten las garantías de audiencia y legalidad previstas en el texto constitucional.

*f)* Las instituciones de justicia representan un vínculo entre los gobernados y las instituciones. Como garantía de fortaleza institucional, la estructura legal en materia de restitución de menores debe ser sólida y garantizar la protección de los derechos humanos de los menores, así como posibilitar el cumplimiento eficaz y efectivo de las obligaciones contenidas en el Convenio. En materia de restitución internacional de menores, en todo momento debe prevalecer el interés superior del Niño, así como los derechos de estos. En los casos donde se encuentran comprometidos intereses o derechos de menores, como lo es, el caso de la restitución internacional, el interés superior del niño adquiere una triple connotación: como un derecho, como un principio y como una norma de procedimiento.

---

internacionales de la materia de los que México sea parte. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Artículo 73, fr. XXIX-P. Reforma DOF 29 de enero de 2016.

56 Por ejemplo, como las de los Estados de México, Guanajuato, Michoacán y Sinaloa.

57 El hecho que cada entidad regule en forma particular este procedimiento permitiría que en forma independiente se señalen términos, con lo cual, ante la violación de las disposiciones contenidas en el Convenio no se podrán invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. (1969). Artículo 31.

*g)* El Estado mexicano ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José en 1981, y la Convención de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, que entró en vigor en México en 1992, es decir antes de la reforma constitucional de 2011, lo que genera para el Estado responsabilidad por omisión, ya que deben armonizarse las normas de Derecho interno, con las de Derecho internacional, prevaleciendo el interés superior del niño e interpretando a partir del irrestricto respeto a los derechos humanos.

## 5. Bibliohemerografía

### Bibliografía

IANNI, Octavio, *Teorías de la Globalización*, México, Siglo XXI-Centro de Investigaciones Interdisciplinarias en Ciencias y Humanidades, UNAM, 1996.

SCOTTI, Luciana Beatriz (Coord.), *La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de Restitución Internacional de Menores,* Buenos Aires, EPUB, Eudeba, 2017. Disponible en: *https://books.google.com.mx/books?id=ylcqDwAAQBAJ&pg=PT18&lpg=PT18&dq=cl%C3%A1usula+ne+exeat&source=bl&ots=DGgV8bVg7c&sig=YK-IDeqGkTE28xY8XHbhIKN9-28&hl=es-419&sa=X&ved=0ahUKEwjpzvnCg8DZAhULvlMKHfaA6QQ6AEIPDAD#v=onepage&q=cl%C3%A1usula%20ne%20exeat&f=false*. Consultado el 24-02-2018.

SILVA, Jorge Alberto, *La regulación constitucional del derecho interestatal, Algunas notas sobre el primer párrafo del artículo 121*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2547/23.pdf*

WALLERSTEIN, Immanuel, *Unthinking Social Science: The Limits of Nineteenth Century Paradigms*, Cambridge: Polity Press, 1991.

### Hemerografía

Calvo Caravaca, Alfonso, y Carrascosa González, Javier, "Globalización, secuestro internacional de menores y convenios de Luxemburgo (1980) y La Haya (1980)". International Law: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, no. 2, 2003, pp. 165-195. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

### Documentos publicados en Internet

Gómez-Palacio, Ignacio, Reforma Judicial: el "criterio de importancia y trascendencia" y su antecedente, el *Writ of Certiorari.* Consejo de la Judicatura Federal. Instituto de la Judicatura Federal. Disponible en: *https://www.ijf.cjf.gob.mx/sitio2016/include/sections/revista/5/r5_6.pdf*. Consultado el 02-02-2018.

### Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917) Y sus reformas. *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf*

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión consolidada. 2010. Disponible en *https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdfc.* Consultado el 27-02-2018.

### Tratados y convenios internacionales

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969).

Convención Americana Sobre Derechos Humanos. Pacto de San José. (1969).

Convenio de La Haya sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. (1980) Publicado en el DOF: 6 de marzo de 1992.

Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores (1989) DOF: 18 de noviembre de 1994.

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

**Jurisprudencia**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Cuadernillo de Jurisprudencia N° 5: Niños, Niñas y Adolescentes. San José de Costa Rica. 2017. *http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/ninosninas3.pdf*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: *http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.* Consultada el 02-08-2014.

Tesis: III.2o.C.71 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2639.

Tesis: III.2o.C.68 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2640.

Tesis: III.2o.C.70 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2642.

Tesis: III.2o.C.67 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2642.

Tesis: III.2o.C.69 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2643.

Tesis: III.2o.C.72 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. IV, marzo de 2017, p. 2644.

Tesis: 1a.CCLIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 893.

Tesis: 1a. CCLV/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 909.

Tesis: XXII.1o.7 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, julio de 2016, p. 2136.

Tesis: PC.I.C. J/17 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, noviembre de 2015, p. 3076.

Tesis: III.5o.C.15 K (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, marzo de 2015, p. 2525.

Tesis: 1a. LXX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, Febrero de 2015, p. 1417.

Tesis: 1a. LXXI/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t .II, febrero de 2015, p. 1418.

Tesis: 1a. XXXVI/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1419.

Tesis: 1a. XXXVII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1420.

Tesis: 1a. XXXVIII/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1421.

Tesis: 1a. XXXIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, febrero de 2015, p. 1422.

Tesis: 1a. CCLXXXI/2013 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, octubre de 2013, p. 1045.

Tesis: V.2o.C.T.2 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, julio de 2013, p. 1596.

Tesis: I.13o.C.3 C (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, t. 2, mayo de 2012, p. 1827.

Tesis: 1a. CCLIII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. II, noviembre de 2016, p. 893.

Tesis: XXII.1o.7 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. III, julio de 2016, p. 2136.

### Protocolos

Suprema Corte de Justicia de la Nación. Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes. 2012.

### Documentos oficiales

Secretaría de Relaciones Exteriores. Dirección General de Protección a mexicanos en el exterior. Dirección General Adjunta de Derecho de Familia. Sustracción y Retención Internacional de Menores. Análisis estadístico. 2016 -2017. *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/265679/Estad_sticas_sustracci_n_y_retenci_n_2016-2017.pdf*

Hague Conference on Private International Law. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Organización Mundial para la Cooperación Transfronteriza en Asuntos Civiles y Comerciales. *https://assets.hcch.net/docs/ce32c555-f78c-401b-b242-5a4b3576a5d8.pdf*

### Sentencias

Supreme Court of the United States ABBOTT v. ABBOTT. No. 08-645. Decided May 17, 2010. *https://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-645.pdf*

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. *http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf*

## Consulta electrónica

Instituto Interamericano del Niño, la Niña y Adolescentes (IIN). *http://iin.oea.org*

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 199-211.

# REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO PROCESAL PENAL INTERNACIONAL

## REFLECTIONS ABOUT INTERNATIONAL CRIMINAL PROCEDURE LAW

*Arturo Baca Rivera**

**RESUMEN:** En el ensayo se reflexiona sobre el Derecho internacional y cómo, por efecto de la globalización, se ha conformado un gran número de instrumentos de cooperación, ayuda y compromiso, cuya complejidad motiva la necesidad de graficarlos en esquemas universales comprensibles, que faciliten el entendimiento de los principios, conceptos e instituciones básicas de los procesos penales, en donde están involucrados ciudadanos de otros Estados, que están relacionados en determinados crímenes y son reclamados para enfrentar la justicia y recibir la pena o castigo que estos determinan. Se especula sobre la necesidad de visualizar, a través del Derecho procesal penal internacional, el camino jurídico que hay que recorrer para presentar ante la justicia a quien ha cometido algún delito y que, precisamente debido a la autonomía y soberanía de cada Estado, ellos buscan evadir la responsabilidad y quedar impunes de los crímenes cometidos. Se reconoce, así, la importancia del Derecho internacional procesal penal público, lo cual implica examinar los desaciertos conocidos en temas relativos, y consecuentemente la necesidad de que toda la codificación en la materia se aglutine en una nueva disciplina, cuyo contenido temático ilustre a los operadores del Derecho penal, sobre lo indispensable para lograr el éxito

* Licenciado, Especialista, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Fue Subprocurador Regional de Toluca y Tlalnepantla de Procuraduría General del Estado de México (ahora Fiscalía General de Justicia). Magistrado en retiro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. Actualmente es Investigador de Tiempo Completo en la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: *unidoctlalnepantla@hotmail.com*

en la encomienda pública de sancionar a quien ha cometido un ilícito y sobre todo logar el resarcimiento reparatorio del daño ocasionado.

**PALABRAS CLAVE:** hecho delictivo, actos procesales, actor o partícipe del delito.

**ABSTRACT:** In this essay, a reflection is made on International Law, and how, as an effect of globalization, a great number of instruments of cooperation, help and compromise has been conformed, and its complexity motivates the need to provide them in universally comprehensive schemes, that facilitate the understanding of principles, concepts and basic institutions of the penal procedures, en which citizens of other States are involved, who are related in determined crimes, and who are called to face justice and receive the penalty or punishment determined. It is speculated about the need to visualize, through International Penal Procedural Law, the judicial path that there is to walk to present before justice someone who has committed an offense, and precisely due to the autonomy and sovereignty of each State, the guilty seek to avoid the responsibility and go unpunished from the committed crime. In this way, the importance of International Public Penal Procedural Law is recognized, which means to examine the known blunders in related issues, and consequently the need to include every codification in the matter in a new discipline, and have its thematic content illustrate the operators of Penal Law about the essentials to achieve success in the public assignment of sanctioning those who have committed a crime or offense, and above all, to achieve the reparatory indemnification of the damage done.

**KEYWORDS:** Criminal offence, procedural actions, actor or participant of the crime.

Recepción: 21/09/2017
Aceptado para su publicación: 13/11/2017

SUMARIO

1. Introducción. 2. Consideraciones generales. 3. Análisis de tipicidad. 4. Conclusiones. 5. Bibliohemerografía.

## 1. Introducción

La globalización ha provocado una movilidad y una interrelación entre la comunidad internacional nunca antes vista, las tecnologías permiten el flujo e intercambio de economías que representan derechos de propiedad, tributación, derechos inmateriales de propiedad intelectual, marcarios y de patentes, así como de carácter patrimonial, en muy diversificados órdenes. El Derecho internacional se ha conformado así con gran número de instrumentos de cooperación, ayuda, y compromiso, cuya complejidad motiva la necesidad de graficarlos en esquemas universales comprensibles, que faciliten el entendimiento de los principios, conceptos e instituciones básicas de los procesos penales, en donde están involucrados ciudadanos de otros Estados, que están relacionados en determinados crímenes y son reclamados para enfrentar la justicia y recibir la pena o castigo que determinan, tanto las legislaciones locales, o bien las convenciones internacionales.

## 2. Consideraciones generales

El Derecho de gentes o de los pueblos, dio origen a un principio universalmente aceptado en donde los Estados reconocen una cualidad que poseen todos los pueblos: el derecho de auto determinar su régimen político, social y económico interior, en decisión autónoma y ejercicio soberano del poder público. De ahí que la normatividad penal en un inicio es elaborada al interior de una comunidad, con las características de lo que hoy conocemos como Estado moderno (establecida en un territorio y con una forma de gobierno público), en la que no puede omi-

tirse el reconocimiento de la condición humana de libertad de movimiento que representa el fenómeno migratorio que hoy observamos.

Esto, potenciado por las tecnologías y la globalización, representan una exponencial variedad de condiciones de la presencia de seres humanos en territorios de los cuales no son ciudadanos, o bien de conformidad a las concepciones actuales de múltiple ciudadanía, que implica el estudio de la legislación nacional que puede invocar en su defensa un ciudadano en ejercicio de sus derechos, pero que se encuentra por alguna razón en un territorio que le es ajeno (por tránsito, alguna actividad, residencia o de forma ilegal inclusive).

¿Por qué hablar del Derecho procesal penal internacional? Quizá la respuesta más adecuada sea la de visualizar el camino jurídico que hay que recorrer para presentar ante la justicia a quien ha cometido algún delito, y que precisamente debido a la autonomía y soberanía de cada Estado, ellos buscan evadir la responsabilidad y quedar impunes de los crímenes cometidos. Ejemplos sobran para ilustrar a genocidas, torturadores, criminales de guerra, delincuentes de cuello blanco y otros crímenes de alto impacto, que buscan cruzar límites territoriales dentro y fuera de los Estados o naciones, y que el Derecho procesal penal debe resolver en forma eficaz y eficiente, para llevar ante la justicia a los criminales en el menor tiempo posible.

Ahora bien, ¿existe un Derecho procesal penal internacional? Desde luego, no como lo concebimos al interior de un Estado, pues faltaría el legislador internacional que crease la norma y el órgano jurisdiccional competente que pudiera imponer la pena respectiva. Al respecto, nos encontramos ante la innegable soberanía y autonomía de los Estados, y la inevitable condición de que este legislador y este tribunal internacional se ubicarán en el territorio de un Estado en lo particular.

Conciliar estos temas requiere de un profundo compromiso entre las naciones, que bajo la pauta de la teoría del contrato social,

en donde un Estado soberano tiene que ceder parte de sus facultades para que un organismo supranacional se haga cargo de esas tareas, enfrenta grandes retos y resistencias.

En cuanto al Derecho interno, es común la definición de la aplicación de la normatividad penal al extranjero que se encuentre dentro del territorio de un Estado y en la comisión de conductas delictivas se aplique la ley vigente; también resulta familiar la aplicación de la ley penal a quienes se encuentren en territorio extranjero, una embarcación, aeronave o instalaciones nacionales y se cometa un ilícito, se aplique la ley nacional o iniciándose en el extranjero y consumándose en territorio nacional, los tribunales del país conocerán de estos hechos.

Podría denominarse a estas normas con el calificativo de Derecho procesal penal internacional privado, en alusión a la expresión similar que se conoce de Derecho internacional público y privado. También pudieran identificarse las normas procesales en esta materia, cuando se presente el fenómeno conocido como conflicto de leyes en el espacio entre dos o más naciones, Derecho procesal penal internacional público. Una denominación de una disciplina jurídica con tantas expresiones pudiera producir una crítica múltiple, y a riesgo de que así suceda, cuando con detenimiento se leen estas denominaciones, no se genera duda suficiente sobre su contenido, que justifique una postura de rechazo.

El Derecho procesal penal internacional público, puede contener los elementos necesarios para otorgarle la importancia de una parte autónoma del Derecho procesal penal, al poseer las tres grandes instituciones de la Teoría General del Proceso: acción, jurisdicción y proceso; y, a su vez, tener vinculación en los grandes temas de proceso: principios procesales, etapas procesales y procedimentales, formas procesales, sujetos procesales, defensa procesal, pruebas en el proceso, medios de comunicación y tiempo en el proceso, medios de impugnación e incidencias procesales. Si se identifican estas instituciones y temas procesales, no

puede permitirse duda alguna sobre el Derecho procesal penal internacional público, como una parte del Derecho procesal con un matiz supranacional.

De la acción se puede decir que corresponde al ámbito de la esfera legislativa nacional y que únicamente en atención al denominado principio de complementariedad, la norma procesal penal supranacional inicia su función, y no hay sustitución de la jurisdicción soberana. Por otro lado, los individuos que, en lo particular o representando a las instituciones o poderes de un Estado, puedan responder por los crímenes cometidos y cuando la ofensa, por la gravedad ofenda a la conciencia universal, como el genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y agresiones en contra de otro estado, así como en sentido amplio la comunidad internacional y el Consejo General de las Naciones Unidas, complementarán la jurisdicción nacional para salvaguardar la paz y seguridad internacional.

La jurisdicción nacional (en el caso mexicano local o federal), será la encargada de dirimir los conflictos derivados de la comisión de una conducta delictiva y, bien sea el tipo de delito (local o federal), así será el tipo de órgano jurisdiccional que instruya el proceso correspondiente (a pesar de la denominación distinta de las etapas procesales del Código Nacional de Procedimientos Penales, en donde se omitió como etapa procesal la instrucción, sin embargo, se entiende como instrucción la debida formación de inicio a fin del proceso penal).

No obstante, la autoridad jurisdiccional federal, será la que intervenga en los casos de los ciudadanos mexicanos reclamados por la justicia del otro país, o bien los mexicanos que estando en el extranjero, sean reclamados por la justicia local o federal; esto se entiende desde la perspectiva de la necesidad de verificar la constitucionalidad de los mandatos, que deberían respetar los derechos humanos o fundamentales, para incoar alguno de esos procedimientos.

La jurisdicción internacional, atendido el principio de complementariedad, reconoce la soberanía nacional, pero reserva, en base a otro principio de universalidad, la posibilidad de conocer de crímenes denominados como de jurisdicción universal, en donde incuestionablemente encontramos, por ejemplo, a los crímenes de guerra, de lesa humanidad y genocidio. Jueces de un país que libran una orden de captura en contra de dictadores o representantes de otros Estados, llaman la atención por la presencia de aspectos vinculados a la extraterritorialidad de la norma de Derecho y la jurisdicción particular, por erigirse en una especie de jueces mundiales que pueden intervenir en casi cualquier asunto por ejercer esta jurisdicción universal, conocida también como jurisdicción exorbitante. Lo paradójico y riesgoso sería que todos los jueces de cualquier país, con esta razón, llamen a cuentas a quien consideren se encuentre hipotéticamente en el ámbito de su jurisdicción, con el apoyo en el argumento de que un ciudadano de su país es sujeto pasivo de un delito estimado como internacional.

Los procesos al interior y exterior deben cumplir con el principio del debido proceso, con normas expedidas con anterioridad al crimen cometido y con tribunales establecidos previamente a la comisión del hecho. Los tribunales internacionales, antes de la Corte Penal Internacional, se establecían exprofeso como los de Nüremberg, Tokio, la Antigua Yugoeslavia y Rwanda y, a finales del siglo pasado, la voluntad política internacional para frenar la impunidad en los asuntos penales de carácter universal, dio lugar a la Corte Penal Internacional. Además del principio de debido proceso, concurren otros principios como el *nullum crimen*, *nulla poena sine lege*, *Non bis in idem* y el de inmunidad en el cargo o mandato diplomático en el ejercicio de las funciones de un Estado.

Al señalar el Código Penal Federal[1] que un extranjero puede ser juzgado en el territorio nacional requiriendo: a) su presencia

1 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Última Reforma publicada el 9 de marzo de 2018.

física en la República (principio de soberanía y territorialidad) b) que no haya sido definitivamente juzgado en el país en el que delinquió (principio *non bis in idem*) c) identidad del carácter delictivo en la República y en el país en que se ejecutó la conducta (principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*), por reflejo de la firma de convenios internacionales, se tienen integrados en la positividad normativa, estos principios universales. Además de los procesos, en los que se juzga e impone en su caso una pena, existen también procedimientos vinculados a esta materia con apoyo en el principio de reciprocidad; así, la Fiscalía General de la República, de conformidad al Código Nacional de Procedimientos Penales,[2] podrá asistir en los siguientes actos procedimentales entre naciones, autoridades locales en los fueros federal y común (art. 439):

I. Notificación de documentos procesales;
II. Obtención de pruebas;
III. Intercambio de información e iniciación de procedimientos penales en la parte requerida;
IV. Localización e identificación de personas y objetos;
V. Recepción de declaraciones y testimonios, así como práctica de dictámenes periciales;
VI. Ejecución de órdenes de cateo o registro domiciliario y demás medidas cautelares; aseguramiento de objetos, productos o instrumento de delitos;
VII. Citación de imputados, testigos, víctimas y peritos para comparecer voluntariamente ante autoridad competente en la parte requirente;
VIII. Citación y traslado temporal de personas privadas de libertad en la parte requerida, a fin de comparecer como testigos o víctimas ante la parte requirente, o para otras actuaciones procesales indicadas en la solicitud de asistencia.
IX. Entrega de documentos, objetos y otros medios de prueba;

2 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014. Última Reforma publicada el 17 de junio de 2016.

X. Autorización de la presencia o participación, durante la ejecución de una solicitud de asistencia jurídica de representantes de las autoridades del Estado o autoridad requirente, y XI. Cualquier otra forma de asistencia, siempre y cuando no esté prohibida por la legislación mexicana.

Con independencia de que esta asistencia se proporcione bajo los principios de conexidad con alguna investigación, especificidad sobre hechos concretos, identidad de normas respecto de la calidad ilícita en ambas naciones de la conducta y reciprocidad como acuerdo previo de colaboración. Existen otros compromisos que están signados como gobierno soberano, como lo es el cumplimiento de sanciones penales en el país de origen, con independencia del lugar de la comisión del ilícito. Estás y otras obligaciones que forman parte del bloque de constitucionalidad, requieren de una compilación especializada que permita la consulta ágil y oportuna, todo en pro del abatimiento de la impunidad. Cubrir la apariencia de las formas y lograr una momentánea aplicación de justicia, concluyendo con una frustrante absolución, no es otra cosa que la impunidad disfrazada de justicia.

El derecho humano que debe ser universalmente respetado y más aún, comprometido ya en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominado "Pacto de San José de Costa Rica". Tratado internacional que vincula al Estado Mexicano,[3] señala en su artículo 8, las garantías judiciales que debe tener toda persona en un proceso de carácter penal. Estas garantías, por acto legislativo reflejo, se contienen en los diversos preceptos constitucionales de la parte dogmática de nuestra Carta Magna, de ahí la relevancia de su observancia. También el resultado de la conducta impune si dejan de cumplirse. Igualmente son múltiples los ejemplos del aparente logro de capturar a una persona que huyendo es localizada y extraditada en otro país, para poste-

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", Adhesión del Estado Mexicano el 24 de Marzo de 1981. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 07 de mayo de 1981.

riormente encontrarnos con la noticia de su libertad, porque el debido proceso en alguno de sus eslabones no fue respetado.

Pareciera que hay un eventual extravío del *ius cogens* en materia procesal penal de esas normas de Derecho universal que establecen que, tratándose de un crimen, todos sus elementos típicos de descripción de la conducta deben estar presentes: los elementos objetivos, los subjetivos y los normativos y la vinculación como autor o partícipe de la persona indiciada o imputada, amén del principio procesal que debe cumplirse; y es que quien afirma debe probar y la prueba debe provenir del Estado persecutor. Si bien por cuestiones mediáticas se despacha un proveimiento de captura, esto en el análisis constitucional de la autoridad jurisdiccional que conozca del asunto, debe verificar la debida acreditación de los anteriores requisitos con prueba suficiente. Faltarán, en todo caso, las formalidades naturales; la traducción al idioma del país requerido para que en el idioma oficial puedan verificarse los principios penales universales, de todas las actuaciones, para que el *nullum crimen sine lege*, el *non bis in idem* y el debido proceso puedan ser debidamente estudiados.

## 3. Análisis de tipicidad

Una orden de captura nacional o internacional puede ser ejecutiva; es decir, contener lo indispensable para saber en contra de quien se ha ordenado la detención, el motivo y su intervención en los hechos. El estudio forense, que salvo las variantes que cada nación tenga, comulga en aspectos esenciales: lo objetivo o material que representa la corporeidad de la conducta o hecho delictuoso circunstanciado en modo, tiempo y lugar, requiere de la identificación del sujeto activo, sujeto pasivo y las posibles calidades específicas de ambos; la conducta con el resultado vinculado con un nexo de causalidad; la lesión o puerta en peligro del bien jurídico tutelado, así como las condiciones de modo, tiempo y lugar de ejecución. Los subjetivos como voluntad de entender y querer la conducta recriminada; y lo normativo como parte del estudio de tipicidad.

Además, deberá contener un capítulo de la forma de intervención del activo para ubicarlo puntualmente como autor o partícipe en la modalidad de que el sujeto haya actuado. Y como parte del análisis en que evite la extralimitación de actos de defensa, argumentar la inexistencia de las causas que excluyen el delito y su responsabilidad; esto refrendará la búsqueda de la captura, el procesamiento y eventual imposición de la pena que corresponda. Por otro lado, es deseable que se siga trabajando en la eliminación de requisitos para proceder con celeridad. En el ámbito interno se eliminó la extradición interestatal mediante oficios de colaboración y en la Unión Europea el equivalente es la euro-orden, que desplaza a su vez la extradición en la zona euro; contribuirá a lograr una mayor y mejor justicia penal, el acordar mejores formas procesales como las anteriores en el ámbito del contenido de las naciones.

El paradigma universal del acreditamiento típico, junto a la homologación de la legislación y el condicionamiento a la limitación de una posible condena a los límites máximos de la pena y restricciones (por ejemplo, de penas de muerte o mutilación) del país, requerido, son condiciones no negociables y su transgresión en última instancia representará la calificación jurisdiccional de la violación a un derecho humano generadora de una eventual recomendación internacional. El Derecho se constituye así, como una condición ineludible de respeto, y su inobservancia debe ser reclamable al omiso, por ninguna circunstancia el derecho humano debe ser violentado bajo la razón o quizá el pretexto de la importancia de un asunto público o privado de cobertura mediática.

## 4. Conclusiones

El reconocimiento de la importancia del Derecho procesal penal internacional público, implica reconocer los desaciertos conocidos en temas relativos, y consecuentemente la necesidad de que toda la codificación en la materia se aglutine en una nueva disciplina, cuyo contenido temático ilustre a los operadores del

Derecho penal, sobre lo indispensable para lograr el éxito en la encomienda pública de sancionar a quien ha cometido un ilícito y sobre todo lograr el resarcimiento reparatorio del daño ocasionado.

La evolución del Derecho como realidad, implica reconocer que así como en los procesos constitucionales, no solo el juicio de amparo es el único camino en esa materia y que otros procedimientos se han sumado logrando una complejidad digna de un estudio independiente, que hoy se conoce como Derecho procesal constitucional también el Derecho procesal penal internacional público, que aglutina una compleja información que necesita, para ser exitosa, del reconocimiento científico del Derecho para generar un nuevo paradigma; que lo ordene, sistematice y facilite su comprensión, para entregar a la sociedad el instrumento disciplinario que colme sus aspiraciones de justicia.

La argumentación sobre el análisis típico de la conducta criminal requiere del cumplimiento de la técnica de exposición de las razones lógicas, que permitan, frente a los Estados requirente y requerido, el estudio de homologación; requisito sin el cual no puede ser proveída una solicitud de extradición internacional.

Es deseable que en el ámbito internacional se adopten las formas procesales ágiles, como lo es en el oficio de colaboración nacional o la euro orden, que de facto ha eliminado el trámite de extradición territorial; esta y otras que se produzcan en el mismo orden de ideas producirán una mejor justicia procesal penal internacional.

## 5. Bibliohemerografía

### Hemerografía

CORZO ACEVES, Víctor E. y Corzo Aceves, Ernesto E., "El Sistema Penal Internacional". *Revista Mexicana de Justicia, Los nuevos desafíos de la Procuraduría General de la República*, México, núm. 13, 2016.

## Legislación

Código Penal Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de agosto de 1931. Última Reforma publicada el 9 de marzo de 2018.

Código Nacional de Procedimientos Penales, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 05 de Marzo de 2014. Última reforma publicada el 07 de Junio de 2016.

## Tratados y Convenios Internacionales

Convención Americana sobre Derechos Humanos, "Pacto de San José de Costa Rica", 1969.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 213-228.

# MÉXICO FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA MIRADA A TRAVÉS DE LA MAGISTRATURA CONSTITUCIONAL

## MEXICO IN FROM OF THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS: A LOOK THROUGH CONSTITUTIONAL MAGISTRATURE

*Heriberto Benito López Aguilar**

**RESUMEN:** Este ejercicio académico no solo muestra que, a través del Derecho, las decisiones judiciales y criterios jurisprudenciales, formalmente obligan a alguien a adoptar una conducta de dar, hacer o no hacer; sino que también demuestra que la formalidad judicial debe asumir un papel cada vez más trascendental, a fin de dar plena vigencia a los derechos y libertades de las personas, garantizando el avance de estas hacia un estilo de desarrollo que ponga en el centro a la igualdad y a la dignidad dentro del contexto de la realidad social en el mundo actual. Se trata de elaborar un diagnóstico crítico que permita, no solo conocer hacia dónde van los derechos humanos que están conferidos en instrumentos jurídicos y cómo conseguir más derechos y libertades acordes a la época actual, sino también reconocer cuál debe ser el comportamiento de la sociedad, ya que si bien esta se ha venido degradando progresivamente, lo cierto es que urge impulsar la ética social a fin de consensuar más derechos y libertades de los ya conseguidos a favor de la comunidad política.

**PALABRAS CLAVE:** globalización, democracia, derechos humanos, justicia, constitución.

* Licenciado, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM). Titular de la Unidad de Transparencia del Poder Judicial del Estado de México de 2012 a 2017. En la Convocatoria del año 2013, el CONACyT lo distinguió como Candidato a Investigador Nacional. Actualmente es Investigador de Tiempo Completo en la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: *benito.lopez@pjedomex.gob.mx*

**ABSTRACT:** This academic exercise does not only show that, through Law, the judicial decision, and the jurisprudential criteria, a person is formally obligated to adopt a conduct of giving, doing or not doing; but it also shows that the judiciary formality most assume a part that is becoming more transcendental each time, in order to give full validity to rights and fundamental freedoms of the people, guaranteeing the forward motion of same towards a style of development that puts equality as its center, and dignity inside the context of social reality in the world we live in. it is about creating a critical diagnosis that allows not only to know where are human rights conferred in judicial instruments moving towards, and how to get more rights and fundamental freedoms concordant to this time and era, but also to recognize which must be the behavior of society, since even though this has been progressively degrading, the fact is that it is urgent to boost social ethics in order to agree on more rights and fundamental freedoms than the ones we have already achieved in favor of the political community.

**KEY WORDS:** globalization, democracy, human rights, justice, constitution.

Recepción: 21/09/2017
Aceptado para su publicación: 13/11/2017

SUMARIO

1. Introducción. 2. El espectro del fenómeno de "lo constitucional". 3. Apego y arraigo de los derechos humanos. 4. De la positivización a la democratización de los derechos humanos. 5. De la democratización a la judicialización de los derechos humanos. 6. Un Libro Blanco sobre DDHH para la era de la interconectividad global. 7. Bibliohemerografía.

## 1. Introducción

La incorporación de México en la comunidad global ha estado acompañada de su integración en organismos internacionales que básicamente cumplen dos objetivos: elaboran diagnósticos o emiten criterios, los cuales sirven para guiar y orientar las políticas públicas en temas selectos, como es el caso del respeto a los derechos humanos y el reconocimiento de estos.

Respecto al primer objetivo, la organización no gubernamental (ONG) *Freedom House* dio a conocer en su informe anual el resultado final del diagnóstico que elaboró denominado: "Libertad en el mundo 2018. La democracia en crisis", según el cual México está ubicado como un país cuya población parcialmente goza de derechos y libertades.

Recientemente, también la ONG *Oxfam International* publicó un estudio sobre desigualdad a escala mundial, en el cual, no solo revela con base en datos duros la concentración de la riqueza generada en la economía mundial en las grandes corporaciones, sino también recomienda que los gobiernos deben funcionar en beneficio de toda la población en lugar de hacerlo para beneficio de las grandes corporaciones.

No obstante lo anterior, sobre la base de que los alcances y efectos de un mundo globalizado implican sana convivencia y respeto

mutuo entre las naciones, es dable aceptar que al interior de cada comunidad política existe identidad que se basa en un conjunto de ideas, principios y valores, que desde su propia experiencia y sus propias circunstancias han logrado definir y defender para beneficio de los intereses de un país que tenga en el centro a las personas.

El contexto globalizador también involucra la necesidad de que se pongan reglas desde el exterior, influyendo así en diversos aspectos del desarrollo de la vida social e institucional de la comunidad política; como por ejemplo, conforme al Derecho internacional, cuando un Estado es parte de un tratado internacional en materia de derechos humanos, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos los poderes ejecutivo, legislativo y judicial.

De este modo, es como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus resoluciones, emite criterios que los 20 países sujetos a su jurisdicción, entre ellos México, están en la obligación de regular en la respectiva normatividad interna; o bien, de realizar el correspondiente control de convencionalidad aplicando los estándares establecidos en los fallos decisorios emitidos.

Internamente, mención aparte corresponde referir al legislador que pone en práctica la representatividad política, pero la técnica de la constitucionalidad supone una actividad exclusiva del juzgador que permite adquirir experiencia digna de ser compartida, comunicada, contrastada y comparada, a fin de dar sentido y significado en un ámbito estrictamente jurídico.

Para Gustavo Zagrebelsky, el intercambio de experiencias jurisprudenciales es un instrumento para entender la propias Constituciones nacionales: "Es como recurrir, para solucionar un problema difícil, a un amigo sabio, que nos hace pensar mejor, que despierta energías potenciales latentes, amplía las perspectivas y

enriquece las argumentaciones, visualizando quizá de otro modo puntos de vista ignorados".[1]

Por lo expuesto, desde la perspectiva de "lo constitucional" del Estado, es posible teorizar el fenómeno siguiente: por un lado, el escrutinio de organizaciones internacionales defensoras de los derechos humanos pone de relieve el tema relacionado al nivel de efectividad de derechos políticos y libertades civiles que puede ejercer la población global, pero que no exige, por otro lado, los fallos de tribunales internacionales, evidencian el grado de afectación o agravios ocasionados a derechos y libertades, que si bien han sido vulnerados, lo cierto es que no en todos los casos son reparados a favor de quienes son titulares de dichos derechos y libertades. Se trata de un fenómeno dual que invita a reflexionar acerca de la posibilidad para retomar el constitucionalismo político o reeditar el positivismo jurídico.

## 2. El espectro del fenómeno de "lo constitucional"

Previo al estudio de este tema, resulta pertinente plantear la pregunta siguiente: ¿cómo dignificar la política? Pero, cuál política o la política de quién. La del gobernante o la del gobernado. Se trata de un concepto multívoco que conviene precisar.

Por ejemplo, la política nacional ha de entenderse como aquél instrumento social que considera desde una aspiración común hasta un proyecto colectivo; es, pues, la política de Estado tan diversa y tan distinta de la política pública promovida por determinada autoridad competente.

La vida en sociedad requiere ciudadanos organizados, pero esta característica originaria se adquiere por quienes previamente vivieron o experimentaron un hecho fundante y motivante que,

1 Zagrebelsky, Gustavo, *El juez constitucional en el siglo XXI*, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (coord.), *El juez constitucional en el siglo XXI*, tomo I, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Mexico-2009, p. 22.

incluso, deja constancia fehaciente para hacer referencia a la primera categoría del fenómeno de "lo constitucional": la histórica.

Derivado de esa experiencia empírica que registra la historia, entendida además, como una enseñanza de la que aprenderán ulteriores generaciones, los ciudadanos organizados, requisito *sine cua non*, al ser conscientes de sus circunstancias pueden identificar lo bueno y lo malo de su entorno para proponer ideales filosóficos con efectos *erga omnes*, que han de ser convertidos y transformados en vivencia práctica de los ciudadanos organizados; lo anterior, se expresa a través de la segunda categoría del fenómeno de "lo constitucional": la ética.

Posteriormente, en y para la pluralidad, llega el momento de decidir y definir ¿qué se quiere de la vida en sociedad? y ¿cómo se quiere la vida en sociedad?; y para ello es necesario mostrar voluntad entre todos los ciudadanos organizados, sin excepción alguna, para acordar la organización básica, los principios fundamentales y las reglas elementales, mediante la tercera categoría del fenómeno de "lo constitucional": la política. Entiéndase por este concepto al instrumento originario que garantice a cualquier ciudadano, en lo individual, ejercer el derecho al pacto para que pueda organizarse y reorganizarse a favor del bienestar social.

Al haber transcurrido el desarrollo de las tres categorías anteriores, ha lugar a la fundación del Estado. En efecto, cuando se crea esta institución política que organiza a la sociedad, se pone de manifiesto lo que se quiere de la vida en sociedad y cómo se quiere esta: hay armonía entre gobernados, hay equilibrio entre gobernantes, hay imperio normativo, hay orden social y hay unidad de propósito. Sin embargo, en la acción, ejecución, instrumentación y operación de las actividades que tiene que cumplir el Estado para alcanzar sus fines, requiere que la cuarta categoría del fenómeno de "lo constitucional": la jurídica, sea eficaz en el control de los poderes formales y no formales. En contraste con lo anterior, cabe hacer mención del peligro que representa, para todo andamiaje institucional, el formalismo jurídico exacerbado

tendente a moldear y modelar dolosa y deliberadamente un colectivo social mediante leyes creadas por la voluntad política de grupos de poder.

En un escenario complicado y dificultado a causa de la globalización, es decir, la máxima expresión del sistema capitalista, también conviene señalar los potenciales riesgos a que quedan expuestas las dos clases de ciudadanos que integran la sociedad organizada, desde la perspectiva del ejercicio del poder del Estado: por un lado, la corrupción y el gatopardismo de los gobernantes; y por otro lado, la cooptación y el surrealismo de los gobernados; por supuesto, sin soslayar las ventajas y desventajas que surgen a luz de la quinta categoría del fenómeno de "lo constitucional": la económica.

## 3. Apego y arraigo de los derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos es un órgano jurisdiccional de carácter regional capaz de incidir, tanto en la agenda legislativa, como en la actividad judicial, de los Estados partes, mediante parámetros establecidos en resoluciones jurídicamente vinculantes. México no es la excepción y como evidencia cabe mencionar que en 2011, tanto la promoción como la protección de derechos fueron incluidas en la Constitución Mexicana por una resolución de la Corte.

Conviene señalar que las políticas públicas de México deben estar alineadas con el Derecho internacional, por lo que a seis años de la reforma constitucional sobre derechos humanos continúa "la paulatina apertura del sistema político mexicano al derecho internacional".[2]

Sin embargo, desde la perspectiva de la vida social e institucional de la comunidad política es posible mostrar los cambios que implica el fenómeno de lo constitucional en materia de derechos

2 Salazar Ugarte, Pedro, *et. al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, México, 2014, p. 16.

humanos, que si bien lenta y tardíamente transforman el ordenamiento jurídico, lo cierto es que son resultado de la presión pública internacional y no lo son por oficio y estilo de vida de los habitantes de este país.

Incluso, para dimensionar este fenómeno es importante tomar en consideración a los organismos internacionales que al dictar las políticas públicas a nivel mundial suplantan la autodeterminación de la comunidad política en la toma de decisiones fundamentales; y además sustituyen el consenso social que debiera involucrar a todos mediante los respectivos representantes.

Más aún, si la sustancia de la convivencia humana ha sido mantener la grandeza y dignidad de la especie a lo largo de su historia, con base en formas ideológicas y principios filosóficos, cuyo objetivo principal es regir el comportamiento humano; entonces, al cambiar las circunstancias también cambian las prioridades y necesidades de los seres humanos, pero no las convicciones de estos, como lo es la esencia de los derechos humanos.

Ciertamente, los valores cambian de tiempo en tiempo y de lugar en lugar; es por ello que a partir de la cultura de una sociedad cambiante, es oportuno plantear las interrogantes siguientes: ¿de qué manera la comunidad política, ha hecho historia para conquistar derechos humanos?, ¿qué ocurre cuando los derechos humanos no emanan del proceso social que asiste a la comunidad política?, ¿qué acciones realizó la sociedad de nuestro país para que los ciudadanos consiguieran nuevos y modernos derechos y libertades?

A partir de la reforma constitucional de 2011, el marco jurídico mexicano establece el deber del Estado para garantizar los derechos y libertades que gozan las personas. Esto es, si bien el Estado, a través de sus autoridades en el ámbito de sus competencias, tiene la obligación de promover, proteger, respetar y reconocer los derechos humanos, lo cierto es que, unilateralmente, el Estado se encarga de gestionar el proyecto de vida de

su propia población, lo que limita a las personas la capacidad de exigir y ejercer sus derechos y libertades.

Al respecto, Santiago Corcuera Cabezut sostiene: "Una de las tareas más delicadas del legislador constitucional es, desde luego, reconocer los derechos de quienes más requieren protección por encontrarse en desventaja social, sin que con ello y por ello se aniquilen los derechos individuales".[3]

Jurídicamente, las autoridades podrán reiterar la plena tutela a los derechos humanos de las personas; pero, al ser una situación casuística, se traduce en una especie de discriminación institucional hacia las personas que carecen de capacidad para hacer efectivos derechos y libertades, que es asimétrica a lo largo del país, y que se agrava por la histórica marginación que padecen diversos grupos vulnerables.

En ese orden de ideas, cabe la posibilidad de inferir que los derechos humanos son una concesión graciosa concebida en textos jurídicos de fuente interna e internacional, pero ello supone hacer referencia a un Estado mitómano y megalómano. Contrario a esta postura, basta mencionar que dentro de la pluralidad hay convicciones; pero compete a la autoridad asegurar a cada ciudadano la capacidad para portar y reclamar derechos y libertades, sin necesidad de que haya afectaciones y violaciones a estos.

A pesar de que la sociedad también tiene expectativas que tienden a rebasar la capacidad de la autoridad, lo cierto es que formalmente en México se lleva a cabo la práctica de una democracia de votos y una justicia de pruebas; ambas con sustento en un sistema jurídico normativo que a su vez es fundamento del Estado de Derecho. Sin embargo, cuando hay voluntad de mirar más allá, la realidad es otra, habida cuenta si esta se contrasta con la experiencia y vivencia de los derechos humanos en la vida social.

3 Corcuera Cabezut, Santiago, *Los Derechos Humanos Aspectos Jurídicos Generales*, Oxford, México, 2016, p. 52.

Al efecto, es oportuno referir que el informe anual del Ombudsman, rendido ante la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, señala al 2017 como "año atípico" para los derechos humanos en México, y menciona que estos "no son plenamente respetados". En ese estado de cosas, vale la pena formular la cuestión siguiente: ¿cómo hacer alcanzables y exigibles los derechos y libertades de las personas?

## 4. De la positivización a la democratización de los derechos humanos

La palabra democracia es un concepto multívoco que puede tener varios significados, por lo que aproximarse a una definición de democracia depende, no solo de los ideales que definan la sustancia de lo que pensamos como sociedad, sino también de los valores y fines que describan la esencia de lo que somos como sociedad.

Se trata de una definición compleja, que si bien se apoya en aspectos básicos de la coexistencia humana, lo cierto es que también se ajusta al entorno globalizador imperante en la actualidad, donde no puede soslayarse, ni la preeminencia de la pluralidad que como norma de convivencia conduce a la vida en sociedad, ni la existencia del proyecto colectivo que defienda causas comunes.

Tampoco puede omitirse el proceso histórico que no solo define la naturaleza de una determinada sociedad, sino que la distingue de otras establecidas en latitudes diversas; lo anterior, a efecto de utilizar adecuadamente, a través de una visión eurocentrista, o bien, latinoamericana, conceptos esenciales como la libertad y su defensa. Desde la perspectiva liberal, ideológicamente la democracia garantiza a los individuos particulares el desarrollo de su vida privada a través del ejercicio de los derechos humanos.

En apariencia, el ideal de los derechos humanos parece alcanzable y exigible, pero al final tiene algo de utópico, porque de

varias maneras se ha hecho notar que el ejercicio pleno de los derechos y libertades se ha vuelto irrealizable para muchas personas, quienes pueden estar conscientes de que sus derechos y libertades están en el papel, pero cuya efectividad depende de una serie de condiciones de tipo social, cultural, político y preponderantemente económico.

Por ello, para comprender este hallazgo, el tema de los derechos humanos requiere tener más relación con otras disciplinas del conocimiento y no abordar su estudio exclusivamente desde el ámbito jurídico, el cual ciertamente supone la relevancia de construir al Estado como garante de los derechos y libertades, al reparar estos cuando son vulnerados, pero también revela en parte la crisis constitucional de los derechos y libertades de las personas.

Cabe señalar la necesidad de hacer conciencia de un compromiso social en materia de derechos humanos, pues en la norma jurídica existen como una ficción que la realidad evidencia de distintas formas, siendo la desigualdad social una de las más notables (México es el país con mayor desigualdad de las naciones que conforman la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE).

Por lo anterior, no debe pasar desapercibido la crisis constitucional que pone de manifiesto la existencia de derechos humanos por determinación normativa, lo cual no garantiza la posibilidad de que estos se puedan ejercer a plenitud, pero sí patentiza su escasa efectividad.

La realización de los derechos humanos es de gran trascendencia para el constante mejoramiento de las personas; sin embargo, en los últimos seis años se ha experimentado lo suficiente para saber el modo en que ha funcionado el modelo constitucional de derechos humanos cimentado en premisas irrealizables, ya que actualmente ni todas las personas gozan de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, ni todas las autoridades garantizan el respeto y reconocimiento de estos.

Es un hecho notorio que el discurso retórico del gobierno mexicano en materia de derechos humanos es acertado y excelente para minimizar o disimular las condiciones materiales de vida de la población, incluso, eficaz y efectivo para la promulgación de leyes; pero, al contrastar aquel con la práctica que realizan las personas con sus derechos y libertades, se pone de manifiesto cómo es que estos solo quedan en el papel, tal como lo refiere el informe mundial de Amnistía Internacional de 2017-2018.

No obstante, la autocrítica es útil para reconocer aciertos y errores; pero es un imperativa la necesidad de sugerir temas fundacionales para modificar el modelo existente, a efecto de asegurar una vida mejor para las personas, a partir del ejercicio pleno de los derechos humanos, sin tomar la ruta de la judicialización, pues esta supone reparar afectaciones a derechos y libertades hechos valer bajo ciertas condiciones y circunstancias por los justiciables.

## 5. De la democratización a la judicialización de los derechos humanos

Según el informe Rule of Law Index 2017-2018, presentado por la ONG World Justice Project, cuya metodología a través de encuestas a ciudadanos de a pie permite obtener información de primera mano para medir la experiencia práctica de la población en general con el Estado de Derecho en vivencias cotidianas, México está ubicado en el puesto 92 de una lista de 113 países en el mundo, al poseer un nivel bajo en rubros como restricción al poder público, ausencia de corrupción, gobierno abierto, respeto a los derechos humanos, orden y seguridad, cumplimiento normativo y acceso a la justica; salvo, el rubro de la transparencia de la información pública donde salió bien evaluado.

El asunto no es menor, ya que a nivel local, mediante este estudio que aborda ocho ámbitos ligados entre sí, se revela lo que la gente piensa; pero a nivel global se evidencia la importancia de fortalecer las debilidades de cada país para mejorar en dichos ámbitos ante la propia población y frente al mundo.

En contraste, cabe mencionar el factor económico, el cual, al hacer funcional el capitalismo con el objeto de generar ganancias y combatir la injusticia social en el mundo, impacta directamente en el respeto a los derechos humanos; es decir, específicamente a escala mundial, se está construyendo una problemática en materia de derechos humanos, que ni siquiera el intercambio de experiencias desde la plataforma judicial aconseja cómo avanzar.

Este escenario resulta preocupante, ya que cabe la posibilidad de advertir que los derechos humanos son una ficción jurídica que involucra el ejercicio de recursos económicos para respaldar el ejercicio de los derechos y libertades de las personas, salvo la garantía para su defensa que da margen para seguir la ruta de la judicialización.

En efecto, en la región latinoamericana, los poderes judiciales han hecho aportaciones trascendentes para aplicar e interpretar la Constitución y las leyes en relación a los derechos humanos; sin embargo, a pesar de que en la vida institucional de la comunidad política opera un sistema de justicia en el que las partes en conflicto resuelven una controversia ante el juez quien decide acerca de sus derechos y libertades, lo cierto es que en la vida social de esa misma comunidad política resulta inoperante un sistema de democracia, porque este ha dejado de aportar en el constante mejoramiento de las personas que forman parte de la sociedad: paradójicamente el pilar más sólido de la democracia.

## 6. Un Libro Blanco sobre DDHH para la era de la interconectividad global

Derivado de las necesidades que experimenta la sociedad, esta suele tener cambios de época o épocas de cambio; sin embargo, no siempre corresponde a ella misma llevar a cabo los cambios necesarios a fin de que quede debidamente adaptada a la realidad imperante, sino conforme al diseño institucional compete a sus representantes, para bien o para mal de la cosa pública, mantener o modificar el estado de cosas (*statu quo*).

También en el entorno actual acontecen cambios vertiginosos a escala mundial, por lo que la interconectividad global es una ventana de oportunidad, no solo para unificar las transformaciones ocurridas en la vida social e institucional de los diferentes países, sino también para estimular la cercanía entre estos, a partir de causas comunes que exigen acción internacional concertada. No obstante, aun cuando las instituciones internacionales debieran mantener la autoridad, estas tienen dificultades porque las grandes potencias omiten cumplir las normas del Derecho internacional (por ejemplo, los inmigrantes indocumentados menores de edad que no tienen derecho a la defensa legal gratuita, dan cuenta de la negación de principios jurídicos básicos y universales por parte del sistema de justicia de Estados Unidos).

En este escenario es oportuno proponer la elaboración de un documento diseñado para estudiar temas relacionados con los derechos y libertades y su contribución en la calidad de vida de las personas. Hoy en día, hay un predominio en la región geográfica de Ibero-América en cuanto a la defensa de los derechos humanos, que se extiende a nivel local en las magistraturas constitucionales; de manera tal que, a través de diálogos jurisprudenciales entre integrantes de tribunales de otros países, se analizan las diversas experiencias.

Más allá de este ejercicio loable de corte judicial, la propuesta del documento consiste en abordar los desafíos globales en materia de derechos humanos, que son relevantes para los países, y para ello es imprescindible hacer referencia a los estudios de las ONG's basados firmemente en evidencias y datos duros, a efecto de conocer qué beneficios obtienen los habitantes del orbe en su crecimiento y desarrollo como personas, a partir de la práctica de los derechos y libertades que poseen.

Si bien los jueces locales son los encargados de resolver los asuntos que conozcan y garantizan el respeto de los derechos de las partes, lo cierto es que se debe generar consciencia social acerca del gran reto de las magistraturas constitucionales consistente en contribuir en la realización de los derechos humanos, a efecto de que las personas disfruten de estos en los hechos.

A pesar de que los juzgadores locales se someten a cursos de formación y concursos de oposición, la legislación antepone el perfil técnico al ético y físico, haciendo a un lado las cualidades éticas y el estado de salud para un desempeño integral del encargo, por lo que se estima que es una asignatura pendiente que habrá que tener en cuenta.

Otra asignatura pendiente es la publicidad de las sentencias, porque es el espacio más propicio para incentivar el activismo judicial de los derechos humanos. La legislación en materia de transparencia regula que es un deber del Poder Judicial poner a disposición del público las sentencias relevantes. No obstante, cómo cumplir dicho deber legal, se ha vuelto un desafío relevante, puesto que de conformidad con el diagnóstico de situación sobre acceso a las sentencias, para la ONG "Equis. Justicia para las Mujeres", hace falta encontrar la ruta que conduzca a la revisión de fallos emitidos en materia de equidad de género por parte de organismos internacionales.

Asimismo, se trata de elaborar un diagnóstico crítico que permita no solo conocer hacia dónde van los derechos humanos que están conferidos en instrumentos jurídicos y cómo conseguir más derechos y libertades acordes a la época actual, sino también reconocer cuál debe ser el comportamiento de la sociedad, ya que si bien esta se ha venido degradando progresivamente, lo cierto es que urge impulsar la ética social a fin de consensuar más derechos y libertades de los ya conseguidos a favor de la comunidad política.

## 7. Bibliohemerografía

### Bibliografía

CARBONELL, Miguel, *et. al., La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, 2012.

CORCUERA CABEZUT, Santiago, *Los Derechos Humanos Aspectos Jurídicos Generales*, México, Oxford, 2016.

FERRER MC GREGOR, Eduardo, *Derecho Procesal Constitucional Transnacional*, México, Porrúa, 2016.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *et. al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Instituto Belisario Domínguez, Senado de la República, 2014.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El juez constitucional en el siglo XXI*, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), El juez constitucional en el siglo XXI, tomo I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 229-272.

# DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DEL TRABAJO. DE LAS NORMAS ARGENTINAS ACTUALES AL PROYECTO DE LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MEXICANO

## PRIVATE INTERNATIONAL LABOR LAW. FROM THE CURRENT ARGENTINIAN STANDARDS TO THE PROJECT OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW OF MEXICO

*Ricardo Francisco Seco**

**RESUMEN:** En este ensayo, se realiza un estudio conceptual y comparativo entre el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México con las normas que en Argentina sirven para la resolución de conflictos de Derecho internacional privado, vinculadas a la relación y al contrato de trabajo. Primeramente, se hace un repaso de las características políticas y jurídicas argentinas, la distribución de competencias constitucionales en ese país, los derechos sociales en su Constitución Nacional, el bloque de constitucionalidad federal y su recientemente aprobado Código Civil y Comercial. Luego se revisa el Derecho internacional privado del trabajo desde la perspectiva argentina, considerando sus fuentes, conflictos y diversas soluciones propuestas en la materia. Posteriormente se hace un detallado examen de las cuestiones fundamentales de la Ley de Contrato de Trabajo argentina y finalmente se hacen algunas consideraciones y re-

* Abogado y notario por la Universidad Católica de Córdoba, República Argentina. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, por la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor de grado de DTySS (UCC). Profesor de posgrado de varias universidades argentinas y extranjeras. Vocal de la Cámara Civil y Comercial, Trabajo y Familia, Cruz del Eje, Córdoba. Investigador de la Universidad Blas Pascal de Córdoba. Secretario General de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Córdoba. Correo: *ricardoseco58@gmail.com*

flexiones razonadas y comparativas en torno al Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado mexicano.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho internacional privado del trabajo, Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, Argentina, México.

**ABSTRACT:** In this essay, a conceptual and comparative study is made between the Project of International Private Law of Mexico with the regulations that in Argentina is made for the resolution of International Private Law conflicts, linked to the relationship and Labor contract. Firstly, a review is performed of the Argentinian political and judicial characteristics, the distribution of the constitutional competences in said country, the social rights in its National Constitution, the block of federal constitutionality, and its recently approved Civil and Commercial Code. Afterwards, the International Private Labor Law is reviewed from the Argentinian perspective, considering its sources and conflicts, diverse solutions proposed in the matter. After that, a detailed examination of the fundamental matters of the Employment Contract Act of Argentina is made, and finally, some proposals and reflections reasoned and comparative are made in respect of the Project of International Private Law of Mexico.

**KEYWORDS:** International private labor law, Project of International Private Law, Argentina, Mexico.

Recepción: 21/09/2017
Aceptado para su publicación: 13/11/2017

SUMARIO

1. A manera de introducción: motivación de nuestra intervención. 2. Las características argentinas y la legalidad constitucional actual. 3. El Derecho internacional privado del trabajo. 4. Breves consideraciones acerca del proyecto mexicano sobre el tema. 5. Conclusiones. 6. Bibliohemerografía.

## 1. A manera de introducción: motivación de nuestra intervención

Con ocasión de la publicación, el 15 de setiembre de 2017, de la adición de la Fracción XXX del art. 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la que establece que el Congreso de la Unión tiene competencia: "Para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar", y atendiendo a que de conformidad con el Transitorio Cuarto, el Congreso deberá expedir dicha legislación en un plazo que no excederá de 180 días, contados a partir de la entrada en vigor del Decreto de reforma constitucional, esto es, el 15 de marzo de 2018, conocimos que la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado ha venido trabajando desde el año 2005 en un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México.

Se ha dicho en ese ámbito que "el propósito de una ley de esta naturaleza es vincular al sistema jurídico interno mexicano con los sistemas jurídicos de los países de los cuales México recibe una importante inmigración y, al mismo tiempo, miles de mexicanos emigran hacia el norte todos los años; estas situaciones presentan problemas familiares que deben ser resueltos y, no menos importante, conflictos mercantiles con países con los cuales México tiene relaciones comerciales, especialmente con los países con los que tiene celebrados tratados de libre comercio".

También se ha expuesto que "el proyecto se constituye como el área normativa internacional del Derecho mexicano y comprende las principales áreas del Derecho Internacional Privado: instituciones generales, Derecho Laboral, Derecho Procesal Civil Internacional, incluyendo el tema de la jurisdicción internacional de los tribunales mexicanos y la cooperación internacional, Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho Mercantil. Examinar este y otros proyectos en este Seminario es la propuesta para discutir sobre la mejor vía para la incorporación al orden jurídico mexicano de las disposiciones internacionales sobre la materia, ya sea a través de un instrumento único (ley autónoma de carácter nacional) o mediante su integración en la parte procesal internacional en el futuro Código Nacional en materia Procesal Civil y Familiar".

Ligados por lazos de todo tipo, Argentina y México, desde los albores de la independencia de ambos países, resulta interesante conocer las normas que en Argentina sirven para la resolución de conflictos de Derecho internacional privado, vinculadas a la relación y al contrato de trabajo, para luego realizar un juicio comparativo con la propuesta legislativa mexicana.

## 2. Las características argentinas y la legalidad constitucional actual

### 2.1. Características políticas y jurídicas argentinas

La Constitución Nacional argentina (CN), sancionada en 1853-1860, con las reformas vigentes, en especial la de 1994, diseña para nuestro país una *República, representativa y federal* (art.1; 5; 121 y 122 CN).

Argentina es un país que tiene 23 provincias y una ciudad autónoma como es Buenos Aires, que a su vez es la capital de la República.

## 2.2. La distribución de competencias constitucionales en Argentina

Según la Constitución Nacional argentina (art. 75, inc.12), el Derecho de fondo o sustantivo es materia del Congreso de la Nación y el Derecho adjetivo o procesal o de forma es materia regulada por las provincias por medio de sus Legislaturas.

Hay códigos procesales federales, dictados por el Congreso de la Nación, que regulan el proceso sobre materias federales, que son excepcionales, rigen en todo el país y son aplicados por los tribunales federales. Una excepción es todavía la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La legislación ordinaria emanada del Congreso de la Nación es aplicada por los tribunales provinciales y, en la CABA, por los llamados tribunales nacionales, en este caso del trabajo, que actúan como los ordinarios provinciales.

## 2.3. Los derechos sociales en la Constitución Nacional

La reforma de la Constitución Nacional de 1957, que el 25 de octubre de 2017 cumplió sesenta años, incorporó el artículo 14 nuevo o *bis que significa un leve intento de constitucionalismo social*. Ese artículo expresa:

> El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.

> Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.
> El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.

### 2.4. El bloque de constitucionalidad federal

La discusión acerca de la posición jerárquica de las normas fue zanjada con la reforma de la Constitución en 1994. El inciso 22, del artículo 75, establece que es facultad del Congreso:

> Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.
> La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las

> condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Solo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.
>
> Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.

Hay tres instrumentos internacionales más que tienen jerarquía constitucional:

Por ley 24.820 (sancionada el 30/05/97; promulgada de hecho el 26/05/97, y publicada en el B.O. el 29/05/97), se aprobó la jerarquía constitucional de la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, adoptada por la 24ª Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA), celebrada el 9 de junio 1994, en la ciudad de Belén, Brasil, que nuestro país había aprobado con anterioridad por la ley 24.556.

La ley 25.778 (B.O.3/9/2003) otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad adoptada por la Organización de las Naciones Unidades, el 26 de noviembre de 1968, y aprobada por la ley 24.584.

También, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad tiene raigambre constitucional, por la ley 27.044 (B.O. 22/12/2014).

Aclárese que tiene además jerarquía constitucional el Convenio 87 de la OIT sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, de 1948, "en virtud de lo dispuesto por el artículo 8.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y

Culturales y el artículo 22.3. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.75, inc.22, CN)".

De esa manera, se ha producido un cambio fundamental en el orden jurídico argentino, a partir de la Reforma Constitucional de 1994:

*a)* Se reciben nuevos derechos y garantías;
*b)* Por el artículo 75, inc. 22, se incorporaron con jerarquía constitucional diez instrumentos internacionales sobre derechos humanos y se otorgó primacía a los tratados sobre las leyes;
*c)* Por el artículo 75, inc. 24, se prevé la posibilidad de tratados de integración que deleguen competencias y jurisdicción a organizaciones supraestatales;
*d)* La Corte Suprema de Justicia de la Nación- aunque con algunos avatares muy recientes- ha reconocido la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la interpretación y aplicación de la Convención Americana y ha declarado que su jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales.[1]

El artículo 31 de la Constitución Nacional debe entonces interpretarse, no como ordenador jerárquico entre tratados y leyes, sino como regulador de la supremacía del Derecho nacional sobre el Derecho provincial en el ámbito interno. El vértice de la pirámide constitucional se ha ensanchado.

De ese modo, la Constitución Nacional, a partir de la Reforma de 1994, no solo reconoce la superioridad jerárquica de los tratados frente a las leyes, sino que además equipara a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la Constitución, conformando con ello lo que en la doctrina y jurisprudencia se ha denominado un "Bloque de constitucionalidad federal".[2]

1 Haro, Ricardo, "Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos", *Revista Ius et Praxis*, Chile, núm. 1, 2013. Disponible en *http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100006*. Consultado el 15-01-2018.

2 Góngora Mera, Manuel Eduardo, *El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad*. Disponible en: *http://www.menschenrechte.org/wp-*

La jerarquía normativa en Argentina queda como sigue:

1. Constitución y tratados internacionales de derechos humanos con rango constitucional (art. 75, inc. 22, párrafos 2 y 3 de la CN);
2. Otros tratados internacionales ratificados por Argentina, v. gr. concordatos, tratados de integración, convenios de la OIT ratificados, etc. (art. 75, inc. 22, párrafo 1 de la CN);
3. Leyes nacionales del Congreso (art. 28 de la CN), reglamentos del Poder Ejecutivo (arts. 76 y 99, inc. 3, párrafos 2, 3 y 4 de la CN);
4. Decretos reglamentarios del Poder Ejecutivo (art. 99, inc. 2 de la CN);
5. Derecho local (arts. 5, 31, 123 y 129 de la CN). [3]

### 2.5. El nuevo Código Civil y Comercial

El 1° de agosto de 2015, comenzó a regir la ley 26.994 (B.O. 8/10/2014) que aprobó el Código Civil y Comercial (CCCom.), según la fecha que estableció la ley 27.077 (B.O.19/12/2014). Unificó lo que antes estuvo en cuerpos separados sancionados en el siglo XIX.

Este nuevo Código entre los artículos 2594 a 2671 trata una extensa regulación de derecho internacional privado, aunque no es completa.

## 3. El Derecho internacional privado del trabajo

### 3.1. Conflicto de leyes en el espacio

Cuando no existe conflicto alguno de leyes, los jueces aplican la propia ley nacional (*lex fori*).

---

*content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf*. Consultado el 13-01-2018.

3 *Idem*.

Mas, cuando la relación jurídica (específicamente la laboral, que es la que nos interesa) puede caer bajo el imperio de leyes de distinto origen, la cuestión se complica.

Es posible que se produzca "tráfico externo" de mano de obra y de empresas y en las relaciones laborales incida un elemento extranjero. Este puede ser el lugar de celebración o el de ejecución del contrato, o el domicilio de las partes o la nacionalidad de los contratantes.[4]

Emerge aquí, una parte del Derecho internacional privado, como es el Derecho internacional privado del trabajo, dedicado a establecer "respecto de los conflictos laborales, cuándo el derecho interno ha de ser aplicado en el extranjero (o a un extranjero) y cuándo el derecho extranjero ha de ser aplicado en el país (o a un nacional)". Más precisamente se encarga de averiguar "el Derecho Privado aplicable a las relaciones laborales que ostenten elementos extranjeros".[5]

El Derecho internacional privado del trabajo es una parte especial del derecho internacional privado, dedicado al estudio de las normas relativas a la solución de casos con elementos extranjeros en los que se involucre una relación de trabajo. No se refiere a las cuestiones vinculadas con la Organización Internacional del Trabajo (OIT), lo que es Derecho internacional público, o a la policía del trabajo, que es Derecho administrativo del trabajo, ni al Derecho sindical.[6]

---

4 GUISADO, Héctor Cesar, comentario al art. 3° en AA.VV., *Ley de contrato de trabajo comentada*, Ackerman, Mario E. (*dir*), Sforsini, María Isabel (*coord*), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, T. I, p. 73. Ver LITTERIO, Liliana Hebe, GUISADO, Héctor César, "Interpretación y aplicación de las normas laborales" en AA.VV., *Tratado de derecho del trabajo*, Ackerman (*dir*), Tosca-Sudera (*coords*), 2ª edición ampliada y actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, T. I, p. 772, con citas de BRONSTEIN, Arturo S., *La aplicación de la ley nacional y de la ley extranjera en el Derecho individual del trabajo: el caso de los empleados de empresas multinacionales*, L.T., XXXIII-663.

5 *Ibidem*, con cita de GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho internacional privado del trabajo", en AA.VV., *Tratado de derecho del trabajo*, Deveali, Mario L. (*dir*), La Ley, Buenos Aires, 1972, 2ª edición, T. IV, p. 599.

6 FERMÉ, Eduardo L., "Derecho Internacional Privado del Trabajo", *Tratado de derecho del trabajo*, Vázquez Vialard (*dir*), Buenos Aires, Astrea, 1982.

Cuando se habla de Derecho extranjero, debe aclararse que este se integra no solo con normas laborales de creación gubernamental (como son leyes, decretos, resoluciones, etc.) sino, además, con *los convenios colectivos de trabajo, convenios de empresa, reglamentos de taller*, etc.; esto es "con todas aquellas normas que en el derecho respectivo se reconozca como fuentes, generales o particulares, de creación de normas obligatorias. Ello así, porque la aplicación del derecho extranjero ha de hacerse según el comportamiento probable del juez extranjero en el caso, que comprendería, sin duda, tales reglamentaciones."[7]

En el Derecho interno, se habla de la aplicación de las leyes, pero también de convenciones colectivas de trabajo homologadas por la autoridad administrativa laboral nacional (art. 3º primer párrafo, de la ley 14.250). Por ello, la convención colectiva extranjera, lo mismo que la ley extranjera, solo sería aplicable como Derecho extranjero.[8]

En el Derecho internacional privado del trabajo, se trata de "resolver un conflicto internacional de normas aplicables al contrato y a la relación de trabajo. Por eso *las normas de Derecho internacional privado del trabajo son normas de colisión*: no le incumbe a aquel derecho analizar el derecho privado extranjero posiblemente aplicable, ni mucho menos aún desarrollar el derecho del trabajo propio". El derecho internacional privado "se compone de normas de colisión, las cuales, en lugar de dar soluciones a los problemas que contemplan, se contentan con indicar el derecho que los va a solucionar, siendo pues normas indirectas…".[9]

En Argentina, el Derecho internacional privado carece de autonomía legislativa.

---

7 *Ibidem*, p. 899, quien desarrolla ejemplos de aplicación de convenios colectivos de trabajo y diversas alternativas.

8 LÓPEZ, Justo, comentario al art. 3º en LÓPEZ, Justo, CENTENO, Norberto y FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, *Ley de contrato de trabajo comentada*, 2ª edición actualizada, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1987, T.I., p.59, con igual cita de Goldschmidt.

9 *Idem.*

### 3.2. Diversas soluciones

Son variadas las soluciones que el Derecho internacional privado usa para esto. En "algunos casos excepcionales se ha optado por la elaboración internacional de un *estatuto propio* (como son los protocolos laborales aplicables a ciertas obras públicas binacionales)".[10]

Pero "en la mayoría de los casos se identifica una ley, que puede ser la del foro o una norma extranjera, la que por distintas razones se considera como la más apropiada para regular la relación jurídica, en todos o algunos de sus aspectos".[11]

### 3.3. Fuentes del Derecho internacional privado del trabajo en Argentina

El artículo 1° de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo, 1979)[12] reza:

> La determinación de la norma jurídica aplicable para regular situaciones vinculadas con el derecho extranjero se sujetará a lo establecido en esta Convención y demás convenciones internacionales suscriptas o que se suscriban en el futuro en forma bilateral o multilateral por los Estados parte. En defecto de norma internacional, los Estados parte aplicarán las reglas de conflicto de su derecho interno.

Coincide con esa norma, el artículo 2594 del Código Civil y Comercial recientemente sancionado, que establece:

> Las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales se determinan por

10 GUISADO, Héctor Cesar, *op. cit.,* con cita de Bronstein.

11 *Idem*.

12 Vincula a la Argentina con Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela, según expresa SCOTTI, Luciana B., "Territorialidad y extraterritorialidad de las leyes en el Código Civil y Comercial", en AA.VV., *En debate, Código Civil y Comercial*, Alegría, Héctor, Thomson Reuters y La Ley, Buenos Aires, Tomo I, 2017, p. 171.

> los tratados y las convenciones internacionales vigentes de aplicación en el caso y, en defecto de normas de fuente internacional, se aplican las normas del derecho internacional privado argentino de fuente interna.

En un caso donde *se presentan elementos internacionale*s, el juez argentino debe verificar si aquel "está comprendido en normas de un tratado o convención internacional vigente para nuestro país; si es así debe aplicar las normas de tratado o convención, que tienen jerarquía superior a las leyes internas (art. 75, inc. 22 CN)".[13]

Principalmente, para esa situación en los casos laborales, interesa atender a los Tratados de Montevideo de 1889[14] y 1940,[15] como a la Convención Interamericana de 1979.

*Si no hay norma internacional aplicable al caso, el juez debe recurrir* "a los preceptos de derecho internacional privado de 'fuente interna."[16]

El nuevo Código Civil y Comercial en el Título IV del Libro Sexto (s. 2594 a 2671), se refiere a "Disposiciones de Derecho Internacional Privado." *Pero allí carece de regulación específica —como sucede con otras materias—, lo referido al contrato de trabajo.*

Por ende, en Argentina mantiene su vigencia el artículo 3º de la Ley de Contrato de Trabajo (LCT) 20.744 (B.O. 27/9/1974), que con muchas modificaciones aún nos rige, *para los contratos de trabajo en general y los artículos 601 y 610 de la Ley de Navegación 20.094 para el contrato de ajuste.*

---

13 GUISADO, Héctor Cesar, *op. cit.*

14 Vinculan a la Argentina con Bolivia, Perú y en materias específicas con Colombia, Ecuador, Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Hungría e Italia, según dice Scotti, Luciana B., *op. cit.*

15 Relacionan a Argentina con Uruguay y Paraguay, salvo el Tratado de Derecho Penal Internacional que nuestro país no ha ratificado y sigue regido por el de 1889, refiere Scotti, Luciana B., *op. cit.*

16 GUISADO, Héctor Cesar, *op. cit.*

Las disposiciones del Código Civil y Comercial serán entonces fuentes subsidiarias, "sólo aplicables en la medida en que no se oponga a las citadas normas de Derecho Internacional Privado laborales".[17]

La doctrina remite al Código Civil y Comercial para temas como la autonomía de la voluntad material y conflictual, la aplicación de la norma más favorable, la prueba del Derecho extranjero y otros.[18]

*En síntesis, ante un caso con elementos extranjeros, el juez argentino debe acudir en primer lugar a los tratados y convenciones de Derecho internacional aplicables al caso (si los hay), en su defecto a las disposiciones de la LCT y de la Ley de Navegación, y en último término a las normas del Libro Sexto, Título IV, del Código Civil y Comercial.*

Sin perjuicio de lo expuesto, compartimos que "*nada se opone en nuestra legislación a que las partes de un contrato de trabajo que se habrá de ejecutar en el exterior pacten no sólo la jurisdicción sino también la aplicación del derecho argentino, especialmente si el domicilio del trabajador al tiempo de su contratación está ubicado en nuestro país* y que si se planteara un conflicto entre las partes por ante un tribunal argentino el caso deberá ser resuelto de conformidad con la legislación argentina aun cuando le pudieran ser más favorable al trabajador las normas del lugar de ejecución".[19]

17 *Idem.*

18 FERRANTE, Gustavo, "Derecho Internacional Privado del Trabajo", en AA.VV., *Código Civil y Comercial y su proyección en el derecho del trabajo*, Rodríguez Mancini (*dir*), Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015, p. 739.

19 FERRANTE, Gustavo, *op. cit.*, p. 748. En la misma línea se inscribe RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, comentario al art. 3° en AA.VV., *Ley de contrato de trabajo comentada, anotada y concordada*, Rodríguez Mancini (*dir*), Barilaro (*coord*), 2ª edición actualizada y ampliada, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2014, T.I, p. 343.

Las partes pueden "incorporar al contrato la ley extranjera transcribiendo su texto o simplemente remitiéndose a ella".[20]

Doble fundamento tiene esa postura. Primeramente, en que no existe norma actual que autorice a un tribunal argentino a apartarse de la ley elegida por las partes "la cual debe entenderse suficientemente protectora de los derechos de los trabajadores contratados en Argentina". Pero, además, porque el artículo 2651 del Código Civil y Comercial "de manera expresa faculta a las partes de un contrato a elegir el derecho aplicable a la validez intrínseca del mismo, a su naturaleza, efectos, derechos y obligaciones".[21]

Se expresa en doctrina que si bien "nada se opone a que las partes convengan que el contrato de trabajo se rija por el derecho extranjero (por ejemplo, el del lugar de domicilio del trabajador), el mismo resultará de aplicación en *la medida que resulte más beneficioso para el trabajador*"[22] (art. 9° de la LCT).

La posibilidad de elección por las partes de condiciones más favorables que las que resulten de las leyes o convenciones colectiva nacionales aplicables (arts. 7° y 13 LCT). "Es evidente que sobre la base del artículo 7° no se puede elegir el derecho no argentino menos favorable".[23]

Sin embargo, en alguna doctrina se indica que la opción por la aplicación de la norma más favorable no corresponde si las par-

20 GUISADO, Héctor Cesar, *op. cit.*

21 *Idem*. La CNTrab., sala X, 29/6/2001, "Díaz, Miguel O. c/Altamiranda, Nelson y Asoc. S.A. y otros", ED, 196-173, aplicó la ley nacional a un contrato ejecutado en el extranjero para la construcción de viviendas en zonas petroleras de Asia "si las partes optaron por su aplicación toda vez que es fuente de derecho internacional privado la costumbre que acepta una declaración de voluntad autónoma en tal sentido."

22 FERRANTE, Gustavo, *op. cit.*, p. 749 con cita de Boggiano, Antonio, y de Fermé, p. 895. En el mismo sentido Rodriguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, p. 344.

23 LÓPEZ, Justo, *op. cit.*, p. 65/67.

tes no han pactado tal alternativa por la aplicación del principio general del lugar de ejecución.[24]

Se admite la limitación normativa por la posible colisión de una norma extranjera con normas inderogables del Derecho interno. Por ello "resultaría inadmisible que a los trabajadores extranjeros que ingresan al país para trabajar en la zafra pudiese abonárseles salarios inferiores a los nacionales por remisión a una norma extranjera", porque el artículo 15 de la Constitución Nacional y demás normas del Derecho internacional del trabajo incorporadas no admiten discriminación por nacionalidad.[25]

Las disposiciones originales de la Ley de Contrato de Trabajo fueron modificadas por la regla estatal 21.297 (B.O. 29/4/1976), sancionada por el gobierno militar, la que truncó dos de los temas que ella regulaba.

Su alcance ha quedado sumamente restricto, pues ahora prevé solamente el caso de un contrato celebrado o no en nuestro país, pero que se ejecuta aquí. Deja de lado los casos de un contrato de trabajo celebrado en el país, pero ejecutado en el extranjero, y también la aplicación de la *lex favoritatis*.

### 3.4. La cuestión en la LCT hoy

**a)** Dice el artículo 3° de la Ley de Contrato de Trabajo: "*Ley aplicable. Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él; en cuanto se ejecute en su territorio*".

El principio de la territorialidad allí recibido, sin que pueda aplicarse el Derecho extranjero, coincide con el artículo 2600 y concordantes del Código Civil y Comercial: "Se aplica la ley argentina

24 Rodriguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, p. 344.

25 Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, p. 344 con cita de López, Justo, *op. cit.*

cuando el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él pero se ejecuta en su territorio".

Esa regulación alcanza a todos los habitantes sin distinción de nacionalidad, como lo expresa el artículo 16 de la Constitución Nacional.[26]

La doctrina señala que han quedado sin resolver varias hipótesis que pueden generar conflictos puntuales, como son: "cuando el contrato fue celebrado para ejecutarse o ha sido ejecutado en el extranjero; cuando fue celebrado en el extranjero para ejecutarse en nuestro país pero luego se ejecuta en el extranjero; cuando fue celebrado en nuestro país o en extranjero para ejecutarse o que se haya ejecutado en varios países, uno de los cuales es la Argentina sin importar si este fuera el lugar principal y hubiese o no lugar principal de ejecución; cuando deba ejecutarse en un buque de navegación internacional; cuando el contrato carece de lugar de celebración y/o ejecución".[27]

Agrega la doctrina que, en caso de contratación de trabajadores en el exterior para desempeñarse en Argentina, "si se hubiera pactado la aplicación del derecho extranjero este solo procederá si esas normas son más favorables y bajo la condición de que quien las invoque produzca la prueba pertinente".[28]

Mucho se ha discutido en cuanto el alcance del término "validez", en el artículo 3° de la LCT, y se han generado dispares interpretaciones doctrinarias. Para Justo López, comprende a los requisitos intrínsecos de validez (objeto, causa, ausencia de vicios sustanciales de consentimiento, etc.), pero también la forma del contrato y capacidad de las partes.[29]

---

26 Rodríguez Mancini, Jorge, comentario al art. 3° en AA.VV., *Ley de contrato de trabajo comentada, anotada y concordada*, Rodríguez Mancini (*dir*), Barilaro (*coord*), 2ª edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Thomson Reuters-La Ley, 2014, T.I, pp. 338 y ss.

27 Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.,* p. 339.

28 *Ibidem,* p. 342.

29 López, Justo, *op. cit.*

Fernández Madrid comparte la concepción amplia del término, diciendo que la capacidad de las partes está regida en el artículo 3° de la Ley de Contrato de Trabajo.[30]

Pero de otro costado, Fermé afirma que "el derecho internacional privado acepta el método analítico- analógico, en virtud del cual se distingue, dentro del concepto de validez, lo relativo a la validez intrínseca, de la extrínseca(forma) y de lo atinente a la capacidad de las partes". Por ello considera que el artículo 3° de la Ley de Contrato de Trabajo se refiere "sólo a la primera y que no ha innovado respecto de la materia de capacidad y de forma".[31] Ese mismo criterio parece ser compartido por Krotoschin y Zuretti.[32]

**b)** Cuando se trata de casos de *trabajadores transferidos desde el exterior a la Argentina*, según el artículo 3° de la Ley de Contrato de Trabajo y artículo 2652 del Código Civil y Comercial, corresponde la *aplicación de la ley argentina*, "salvo que se hubiera pactado la aplicación de una ley extranjera y la misma fuera más favorable al trabajador conforme el criterio que resulta del artículo 9° Ley de Contrato de Trabajo. A todos los efectos legales, la antigüedad del trabajador será la que le corresponda con todo el tiempo de trabajo cumplido a las órdenes del mismo grupo empresario, aun cuando se trate de servicios prestados a diferentes entidades jurídicas".[33]

"La competencia territorial para resolver los conflictos será de los tribunales argentinos, sin perjuicio de la opción del trabajador de demandar por ante los tribunales extranjeros que sean com-

30 Guisado, Héctor César, *op. cit.*

31 *Idem.*

32 Guisado, Héctor César, *op. cit.*

33 Ferrante, Gustavo, *op. cit.,* p. 754, con cita de la CNTrab., sala I,13/9/2002, "Corning, Rodrigo c/United Press International",*TySS*,2003-510.Se aplicó allí la legislación argentina porque al momento del despido el actor estaba cumpliendo funciones en Argentina, art. 3° LCT y art.1209 del CC anterior [ahora art.2652 del CCCom.], "en tanto la demandada no acreditó que la legislación correspondiente a los EE.UU. fuera más favorable al trabajador, ni que las partes hubieran pactado la aplicación de la legislación mencionada."

petentes en virtud de las demás circunstancias relevantes de su contratación (arg. art. 2650 del CCCom.)".[34]

**c)** La *capacidad de las personas físicas, sea de hecho o de derecho,* se rige por la *ley domiciliaria*, como lo expresan los arts.1° de los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940,[35] y ahora lo hace el artículo 2616 del Código Civil y Comercial.[36] La capacidad para trabajar, entendida como aptitud psicofísica, como por ejemplo el trabajo de mujeres y menores, se rige por la ley del país donde haya de realizarse la prestación, pues se trata de Derecho administrativo del trabajo.[37]

**d)** En cuanto a la *capacidad y existencia de las personas jurídicas* (una de las formas que puede asumir el empleador), atendiendo a los Tratados de Montevideo, *se rige por las leyes del país en que han sido reconocidas como tales* (art. 4° del Tratado de Derecho Civil, de 1889 y por la del país del domicilio, art. 4° del Tratado de 1940).

Si se trata de *sociedades comerciales,* se debe tener en cuenta la ley del domicilio comercial (art. 5° del Tratado de Derecho Comercial de 1889 y art. 8° del de Derecho Comercial Terrestre de 1940), que es el lugar donde tienen el asiento principal de sus negocios (art. 3° del último tratado).

Las sucursales "se consideran *domiciliadas en el país donde funcionan*", según el artículo 6° del Tratado de Derecho Comercial de 1889 y artículo 3° del de Derecho Comercial Terrestre de 1940.

La Ley General de Sociedades 19.550, que con modificaciones aún rige, prevé que las personas jurídicas privadas que se consti-

34 FERRANTE, Gustavo, *op. cit.,* p. 754.

35 *Ibidem*, p. 857.

36 GUISADO, Héctor César, *op. cit.*

37 FERMÉ, Eduardo L., *op. cit.,* p. 859, con cita de Deveali, Mario L., *La relación de trabajo en el derecho internacional privado*, *DT,* 1952-65, especialmente p. 79.

tuyan en el extranjero se rigen por lo dispuesto por la ley general de sociedades (art. 150).

Esta ley dispone que la sociedad constituida en el extranjero se rige, en cuanto a su existencia y forma, por las leyes del lugar de su constitución; pero "si aquélla tiene su sede en la República o su principal objeto está destinado a cumplirse en la misma, será considerada como sociedad local a los efectos del cumplimiento de las formalidades de constitución o de su reforma y contralor de su funcionamiento (arts. 118,119 y 124 de la ley 19.550)".

Si los mencionados tratados no son aplicables, el artículo 2616 del Código Civil y Comercial determina la aplicación de la ley domiciliaria a la capacidad de hecho y de derecho de las personas jurídicas (arts. 152 del CCCom.).

**e)** En lo que hace a *la forma del contrato,* esta se rige en principio por el criterio de *locus regis actum.* Esto es la *ley del lugar de su celebración* (art. 2649, primer párrafo del CCCom.). Así lo establecen los Tratados de Montevideo:[38] "Pero si el Derecho aplicable al fondo de la relación jurídica exige determinada calidad formal, la equivalencia entre la forma exigida y la realizada deberá determinarse conforme ese derecho (conf. párrafo segundo del citado art. 2649)".[39]

**f)** En el caso de *contratos entre ausentes*, en que los contratantes se encuentran en distintos países al momento de la celebración, el Código Civil y Comercial artículo 2469, párrafo tercero, adopta la solución del artículo 42 del Tratado de Montevideo de Derecho Civil de 1940. En ese supuesto "*la validez formal del acto se rige por el Derecho del país desde el cual partió la oferta aceptada* y agrega que, 'en su defecto' se aplicará el que rige el fondo de la relación jurídica."[40]

38 *Ibidem*, p.860/861.

39 Guisado, Héctor Cesar, *op. cit.*

40 *Idem.*

Mas, otra doctrina estima que si bien un contrato tiene lugar determinado de cumplimiento, pero sin lugar determinado de celebración, se debe someter a l*a ley del lugar de ejecución,* (art. 2652 del CCCom.). En el caso de contratos sin lugar determinado de celebración y sin lugar determinado de cumplimiento, se rigen por *el Derecho de su domicilio* (art. 2652 del CCCom.).

**g)** Respecto a la *validez intrínseca del contrato* (objeto, causa, ausencia de vicios de la voluntad, etc.) y a los *derechos y obligaciones de las partes,* establece el artículo 3º de la Ley de Contrato de Trabajo que dichos aspectos serán regidos por esa ley, "en cuanto el contrato se ejecute en su territorio".[41]

**h)** *Si el contrato de trabajo fue celebrado en el país para ser cumplido en el extranjero,* no hay solución explícita en la ley laboral, por cuanto la reforma de 1976 suprimió el párrafo segundo del artículo 3º de la Ley de Contrato de Trabajo. Este remitía en principio a las *leyes del país en que se cumpla*.

Empero la solución ahora debe ser la misma, pero por aplicación analógica del primer párrafo del artículo 3º Ley de Contrato de Trabajo (como lo permite el art. 11 de la LCT o por aplicación supletoria del art. 2652 del CCCom.) el que remite en defecto de elección por partes del Derecho aplicable a "las leyes y usos del país del lugar de cumplimiento",[42] aun cuando la jurisdicción de los tribunales argentinos proceda si se ha pactado.[43]

---

41 GUISADO, Héctor César, *op. cit.,* con cita de CNTrab., sala V. 8/8/2012, "Ellmann Andrés Julián c/ Dow Química Argentina SA s/despido", caso en que el contrato fue suscripto en la casa matriz de la demandada en USA pero el trabajador prestó servicios en la República Argentina.

42 GUISADO, Héctor César, *op. cit.,* con citas de numerosa jurisprudencia, en especial de la CSJN, 13/9/2011, "Willard, Michel c/ Banco de la Nación Argentina s/Despido", LL 2011-F-283, DT 2011-3244.
Ver Ferrante, *op. cit.*, p. 745 y ss., con cita de varios fallos de la CNTrab.
La CNTrab., sala V, 17/2/1993, "Tomassini, Eduardo c/Itzucko Scientific SA" afirmó ese criterio aun cuando las partes hayan acordado que el tribunal que dirimiría la controversia sea argentino, citada por Rodríguez Mancini, Jorge, *op.cit.,* p. 359.

43 RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *op. cit.,* p. 342, indicando que en el caso "Willard" se demostró que el actor solo se desempeñó en la sucursal del Banco de la Nación en Nueva York.

**i)** En caso de contratos de *lugar múltiple de ejecución,* calificados autores opinan que debería aplicarse la ley del país en que principalmente se hayan ejecutado las prestaciones, "es decir, el principal lugar de ejecución del contrato".[44] López dice que por aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte del principal, debe aplicarse la ley del principal lugar de ejecución.[45]

Afirma además que, *si no hubiera lugar principal de ejecución, se debería preferir la ley más favorable al trabajador entre las de los distintos lugares de ejecución por aplicación del principio de la duda a favor del trabajador*, propio del Derecho del trabajo (art. 9° LCT segundo párrafo).[46]

Cuando existe *prestación simultánea de servicios para empresas de un mismo grupo económico, cuando uno de los lugares de ejecución es Argentina*, reiterada jurisprudencia se ha expedido al respecto. Dado que el empleador es el mismo, existe un solo contrato, por lo tanto, *puede invocarse la aplicación de la ley argentina, sin perjuicio de que se convenga la aplicación de la ley extranjera, si ésta es más favorable.*[47]

Se ha dicho que "sólo existe un contrato de trabajo y que el empleado, sin perjuicio de la solidaridad entre las distintas empresas, sólo tiene derecho a las remuneraciones e indemnizaciones que le correspondieron en virtud de la relación laboral con la empresa que lo registraba como empleado".[48]

Es posible que el trabajador tenga que estar legalmente registrado como tal en dos o más países por el respeto al principio

44 GUISADO, Héctor César, *op. cit.,* con citas de López, Fernández Madrid y Etala en la doctrina nacional y de Alonso Olea y Casas Baamonde en la doctrina española.

45 LÓPEZ, Justo, *op. cit.,* p. 62.

46 *Idem.*

47 RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *op. cit.,* p. 343, invocando la doctrina del caso "Willard".

48 FERRANTE, Gustavo, *op. cit.,* p. 754 con cita de la CNTrab., sala II, "Ferrero Jorge c/Sur Compañía de Seguros S.A.", *TySS*,1993-624 y sala V,20/102005, "Tronconi, Mario c/Consolidar Comercializadora S.A.", LL-2006-A,726, sala IV,31/5/2007,"De Bouef, Sandra c/HBSC Bank Argentina S.A.", La Ley *on line*.

de la realidad y para cumplir con la legislación de cada uno de los países en que presta servicios. Sin embargo, jurisprudencialmente se entiende que existe un solo contrato de trabajo con el grupo empresario y se ha aplicado el Derecho argentino por ser más beneficioso.[49]

Se expide la doctrina porque "si las partes nada pactaron sobre el derecho aplicable (arts. 3º y 9º, LCT y art. 2652 CCCom.), continuará siendo de aplicación el derecho del país que resulte más beneficioso para el trabajador conforme el principio de conglobamiento por instituciones, con las dificultades que ello implica por tratarse de países con sistemas jurídicos que pueden llegar a ser muy disímiles." Podría haber un acuerdo para la aplicación del Derecho de cualquier otro de los países en que se ejecute el contrato; pero quizás ello sería válido en la medida en que el Derecho extranjero fuera más beneficioso frente a lo dispuesto por el artículo 3º de la Ley de Contrato de Trabajo, que manda a aplicar el Derecho argentino a los contratos cuando se ejecuten en nuestro territorio.[50]

**j)** En el caso de *trabajadores de múltiple desplazamiento*, por cuanto no existe un lugar fijo de cumplimiento, pero existe un lugar determinado de celebración, como sucede con los *empleados de transporte internacional*, antes "se ha propiciado la aplicación de *la ley del lugar de celebración de contrato* con sustento en el art. 1205 del CC".[51]

En la actualidad es posible llegar a la misma conclusión, con apoyo en el segundo párrafo *in fine* del artículo 2652 del Código Civil y Comercial que expresa que "*en caso no poder determinarse el lugar de cumplimiento, el contrato se rige por las leyes y usos del país del lugar de celebración.*"

49 FERRANTE, Gustavo, *op. cit.,* p. 755 con cita de CNTrab., sala VII,23/9/2008, "Cernadas de Bohtlingk, María Rocío c/Homero S.A. s/despido", el Dial-AA4C8E. Era un caso en que se constató simultaneidad de prestaciones en Argentina y en Estados Unidos.

50 FERRANTE, Gustavo, *op. cit.,* p. 756.

51 GUISADO, Héctor César, *op. cit.;* Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.,* p. 340.

La misma solución se propicia para el caso de trabajadores que por su especialización resultan itinerantes y vienen a la Argentina por periodos breves, con motivo de situaciones extraordinarias, *por servicios considerados eventuales. A ellos no se los sujeta a la legislación argentina.*[52]

Se apoya esa solución en el artículo 2652, pero además en el artículo 2653 del mismo Código Civil y Comercial que "faculta al juez a aplicar el derecho del país con el cual la relación jurídica presenta los vínculos más estrechos, el cual será en esos casos aquel país en el cual el trabajador tiene establecido su domicilio."[53]

La jurisprudencia ha resuelto que si el lugar de contratación y el lugar habitual de prestación de servicios era Argentina, "corresponde aplicar el derecho de nuestro país a un accidente ocurrido en el exterior como consecuencia de un traslado meramente ocasional."[54]

**k)** Cuando, *de acuerdo a la naturaleza de la actividad, "el contrato se cumple sucesivamente en países diferentes aunque con cierta permanencia en el lugar* (por ej. personal de un circo ambulante o, en general, los trabajadores de espectáculos que habitualmente realizan giras por el mundo)", calificada doctrina propicia que esos contratos se rigen "por las leyes del lugar de su celebración en principio, salvo situaciones que motivarían la aplicación de la ley del lugar de la ejecución(ocasional)".[55]

**l)** Un caso parecido al anterior es el de *las empresas multinacionales que envían por algún tiempo a trabajadores calificados al*

52 Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.,* p. 343.

53 Ferrante, Gustavo, *op. cit.,* p. 756.

54 *Ibidem,* p.756 con cita de la CNTrab., sala VI, "Arellano de Pedretti, Tráncita c/Techint Compañía Técnica Internacional S.A.", *TySS*, 1992-15.

55 Guisado, Héctor César, *op. cit.,* con citas de Krotoschin quien cita el fallo de la CPaz de la Capital Federal, sala 1ª,31/5/1938, "Traby, Karl y otros c/Sarrasani Hans Storch", donde se aplicó la ley argentina 11.729 para indemnizar a empleados de un circo contratados en Brasil y en Uruguay y despedidos durante su actuación en nuestro país.

*exterior*, "que mantienen fuertes vínculos con la casa matriz, de la cual reciben a menudo instrucciones relativas a su trabajo."[56]

Preconiza la doctrina que "el elemento central del contrato no sea la prestación del trabajo en un país determinado sino el del domicilio de la empresa de quien el trabajador depende en la realidad, o mejor aún el de ambas partes si estas están domiciliadas en un mismo país."[57]

En esos casos *"se aplicará la ley domiciliaria que generalmente coincide con la de la celebración del contrato."*[58]

Mas, "cuando la relación de esos trabajadores de empresas multinacionales tiene 'vocación de permanencia' en un país, o se han prestado servicios en un mismo lugar durante un periodo relativamente largo, podría decirse que el vínculo se 'sedentariza'; al punto que el país en cuestión constituiría el principal punto de contacto entre la empresa y el trabajador (aunque ambos fueran de nacionalidad extranjera); en tal caso los efectos de los contratos quedarán regidos por la ley de ese país."[59]

Resulta dificultoso establecer los criterios doctrinarios aplicables en los contratos de ejecución internacional.

Un ejemplo de ellos es el caso fallado por la Cámara Nacional del Apelaciones del Trabajo, 21/02/1983, "Adano, Juan Oscar c/ Dresses Atlas Argentina S.A., Minera Petrolera, Industrial y Comercial SAMPIC".[60] Fue un caso de transferencia de un *trabajador desde Argentina hacia el exterior.* Esas situaciones tienen diversas manifestaciones, porque, en algunos casos, el trabajador extingue su relación laboral en Argentina por renuncia o mutuo

56 *Idem.*

57 *Idem.*

58 *Idem.*

59 *Idem.*

60 *TySS*, 1983-746.

acuerdo y celebra un nuevo contrato con su nuevo empleador; otras veces sigue en la nómina del personal en Argentina por una remuneración que le permita mantener antigüedad a los fines jubilatorios y en otros el empleado se desvincula de la empresa en Argentina y se afilia al sistema jubilatorio como trabajador autónomo. Se está ante la modificación de uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo, por lo que, conforme el artículo 66 de la LCT, es menester la conformidad del trabajador; constituye una novación contractual.[61]

En ese caso jurisprudencial un trabajador había prestado servicios durante diez años en Argentina para una filial de una empresa multinacional y luego lo hizo sucesivamente en otras filiales, desempeñándose durante periodos menores en Venezuela, Argelia, Túnez, Noruega y finalmente de nuevo en Túnez, donde fue despedido. Uno de los Vocales, el Dr. Santa María, consideró que *debía aplicarse el Derecho argentino* por ser el lugar de celebración y principal lugar de ejecución, basado en los artículos 1209 y 1210 del Código Civil por entonces vigente.

En cambio, los otros dos, Dres. Guibourg y Vázquez Vialard, entendieron que *el Derecho aplicable a la disolución del contrato debería ser el del último país donde se había desempeñado el trabajador* (el derecho de Túnez).

Pero en algo discreparon estos últimos. Guibourg dijo que el actor no había invocado la aplicación de ese régimen, por lo que no podía investigarse el Derecho extranjero y terminó apoyando la solución propiciada por Santa María. Vázquez Vialard, por su parte, opinó que debía averiguarse lo que establecía el Derecho tunecino acerca del despido.

El tema fundamental de dicho pronunciamiento, para que resulte como finalmente se resolvió, se falló de acuerdo al artículo 13 del Código Civil anterior. La situación ahora ha variado notablemente.

61 Ferrante, Gustavo, *op. cit.,* p. 751.

En efecto, el Código Civil y Comercial introdujo una norma que ha de modificar sustancialmente la jurisprudencia prevaleciente en los tribunales del trabajo.[62]

Se trata del nuevo artículo 2595 del Código Civil y Comercial en sus diversos incisos. Primeramente, sin perjuicio del derecho de las partes de acreditar el Derecho extranjero que resulte aplicable, *corresponde que el juez nacional establezca el contenido del mismo y está además obligado a aplicarlo como lo hubieran hecho los jueces del Estado al que corresponda*. Mas, cuando el Derecho extranjero no pueda ser determinado por el juez ni probado por las partes, corresponderá la aplicación del Derecho argentino. Esto debería ser poco frecuente, porque el juez dispone de varias posibilidades para conocer contenido, vigencia y alcance del Derecho extranjero, como son los medios electrónicos, o puede requerir informes a Consulados o Embajadas o agregarse documentalmente las normas de que se trate.[63]

En realidad, el juez no establece el contenido del Derecho extranjero. Este ha sido establecido por el legislador extranjero. *El juez nacional* "constata, verifica, aplica el ordenamiento jurídico extranjero siempre que su propia norma indirecta así lo señale."[64]

---

62 Ferrante, Gustavo, *op. cit.,* p. 746.

63 Scotti, Luciana B., "Territorialidad y extraterritorialidad de las leyes en el Código Civil y Comercial", en AA.VV., *En debate, Código Civil y Comercial*, Alegría, Héctor, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, Tomo I, 2017, p. 171.

64 *Ibidem,* p.159. Ella menciona que para informar sobre la existencia del derecho extranjero la Convención Interamericana sobre Pruebas e Información acerca del Derecho Extranjero (CIDIP II, en vigor en la República Argentina desde 1987), prevé los siguientes medios como son la prueba documental consistente en copias certificadas de textos legales con indicación de su vigencia o precedentes judiciales, la prueba de peritaje consistente en dictámenes de abogados o expertos en la materia o los informes del Estado requerido sobre el texto, vigencia, sentido y alcance legal de su derecho sobre determinados aspectos. También cita al Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa entre los Estados parte del Mercosur, Decisión CMC 05/92, Capítulo VII, "Información del Derecho Extranjero", el que dispone: "Las autoridades de los Estados parte se suministrarán, en concepto de cooperación judicial, y siempre que no se opongan a las disposiciones de su orden público, informes en materia civil, comercial, laboral, administrativa y de derecho internacional privado, sin gasto alguno" (art. 28).

En el inc. b) de esa norma, se prevé el caso de la covigencia o aplicación sucesiva de normas legales en distintas jurisdicciones dentro de un mismo país, lo que ocurre en el caso de países con organización federal, en el cual coexisten distintas legislaciones correspondientes a cada uno de los Estados que lo integran. "En tal caso corresponderá resolver la cuestión conforme las normas de conflicto del mismo país y, si no las hubiera, conforme al régimen jurídico que presente relación más estrecha con la situación jurídica correspondiente".[65]

Además, en el inc. c) de ese artículo se prevé "la posibilidad de que resulten de aplicación diversos derechos a diferentes aspectos de una misma situación jurídica, en cuyo caso corresponde al juez armonizar los mismos de manera de respetar la finalidad perseguida por cada uno de ellos".[66]

De acuerdo al artículo 2651 del Código Civil y Comercial, actualmente vigente, *las partes pueden elegir el Derecho aplicable* "norma que no se contrapone con disposición de orden público laboral, ya que la Ley de Contrato de Trabajo solo regula lo relativo a los contratos de trabajo en cuanto se ejecutan en el territorio nacional…las partes tendrán el derecho a convenir que la relación siga siendo regulada por la legislación argentina y convenir también la aplicación del derecho del nuevo lugar de ejecución del contrato".[67]

Por cierto, que corresponderá la aplicación del Derecho elegido por las partes en la medida que la elección haya sido efectuada de "buena fe, que no exista intención fraudulenta alguna, que la ley elegida tenga una relación razonable con la relación entre las mismas y que sus disposiciones no resulten violatorias de garantías reconocidas por nuestra Constitución Nacional".[68]

---

65 Ferrante, Gustavo, *op. cit.*, p. 747.

66 *Idem*.

67 *Ibidem*, p. 752, con cita de Bronstein y de Boggiano.

68 *Ibidem*, p. 753 con cita de CNTrab., sala II, "García Urbon, Ceferino Segundo c/Empresa Marítima Ivaráns Rederi y otro", *JA*, 28-1975-104, en donde se rechazó la defensa de la deman-

Existe un pronunciamiento del más alto tribunal federal, que se entiende como un *obiter dictum,* donde dijo que "*la relación laboral de carácter itinerante* (modalidad esta que definió como 'la prestación de la capacidad de trabajo en sucesivos lugares geográficos y sujeta a leyes distintas'), está caracterizada por una unidad de ejecución, por lo que no corresponde segmentar la relación laboral en virtud del traslado del trabajador de un destino a otro". Insistió el tribunal cimero que "en ese hipotético supuesto, se impondría la aplicación de la ley del lugar tanto en el que principalmente se han ejecutado las prestaciones como en el que se producen los hechos que pueden considerarse relevantes al efecto".[69]

**m)** En lo que hace al *contrato de la gente de mar (contrato de ajuste)*, que debe cumplirse regular o principalmente fuera de aguas jurisdiccionales, "de acuerdo a una regla vieja consuetudinaria del Derecho Marítimo, *el contrato de ajuste se rige ley de abanderamiento o del pabellón*", como lo refiere el Tratado de Montevideo de Derecho de la Navegación Comercial Internacional de 1940.[70]

Esta solución "contempla las exigencias de la navegación y la necesidad de un trato común a la tripulación que puede ser contratada en distintos puertos".[71]

La Ley de Navegación 20.094 expresa que el contrato del personal embarcado se rige por la *ley de la nacionalidad del buque,*

---

dada fundada en que la ley extranjera aplicable al contrato discriminaba contra los trabajadores extranjeros ya que no les reconocía a los mismos iguales derechos que los que les reconocía a su nacionales.

Los límites a la autonomía de la voluntad en la determinación del derecho aplicable son el fraude a la ley como límite a la elección del derecho aplicable, la razonabilidad en la elección del derecho aplicable y el orden público como obstáculo a la autonomía de la voluntad, los que son desarrollados por Fermé, Eduardo L., *op. cit.,* pp. 867 y ss., al que cabe remitirse.

69 GUISADO, Héctor César, *op. cit.*, comentado el caso "Willard" precitado.

70 *Idem*.

71 LÓPEZ, Justo, *op. cit.,* p. 62/63.

que es la del Estado que otorga el uso de la bandera (arts. 597, 601 y 610).

Se ha considerado que, en razón de su especificidad, esta regla desplaza al artículo 3° de la LCT, como lo expresó la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala X, 11/9/2008, "Cantero, Carlos Ramón y otros c/Esso Petrolera Argentina SRL".[72]

Antigua jurisprudencia entendió que si se contrató un trabajador en Buenos Aires para un *viaje redondo* en barco, se debe aplicar el Derecho argentino.[73] Pero si no se concertó un viaje redondo "la regla es la aplicación de la ley cuyo pabellón ostenta el buque ya que el barco es el lugar de ejecución del contrato".[74]

*La regla indicada no se aplica a las plataformas móviles,* según lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación el 9/4/2008, *in re* "Federación Argentina Sindical de Petróleo y Gas Privados y otro c/Total Austral Sociedad Anónima y otro".[75]

Dijo el tribunal cimero que el contrato de trabajo de trabajadores de una plataforma móvil no es un contrato de ajuste *y debía aplicarse una convención colectiva local, en la medida en que el trabajo se hacía en jurisdicción nacional.*[76]

**n)** Respecto a los trabajadores de la *navegación aérea*, el Código Aeronáutico argentino nada prevé como norma de colisión específica; pero la doctrina entiende que "el contrato de trabajo de las aeronaves que realizan vuelos internacionales se rige por *la ley de la matrícula del avión*".[77]

---

72 Guisado, Héctor César, *op. cit.*

73 Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, p. 341 con cita de CNTrab., sala II, 17/3/1955,"Kalafatakis, Cristo c/Coumantarios, Juan", DT,XV-354. Ver mayores datos jurisprudenciales en Fermé, Eduardo L., *op. cit.,* p. 913/914.

74 *Idem.*

75 Fallos: 325:586.

76 Guisado, Héctor César, *op. cit.*

77 Fermé, Eduardo L., *op. cit.*, p. 914, remite al art. 43 del Tratado de Navegación Comercial Internacional y al comentario de Boggiano, Antonio, Derecho Internacional Privado, p. 641/643.

Un viejo fallo entendió que se aplicaba la ley argentina en el caso de un empleado contratado por *Air France,* con sede en Francia, que fue despedido en Buenos Aires, después de haber prestado servicios en las sucursales de Brasil y Argentina.[78]

**ñ)** Otro caso particular es el de las *obras binacionales*.

Los casos más comunes son los de materia de comunicaciones y de aprovechamiento de fuentes energéticas, que suelen originar entes con personalidad jurídica internacional. "A fin de regular las relaciones de esos entes (o sus contratistas) con los trabajadores, puede emplearse dos criterios: el de fijar alguna norma de colisión y el de establecer un estatuto laboral propio (solución material), aunque a menudo combinan".[79]

Ejemplo de ello, es la obra de Salto Grande entre Argentina y Uruguay. Se convino- y se incluyó en el pliego de la licitación- que el personal contratado para realizar tareas exclusivamente en uno de los dos países se regiría por la ley del lugar de ejecución; mas, en el caso de los contratados para trabajar en el lecho del río o indistintamente en una u otra margen, se regiría por la ley de celebración del contrato.[80]

Otro ejemplo, es lo convenido por Argentina y Paraguay para la obra de Yaciretá. Acordaron un protocolo de normas laborales con normas propias sobre temas como jornadas, descansos, remuneración, etc. Pero además se remite a la ley del lugar de celebración del contrato, respecto de otras cuestiones como capacidad, consentimiento, prueba del contrato, etc.[81]

78 RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *op. cit.*, p. 341, con cita de Juzgado de Primera Instancia del 10 de setiembre de 1949.

79 GUISADO, Héctor César, *op. cit.*

80 Fallos: 305-2150; CNTrab., sala IV, 31/7/1980," Cabrera, Washington J.E. c/ Comisión Técnica Mixta de Salto Grande", ED, 1991, 194 con nota de Bidart Campos, Germán. Ver comentario de Fermé, Eduardo L., *op. cit.*, p.915.

81 GUISADO, Héctor César, *op. cit.*

En los tratados sobre obras binacionales ratificados por Argentina, prevalece lo convenido sobre la norma de colisión del artículo 3° de la Ley de Contrato de Trabajo.[82]

Esa solución ahora se funda en los artículos 31 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

**o)** Como se anticipó, la reforma del gobierno militar en 1976 a la Ley de Contrato de Trabajo suprimió dos aspectos del artículo 3°, entre ellos la aplicación del *favor operarii.*

Actualmente, según como ha quedado el artículo 3° de la Ley de Contrato de Trabajo, "el Derecho del lugar de ejecución no es desplazable, en principio, por el régimen más favorable". Así lo entiende alguna doctrina y jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.[83]

A pesar de ello, la calificada doctrina nacional- como ya se anticipó- considera que "las partes de un contrato de trabajo a ejecutarse en el país pueden pactar la aplicación de la ley extranjera (o de alguna parte de ella) si esta resulta más beneficiosa para el trabajador".[84] Pero esto será consecuencia de la aplicación del artículo 7° de la Ley de Contrato de Trabajo.

En el mismo sentido, otra postura considera que "el juez laboral deberá tener en cuenta el principio protectorio que lo fundamenta y, en especial, la norma del artículo 9° de la Ley de Contrato de Trabajo, en cuanto manda aplicar en cualquier caso la interpretación más favorable a los intereses del trabajador".[85]

---

82 Así lo entendió la CNTrab., sala VI, 10/11/93, "Gómez María A. c/ Entidad Binacional Yaciretá", *TySS* 1994-183.

83 GUISADO, Héctor César, *op. cit.* con cita de la CNTrab., sala X, 26/6/1998, "Díaz Jorge c/ Altamiranda, Nelson y Asociados S.A. s/Ley 22.250", *TySS* 1998-1331.

84 GUISADO, Héctor César, *op. cit.*, con cita de Fernández Madrid, Fermé y López.

85 FERRANTE, Gustavo, *op. cit.*, p. 747. Este autor cita el caso fallado por la CNTrab., sala VI, 25/3/1996, "Antoñanzas, Eduardo L. c/ Duperial S.A.", *DT* 1997-A,74 donde, a pesar de que las partes habían pactado la jurisdicción de los tribunales argentinos y la compensación le era pagada a la hermana del actor en Buenos Aires, se dispuso que no corresponde confundir

**p)** En cuanto *al Derecho administrativo*, que es Derecho público, rige en él *el principio de la territorialidad*, por lo que no puede aplicarse el Derecho extranjero.

"El llamado Derecho Administrativo Laboral (que incluye, entre otros aspectos, la inspección laboral), es *de aplicación estricta en el territorio nacional a todas las personas*".[86]

**q)** Para el caso de los conflictos colectivos y las asociaciones gremiales en el Derecho argentino no existe norma de colisión.

**r)** En caso de accidentes de trabajo, la doctrina opina que deben regularse por *la ley del lugar normal de trabajo*, aunque el accidente se hubiera producido en otro lugar, apoyándose en "irradiaciones de una empresa", como lo expresan jurisprudencia y doctrina alemanas.[87]

**s)** En el supuesto de que *el contrato de trabajo se cumple en distintos lugares donde rigen distintos convenios colectivos*, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires ha resuelto que se debe *aplicar el convenio vigente en el lugar de contratación,* no pudiéndose invocar el correspondiente al domicilio del contratante.[88]

**t)** En el caso del *teletrabajo,* se propicia que se aplique *la ley del lugar donde la prestación se realiza* de acuerdo al artículo 3º de la Ley de Contrato de Trabajo, sin que importe el lugar desde donde se impartan las directivas o en de la jurisdicción pactada, como se resolvió en el caso "Antoñanzas, Eduardo c/Duperial S.A." Pero otra posición considera relevante el *lugar de aprovechamiento del servicio*; esto es, en el caso el receptor de la información, comunicación, investigación, etcétera.[89]

---

jurisdicción con la ley aplicable y, que si el contrato se ejecutó íntegramente en Brasil, era de aplicación el derecho de dicho país. Indicó que ese pronunciamiento es similar al del caso "Tomassini,Ernesto c/Itzucko Scientific S.A."

86 Guisado, Héctor César, *op. cit.*, con cita de Krotoschin.

87 Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, p. 341.

88 *Idem*, con cita de *DT*, 1951-95.

89 *Ibidem*, p. 347 con cita de CNTrab., sala VI, *DT*, 1997-A,73.

### 3.5. Distinción entre ley aplicable y jurisdicción competente

Es menester atender a esa distinción. El artículo 2651 del Código Civil y Comercial en su inc. g) dispone que "*la elección de un determinado foro nacional no supone la elección del derecho interno aplicable en ese país*".[90]

Según "las normas del Tratado de Montevideo, la demanda, a elección del actor, debe radicarse ante los *jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico que es materia del juicio* (normalmente por lo que se ha dicho será el del lugar de ejecución de la prestación) o ante los *jueces del domicilio del demandado*, solución que concuerda con las normas procesales de la Nación y de las Provincias".[91]

Explica Fermé que, en el primer caso, se trata del "criterio denominado en doctrina 'teoría del paralelismo' según el cual cuando la ley de un país es aplicable, los jueces de él tienen jurisdicción, cuanto menos concurrente, en el plano internacional para aplicarla".[92]

La competencia, en razón del territorio de los tribunales del trabajo, tanto los federales y los de la justicia nacional de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en este caso al menos por ahora), se rige por la ley 18.345 y los de cada provincia argentina regida por sus respectivos códigos o leyes de procedimiento laboral provinciales, se atribuye - entre otros casos- cuando el contrato se hubiera celebrado en sus respectivas jurisdicciones.[93] Así sucede en Córdoba con el artículo 9° de la ley 7987.[94]

---

90 Ferrante, Gustavo, *op. cit.*, p. 747.

91 Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, p. 349, con cita de las disposiciones de los diversos Tratados de Montevideo aplicables.

92 Fermé, Eduardo L., *op. cit.*, p. 908.

93 Ferrante, Gustavo, *op. cit.*, p. 748.

94 Seco, Ricardo Francisco, comentario al art. 9° en AA.VV., *Ley procesal del trabajo N° 7987*, Advocatus, Córdoba, T. I, 2008, p. 153.

Esto resulta aplicable a los contratos de trabajo celebrados en nuestro país para ser ejecutados en el exterior. Podrán ser resueltos los conflictos individuales por los tribunales argentinos aplicando la legislación extranjera que resulte aplicable. Pero si ella no pudiera ser determinada o probada, deberán hacerlo de acuerdo con la legislación argentina.[95]

La jurisprudencia ha establecido que "cuando se trata de un contrato que se ejecuta en nuestro país, aún en forma parcial, *la competencia de los tribunales argentinos es improrrogable".*

Ello ha sido ratificado por el artículo 2605 del Código Civil y Comercial que solo prevé la posibilidad de prorrogar la jurisdicción nacional en materia patrimonial e internacional, "lo cual no aplica a las relaciones laborales que por esencia son de naturaleza personal".[96]

Sin embargo, podría darse una prórroga tácita de jurisdicción si se dan los supuestos del Código Civil y Comercial, artículo 2605, que dice:

> Acuerdo de elección de foro. En materia patrimonial e internacional, las partes están facultadas para prorrogar jurisdicción en jueces o árbitros fuera de la República, excepto que los jueces argentinos tengan jurisdicción exclusiva o que la prórroga estuviese prohibida por ley", aunque "con la salvedad de que en el caso del trabajador la mera falta de contestación de la demanda que le fuera entablada por ante un tribunal extranjero no podría ser invocada en su contra en virtud del principio protectorio y de la improrrogabilidad expresamente dispuesta por las normas procesales aplicables.[97]

95 FERRANTE, Gustavo, *op. cit.*, p. 748.

96 *Ibidem,* p. 750 con cita de la CNTrab., sala IV, 17/9/2008, "Verdaguer, Ricardo Aníbal c/ IMPSAT Fiber Networks Inc. y otros /despido", Lexis Nº 70049856.

97 *Ibidem*, *op. cit.,* p. 750.

### 3.6. Inmunidad de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros y organismos internacionales

**a)** El criterio vigente en Argentina se basa, en primer lugar, en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 22/12/1994, en el caso "Manauta, Juan José y otros c/Embajada de la Federación Rusa s/Daños y perjuicios".[98]

Se trataba de un reclamo de daños y perjuicios derivados del presunto incumplimiento de obligaciones en materia de aportes previsionales, sindicales y asignaciones familiares.

En ese caso la Corte abandonó el criterio de la inmunidad de jurisdicción absoluta o clásica y adoptó el principio de la *inmunidad relativa o restringida*.

Por ello, se debe distinguir entre los actos *iure imperii*, que son los actos de gobierno realizados por el Estado extranjero en su calidad de soberano y los de *iure gestionis*, que no son de los anteriores. Se mantuvo el criterio de la inmunidad acerca de los primeros y se decidió que en el caso de los segundos las causas deben ser juzgadas en el Estado competente para dirimir la controversia. *La inmunidad de jurisdicción no es oponible a una demanda fundada en normas laborales y previsionales*. Entendió el tribunal cimero que una interpretación disímil de la indicada sería injusta porque pondría serio peligro el derecho humano a la jurisdicción, si se obligara al trabajador ocurrir a la jurisdicción del Estado extranjero con la complicaciones y gastos que ello demandaría.

La ley 24.488 (B.O. 28/6//1995) dispuso que los Estados extranjeros "no podrán invocar inmunidad de jurisdicción, entre otros casos, cuando fueren demandados por cuestiones laborales, por nacionales argentinos o residentes en el país, derivadas de contratos celebrados en la República Argentina o en el exterior y que causaren efectos en el territorio nacional".

98 Fallos: 317:1880.

La misma Corte y tribunales inferiores han reiterado esos criterios en otros casos.[99]

**b)** En cambio, se mantiene el antiguo criterio de la *inmunidad de ejecución*.

Así lo resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6/10/1999, en el caso "Blasson, Beatriz Lucrecia Graciela c/Embajada de la República Eslovaca".[100]

El alto cuerpo federal ordenó el levantamiento de un embargo preventivo dispuesto sobre una cuenta bancaria de una embajada porque no se acreditó que dicha cuenta tuviera un destino diferente al invocado por la demandada, esto es solventar gastos ordinarios de la representación. Se entendió que el Estado receptor está obligado a acordar plenas facilidades para el cumplimiento de las funciones de la misión, según el artículo 25 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas. Ese criterio fue reiterado varias veces por la CSJN.[101]

**c)** Respecto de las *organizaciones internacionales*, la CSJN en el caso "Manuba SCA Empresa de Navegación Marítima c/Itaipú s/ Daños y perjuicios", 5/2/1998, expuso que ellas no gozan por su mera existencia del privilegio de la inmunidad de jurisdicción en el territorio de terceros países.[102]

La jurisprudencia del alto tribunal considera que la limitación de juzgamiento compulsivo a esa clase de organizaciones *se basa en la voluntad común de los Estados que las han creado*. Se impone

99 CSJN, 1/9/1998, "Saravia, Gregorio c/Agencia de Cooperación Internacional del Japón-asociación civil sin fines de lucro"; 4/8/2011, "C.E.O. y otro c/Embajada de la Federación Rusa y otros" y la CNTrab. sala VIII,6/6/2002, "Stockmayer, Roberto E. y otros c/Embajada de Portugal", sala II, 10/12/2013,"M., C.I. c/ Embajada de la República de Indonesia s/despido" y sala III, 29/5/2009, "Trigo, Añez María del Rosario c/ Embajada de Bolivia", citados por Guisado, *op. cit.* Ver también Litterio-Guisado, *op. cit.*

100 Fallos: 322:2399,LL 2000-B,540

101 Guisado, Héctor César, *op. cit.* p. 92; Litterio y Guisado, *op. cit.* y fallos por ellos citados.

102 Fallos: 321:48.

examinar la existencia de los "acuerdos de sede", esto es los celebrados por la organización internacional y el Estado en cuyo territorio se asientan u operan. Rigen las normas que se hayan estipulado en los tratados internacionales respectivos.[103]

La Corte consideró que tienen ese privilegio la Organización Panamericana de la Salud, la Comisión Técnica Mixta de Salto Grande, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. Entendió, en cambio, que no gozan de esa prerrogativa la Entidad Binacional Itaipú ni la Comisión Mixta Argentino- Paraguaya del Río Paraná.

Empero, la Corte "sostuvo también que los acuerdos en los que se pacte la inmunidad, como todo tratado, deben adecuarse a los principios de Derecho Público contenidos en la Constitución Nacional y muy especialmente, al derecho a la justiciabilidad de toda controversia (arts. 27 y 18 de la Ley Fundamental)". Por ello no puede pactarse inmunidad de jurisdicción total, que importe una privación de justicia en perjuicio del justiciable. Se exige que el organismo internacional tenga un mecanismo alternativo para la solución de controversias, pues si no es así es inconstitucional el tratado.[104]

### 3.7. Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

En cuanto se refiere a la materia laboral el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, no merece consideraciones particulares.[105]

Los Tratados de Montevideo reglamentan el tema en los Tratados de Derecho Procesal Internacional.

---

103 Rodríguez Mancini, Jorge, *op. cit.*, p. 348 con cita de las respectivas convenciones sobre la Organización de las Naciones Unidas y la O.I.T., a las que cabe remitirse *simpliciter causae*.

104 Causas "Cabrera" y "Duhalde" citadas por Guisado, *op. cit.*

105 Fermé, Eduardo L., *op. cit.*, p. 910.

El tratado de 1889 no hace una clara distinción entre reconocimiento y ejecución, que sí contiene el de 1940. Los requisitos a cumplir, en ambos casos, son: a) "formales (legalización y autenticación, arts. 3º y 4º de los dos tratados); b) procesales (jurisdicción internacional por parte del tribunal que pronunció la sentencia; que hayan pasado en autoridad de cosa juzgada en el Estado donde se pronunciaron; debida citación y representación o declaración de rebeldía de la parte demandada de acuerdo con la ley del país en donde se siguió el juicio (arts. 5º incs. a, b y c, ídem); c) de fondo (que no infrinjan el orden público internacional del país donde se pide su cumplimiento (arts. 5º, inc. d de ambos tratados)".[106]

Las cuestiones laborales no se mencionan en esos tratados porque no existían tribunales especializados en esa época. Estos solo funcionan en Argentina en la Ciudad de Buenos Aires desde el decreto-ley 32.347/44, del 30 de noviembre de 1944 (B.O. 13/1/1945) y luego en las provincias en diverso tiempo.

"Las piezas necesarias para acreditar los extremos señalados se detallan en el art.6º de ambos tratados."[107]

Hay un tratado específico con Italia y para el ámbito federal y de la CABA el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación reglamenta el tema. Lo mismo lo hacen los códigos procesales provinciales.

## 4. Breves consideraciones acerca del proyecto mexicano sobre el tema

Respecto del Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado para México, que nos fue remitido el 11 de enero de 2018, vertemos las siguientes consideraciones:

106 *Ibidem*, p. 910.

107 *Ibidem*, p. 911.

• Confiere autonomía legislativa al Derecho internacional privado en México y procura contener todas las materias que aquél abarca, lo que es sumamente positivo, a diferencia del sistema argentino que es difuso.
• Contiene una especial previsión acerca del Derecho internacional privado laboral (arts. 111 a 132).
• Tiene una previsión expresa y muy amplia del principio de favorabilidad respecto del trabajador. Las alternativas respecto de las normas que regirán una relación o contrato de trabajo, siempre son mediadas por aquel criterio de que sean más favorables al trabajador (arts. 111 y 112).
• Se diferencia de la normativa argentina, específicamente referida a la materia laboral que ahora no lo contiene a ese principio, aunque la doctrina, jurisprudencia y nuevas normas parecen sugerir su vigencia.
• Contiene una especial previsión acerca de la situación de la patronal en la relación de trabajo y de la controladora que responderá solidariamente frente a los trabajadores (arts.113 y 114); aspecto que en la regulación argentina no se encuentra en un solo cuerpo normativo.
• Se excluye de la regulación a las oficinas, representaciones o instituciones domiciliadas en México y que no estén comprendidas en los casos regulados en esta Ley, que dependan de gobiernos, empresas o instituciones extranjeras, cuya actividad sea meramente gubernamental. No tendrán la calidad de patrón para los efectos de este título (art. 115). Se parece a la regulación argentina, en cuanto aquellos ejerzan actos de imperio.
• Se define el concepto de trabajador, entendiendo por él a toda persona vinculada en la relación laboral comprendida en el artículo 8° de la Ley Federal del Trabajo, sin importar su calificación (art. 116). El concepto legal de trabajador en México y Argentina son parecidos (arts. 4, 5, 21, 22 y 25 de la LCT argentina).
• Se admite la autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo respecto del orden jurídico aplicable cuando interviene un elemento extranjero, siempre que esas normas o cláu-

sulas prescriban una situación más favorable para el trabajador (art. 117). Tiene mayor precisión que la norma argentina y un condicionante que en la ley argentina no aparece claramente.

• La capacidad de los contratantes se rige por norma similar a la argentina (art. 118).

• Existen mayores previsiones acerca de la incapacidad del patrón y del trabajador, art.119. Lo mismo sucede respecto de la protección de los menores trabajadores y de las mujeres, que en las normas argentinas no aparecen de ese modo (art. 120).

• Se prevé el principio de la territorialidad para los contratos que producirán efectos en territorio mexicano, y será la ley mexicana la que regulará la validez del contrato o relación como sus efectos, entre ellos su rescisión o terminación, aunque se sujeta a que se rija por el orden jurídico que más favorezca al trabajador (arts. 121 y 122).

Se parece a la regulación argentina, pero es más precisa en cuanto a la aplicación de la ley que más favorezca al trabajador.

• Se prevé la aplicación de las normas de ese título respecto de contrato colectivo de trabajo, cuando una relación laboral presente elementos vinculados con un orden jurídico extranjero (art. 123). Es una precisión que la legislación argentina no tiene.

• Se ha previsto lo referido a relaciones laborales en buques, aeronaves, autotransportes, ferrocarriles y demás elementos de transportación que se desplacen fuera del territorio mexicano, sometiéndose primero a los tratados o convenios internacionales y, a falta de estos, por principios jurídicos inferidos del orden jurídico mexicano. Además, para elegir el orden jurídico regulador de estos supuestos, se deberá tomar en cuenta, además, el orden jurídico del lugar de abanderamiento, matriculación o registro de los mismos (art. 124), con precisiones y alcances que las normas argentinas no tienen.

• Se establece las normas que regirán a los trabajadores itinerantes (art. 125), de modo parecido a las normas argentinas.

• Las normas aplicables a los riesgos del trabajo indican que se sujetarán a lo prescrito por los tratados y convenios internacionales, a menos que exista una disposición que resulte más favorable al trabajador con algún orden jurídico vinculado con el contrato (art. 126). Pero, además, para elegir el orden jurídico a regir en el caso del artículo anterior, se tomará en consideración, además de lo prescrito en los artículos 111 y 112 de esta Ley, el orden jurídico del lugar donde se produzca el accidente o el hecho que motive la reclamación. Ello es parecido a lo que se enseña en Argentina, pero más preciso (art. 127).

• Se establece que, en caso de que un orden jurídico extranjero sea el que deba regir el contrato o la relación laboral, deberán aplicarse únicamente sus normas sustantivas. Se aplicará la disposición que más favorezca al trabajador en cada punto o institución de la relación laboral o del contrato (art. 128).

Se insiste en que la integración e interpretación del derecho del trabajo debe seguir el principio del mayor beneficio al trabajador (art. 129).

• Se prevé el reconocimiento y ejecución de sentencias laborales extranjeras y sus requisitos, los que son similares a los exigidos en Argentina (arts. 130 y 131).

Se precisa el modo como debe tramitarse la solicitud de ejecución de sentencias extranjeras (art. 132).

## 5. Conclusiones

Luego de todo este camino jurídico recorrido, repasando el contenido del Derecho internacional privado del trabajo, tal como lo concibe la legislación, doctrina y jurisprudencia argentinas, confiamos en que podamos haberlo expuesto con claridad y que al respecto vuestro juicio sea magnánimo.

Asimismo, hemos vertido algunas consideraciones respecto del proyecto mexicano que se nos hizo conocer y que motiva este Seminario internacional, el que en la parte que nos ocupa, otorga autonomía legislativa a la materia y contiene lo referido a las rela-

ciones o contrato de trabajo con referencias internacionales, con mayores precisiones que lo que las normas argentinas lo hacen.

## 6. Bibliohemerografía

### Bibliografía

FERMÉ, Eduardo L., "Derecho Internacional Privado del Trabajo", en *Tratado de derecho del trabajo*, Vazquez Vialard (*dir*), Buenos Aires, Astrea, 1982.

FERRANTE, Gustavo, "Derecho Internacional Privado del Trabajo", en *Código Civil y Comercial y su proyección en el derecho del trabajo*, Rodríguez Mancini (*dir*), Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2015.

GOLDSCHMIDT, Werner, "Derecho internacional privado del trabajo", en *Tratado de derecho del trabajo*, Deveali, Mario L. (*dir*), Buenos Aires, La Ley, 1972.

GUISADO, Héctor Cesar, *Ley de contrato de trabajo comentada*, Ackerman, Mario E. (*dir*), Sforsini, María Isabel (*coord*), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2016.

LITTERIO, Liliana Hebe y Héctor César Guisado, "Interpretación y aplicación de las normas laborales", en *Tratado de derecho del trabajo*, Ackerman, Mario E. (*dir*), Tosca, Sudera (*coords*), Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.

RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Ley de contrato de trabajo comentada, anotada y concordada*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2014.

SECO, Ricardo Francisco, *Ley procesal del trabajo Nº 7987*, Córdoba, Advocatus, Tomo I, 2008.

SCOTTI, Luciana B., *Territorialidad y extraterritorialidad de las leyes en el Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, Tomo I, 2017.

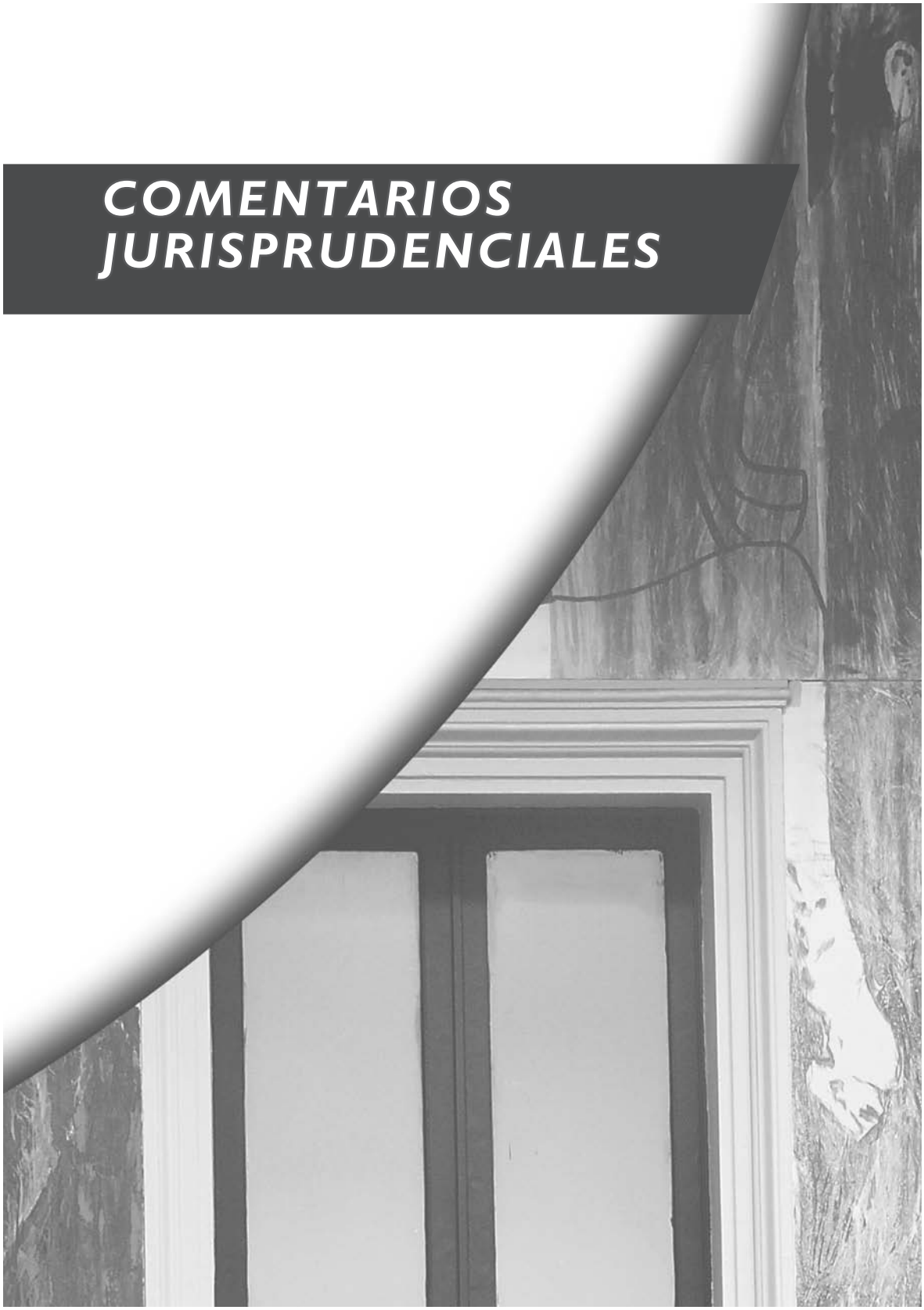
### Hemerografía

HARO, Ricardo, "Los derechos humanos y los tratados que los contienen en el derecho constitucional y la jurisprudencia argentinos", R*evista Ius et Praxis,* Chile, núm. 1, 2013. Disponible en: *http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122003000100006*. Consultado el 15-01-2018.

### Documentos publicados en Internet

GÓNGORA MERA, Manuel Eduardo, El Bloque de Constitucionalidad en Argentina y su relevancia en la lucha contra la impunidad. Disponible en: *http://www.menschenrechte.org/wp-content/uploads/2009/11/Bloque_Constitucionalidad_Argentina_impunidad.pdf*. Consultado el 13-01-2018.

# COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES



Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 275-280.

# DERECHOS HUMANOS CONTENDIOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

*Arturo Baca Rivera**

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.

El primer párrafo del artículo 1°. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado, a raíz de las reformas constitucionales en comento,

* Licenciado, Especialista, Maestro y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Fue Subprocurador Regional de Toluca y Tlalnepantla de Procuraduría General del Estado de México (ahora Fiscalía General de Justicia). Magistrado en retiro del Tribunal Superior de Justicia del Estado de México. Actualmente es Investigador de Tiempo Completo en la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: *unidoctlalnepantla@hotmail.com*

es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.

Contradicción de tesis 293/2011. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. 3 de septiembre de 2013. Mayoría de diez votos de los Ministros: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó su derecho a formular un voto concurrente; Margarita Beatriz Luna Ramos, quien se manifestó a favor de las consideraciones relacionadas con la prevalencia de la Constitución y se apartó del resto; José Fernando Franco González Salas, quien indicó que formularía un voto concurrente; Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien manifestó que haría un voto aclaratorio y concurrente para explicar el consenso al que se llegó y el sentido de su voto a pesar de que en los límites tuvo un criterio distinto; Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho de formular el voto concurrente; Luis María Aguilar Morales, con reservas respecto de las consideraciones y, en su caso, realizaría un voto concurrente; Sergio A. Valls Hernández, reservándose el derecho de hacer un voto concurrente; Olga Sánchez Cordero de García Villegas, reservándose su derecho a voto concurrente en relación con los límites; Alberto Pérez Dayán, quien se manifestó a favor del reconocimiento de la prevalencia constitucional; y Juan N. Silva Meza, quien se reservó su derecho de formular voto concurrente para aclarar su posición de entendimiento

constitucional del texto propuesto y, a reserva de ver el engrose, aclararía u opinaría sobre las supresiones que se pretenden hacer, sin variar su posición en el sentido; votó en contra: José Ramón Cossío Díaz. Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea. Secretario: Arturo Bárcena Zubieta.

Tesis y/o criterios contendientes: Tesis XI.1o.A.T.47 K y XI.1o.A.T.45 K, de rubros, respectivamente: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO." y "TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN."; aprobadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXI, mayo de 2010, páginas 1932 y 2079, y tesis I.7o.C.46 K y I.7o.C.51 K, de rubros, respectivamente: "DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS." Y "JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS."; aprobadas por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, y publicadas en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomos XXVIII, agosto de 2008, página 1083 y XXVIII, diciembre de 2008, página 1052.

El Tribunal Pleno, el dieciocho de marzo en curso, aprobó, con el número 20/2014 (10a.), la tesis jurisprudencial que antecede. México, Distrito Federal, a dieciocho de marzo de dos mil catorce.

La presente jurisprudencia contiene una interpretación sobre un tema fundamental que ha producido y, según se puede ver, seguirá produciendo mucha polémica. La razón principal es que varios principios de orden constitucional se contienen en su texto: supremacía constitucional; interpretaciones, conforme, pro persona y exoficio; universalidad, progresividad, interdependencia e indivisibilidad.

Sintetiza en su redacción toda una cultura relativa a los derechos humanos: el denominado bloque de constitucionalidad, conformado por las normas fundamentales, los tratados y resoluciones internacionales que estén acorde a ella, han generado tres vertientes. La ya superada expresión de que la convención internacional se encontraba por debajo de los preceptos constitucionales; la segunda que estima en igualdad y equilibrio ambos grupos normativos; y la tercera que afirma, con apoyo en la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el asunto de Rosendo Radilla, que la convencionalidad puede estar jerárquicamente en nivel superior a las normas constitucionales, y la prueba irrefutable es que dicha resolución tuvo como consecuencia inmediata, que el Estado mexicano modificara su texto constitucional, amén del cumplimiento de otros indicadores. Si la convencionalidad no hubiera tenido ese estatus, jamás hubiera producido un cambio constitucional. El principio de supremacía constitucional, cuando menos, se ve impactado con las consecuencias de la resolución internacional basada en los tratados internacionales.

La interpretación del derecho humano es, quizá, el tema toral de esta nueva forma de acercamiento al sentido protector del derecho humano en sentido amplio; encontrar la norma más protectora no es sencillo, si se toma en consideración que cuando se celebra un tratado internacional, en donde el Ejecutivo Federal y el Senado cumplan con los cánones constitucionales, en forma consecuente se reforman la normatividad interna, incluyendo el máximo ordenamiento y por ende el denominado bloque constitucional queda armonizado. En este punto, cabe la reflexión,

en el sentido de considerar la premisa de que, si hay una normatividad acorde, entre el sistema constitucional por la previa celebración de un tratado internacional, ¿de dónde se obtienen las interpretaciones acerca del control difuso de la constitución que, producen los Órganos Jurisdiccionales?, ¿acaso el subjetivismo tiene un rol excedido? o bien, ¿tenemos en efecto una normatividad secundaria con severos cuestionamientos? Tendremos que observar el fenómeno hermenéutico con cautela, para generar un verdadero progreso en tema de la norma nacional que vulnera un derecho humano convencional.

Los principios interpretativos pro persona y exoficio, están íntimamente vinculados a la subjetividad del control difuso constitucional. Por un lado, sin que el propósito de estos comentarios permitan los ejemplos específicos, encontraremos resoluciones de tribunales que, aduciendo la contravención de normas secundarias respecto de la constitución o la convencionalidad, dejan de aplicar la normatividad vigente, con motivo o en razón de una contradicción que a veces se percibe más supuesta que real, resaltando más un protagonismo poco justificado en la noble función de administrar justicia.

La interdependencia y la indivisibilidad quizá sean los principios menos cuestionados inferidos de la jurisprudencia en comento; que las normas tengan una vinculación sistemática es una realidad evidente, que unas tengan presencia autónoma, tampoco afecta su interdependencia y desde luego la división descontextualiza su entendimiento. Es necesario hacer énfasis en el principio de progresividad ante el embate de las iniciativas, sobre todo en materia penal, que pretenden disminuir los requisitos para generar un auto de molestia del estado en contra de los particulares, y también en contra de la supremacía constitucional. Hay voces que se escuchan, so pretexto del nuevo sistema procesal penal, que hablan de "disminución de estándar probatorio", de que no debe existir la prueba de un hecho delictuoso, sino únicamente la "probabilidad de su existencia", y sobre todo de que el juicio constitucional en materia penal debe ser de "estricto derecho"

y el amparo debe ser improcedente contra actos privativos de libertad fuera del juicio oral, sino "únicamente cuando la persona esté privada de su libertad".

Los derechos humanos bajo los principios antes mencionados sufrirán, en criterio de quien comenta, un grave retroceso; es decir, irían en contra de la progresividad motivo del cambio constitucional a partir de la resolución del asunto de Rosendo Radilla, para colocarse en un estadio regresivo, y todo ello visiblemente atribuible a la redacción de un Código Nacional de Procedimientos Penales, censurado por el presidente de la Comisión Nacional de Gobernadores, por extraviar los controles de imperium del Estado en la imposición de las penas.

La labor hermenéutica del juzgador, meditada antes que innovadora, con visión social y no personal, con la discreción de quien desempeña una función antes de la búsqueda de otro estatus personal, motivado por un criterio convencional estructurado, es lo deseable. El derecho humano es un derecho de todos; escindir a un sector de ciudadanos, privilegiando derechos por la condición, por ejemplo de estar procesados, es disminuir en proporciones similares los derechos del resto de la sociedad. No es sencillo guardar el equilibrio, la presente jurisprudencia lo logra destacando la supremacía constitucional en perfecta armonía con la convencionalidad y guardando como todo Estado soberano debe hacerlo, la reserva de lo que no ajuste a su calidad autónoma.

# SEMBLANZAS

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 283-288.

# JUAN IGNACIO RAMÍREZ CALZADA A 200 AÑOS DE SU NACIMIENTO

*María Elena García Díaz*[*]

"El Nigromante" nació el 22 de junio de 1818, en San Miguel el Grande, Guanajuato; hijo de José Lino Ramírez y de Ana María Guadalupe Sinforosa Calzada; su padre, jurisconsultor e insurgente de estirpe indígena pura, descendientes de caciques aztecas y tarascos; se decía que era del linaje de Cuitlateca y Auelitoc, así como de los últimos señores tarascos de Michoacán.

Su padre, Lino Ramírez, fue interventor de rentas, abogado y comerciante en los estados de Querétaro, Michoacán y conspirador de la independencia de México junto con los insurgentes de Querétaro y Guanajuato; participando con la venta de propiedades y con su red de contactos en los movimientos armados contra el gobierno español, distribuyendo pólvora y fabricando cartuchos, y coordinando la fabricación del famoso cañón Catalina, bautizado por José María Morales y Pavón, amigo de los tres hermanos Hidalgo, de Morelos, José María Piza, José María Álzate, y Jacinto Moreno. Se dice que era masón, miembro del Rito Nacional Mexicano, al lado de Primo de Verdad y Ramos, Miguel Domínguez, el corregidor de Querétaro, Miguel Hidalgo, Morelos, Allende, Francisco Javier Mina, Servando Teresa de Mier, Nicolás Bravo, Vicente, Juan O'donojú. Por cierto, el cañón Catalina, fue elaborado por el ilustre poblano Luis Rodríguez Alconedo, pintor, orfebre, e insurgente, quien lucho por el ejército del generalísimo Morelos, aprehendido en Zacatlán Puebla, por los realistas Luis del Águila y Félix María Calleja, y fusilado el primero de marzo de 1815.

* Licenciada en Historia por la Universidad Autónoma del Estado de México (UAEM). Actualmente se encuentra adscrita al Centro de Información y Documentación "Mgdo. Lic. Edmundo Durán Castro", donde se desempeña como Auxiliar de Proyecto de la Escuela Judicial del Estado de México, sede Toluca, México. Correo: *mgarciadaz@yahoo.com y elena.garcia@pjedomex.gob.mx*

De sus hermanos, Wenceslao, Juan José, y Miguel Manuel, destaca Juan Ramírez Calzada, hermano del Nigromante, quien combatió al ejército norteamericano en 1847, y luchó al lado del General Zaragoza, Porfirio Díaz, Berriozábal, Antonio Álvarez y Miguel Negrete el 5 de mayo de 1862 en la Ciudad de Puebla; vivió en las ciudades de Puebla y México, y fue el único hermano vivo que lo acompaño en su lecho de muerte.

Ignacio Ramírez, pues, fue educado desde su infancia en las ideas patrióticas y liberales más puras, al lado de su padre, uno de los patriarcas de la democracia y de la Reforma en nuestro país, pues "desde muy niño se sintió arrastrado por las tempestades políticas", pudiendo asegurarse que desde entonces se templó su espíritu para la lucha que debía sostener durante su vida entera, contra aquella facción de la que su padre había sido el enemigo constante y resuelto. A consecuencia seguramente de aquel trastorno político, que lo obligó a emigrar de Querétaro a la ciudad de México en 1835, a la edad de 16 años, e ingresar al Colegio de San Gregorio, donde visitó bibliotecas y absorbió de todas las ciencias y doctrinas, *jurisprudencia*, latín, sanscrito, francés, náhuatl, botánica, astronomía, economía, filosofía, liberalismo progresista, historia, algebra, teología, literatura, entre otras, titulándose abogado; contemporáneo de una generación de liberales mexicanos, entre ellos Melchor Ocampo, Guillermo Prieto, Santos Degollado, Sostenes Rocha, Andrés Quintana Roo y Francisco Zarco.

En Octubre de 1836, ingresó a la Academia de Letrán con un discurso titulado "No hay Dios, los seres de la naturaleza se sostienen por sí mismos", idea que en ese tiempo parecía que afectaba la vulnerabilidad de las personas, pues no lo bajaban de blasfemo, le decían que provenía del infierno, posición que nunca abandonó, en su lucha reformadora y de separación de Iglesia-Estado; que tiempo después, gracias a su genio, ideas radicales y liberales, se le conocería como Voltaire Mexicano, apóstol de la reforma, defensor del pueblo mexicano, defensor de los derechos fundamentales, destructor de ídolos y falsos profetas.

*Como periodista*

En 1845, a la edad de 27 años, se inició en el periodismo con la publicación de "Don Simplicio" (El último número del Don Simplicio se publicó en blanco el 23 de abril de 1846, su editor D. Vicente García Torres salió desterrado, y El Nigromante, Guillermo Prieto, Manuel Payno y los demás redactores fueron encarcelados), donde firmó sus textos con el seudónimo de 'El Nigromante", quien competía con la publicación "El tiempo", que representaba a la Monarquía; publica también en Temis y Deucalión, El Siglo XIX, pero también fundó un periódico que redactó en unión de Alfredo Bablot, intitulado El Clamor Progresista, en el que sostuvo atrevidamente la candidatura de Miguel Lerdo para Presidente de la República. Era una sola voz, pero era importante para indicar al pueblo que Comonfort no debía merecer la confianza pública.

El Clamor Progresista, que sostenía la candidatura de Miguel Lerdo de Tejada y La Insurrección, en Sonora, donde apareció la discusión con el Político español Emilio Castelar acerca de la emancipación de los pueblos hispanoamericanos.

Colaboró además en El Monitor Republicano y El Correo de México, fundado por Ignacio Manuel Altamirano, y tomó parte en innumerables discusiones en sociedades científicas, liceos y escuelas nacionales, así mismo colaboró con La Chinaca, La Estrella de Occidente, La Opinión, el Mensajero, El Renacimiento, El Siglo Diez y Nueve y el Monitor Republicano.

*Como político*

Destacó como miembro del movimiento liberal, y que por su actividad política tuvo que sufrir penas de destierro y encarcelamiento, en el año de 1850 fue llevado a juicio por el delito de imprenta. Fue diputado al Congreso Constituyente y ministro de justicia y fomento en el gabinete de Benito Juárez. Durante El Imperio estuvo desterrado en California.

Restablecida la República, fue nombrado Ministro de Justicia e Instrucción Pública, trabajó para aplicar los principios del libera-

lismo en la educación; dictó leyes sobre instrucción pública para que el Estado se hiciera cargo de la educación; elaboró planes de estudio; supervisó la labor educativa en las escuelas públicas y privadas y se dedicó personalmente a la preparación de los maestros.

Se dedicó a defender a los indios que vivían en condiciones miserables, defendió el derecho a ser educador porque solo así podrían participar como ciudadanos y participó en la redacción de la Constitución de 1857; insistió en promulgar leyes que mejoraran a los indios, a los trabajadores y a los huérfanos en abandono.

El Archivo Histórico del Poder Judicial del Estado de México, resguarda el expediente del juicio que se instruyó en su contra sobre la denuncia del artículo A los Indios impreso en el Periódico titulado Temis y Deucalión, Toluca, exp. s/n, 1850, documento que forma parte de la serie "juicios relevantes con sentencia"; consta de 46 fojas de 31.5 por 22 centímetros, en excelente estado de conservación.

*Como prosista*

Hombre de vasta cultura, escribió sobre materias dispares. Entre sus obras destacan "La lluvia de azogue" (1873), "Observaciones de meteorología marina", "Lecciones de literatura" (1884), "Al Amor" y "Por los gregorianos muertos".

*Como educador*

Redacta la ley de Educación del Estado de México en 1847, como preámbulo de un logro de la Constitución de 1857, de la educación laica y gratuita, otorgando becas de los municipios del Estado de México para la raza indígena y de escasos recursos, que ingresaban al Instituto Científico y Literario de Toluca (la mejor escuela de ese entonces), entre quienes estaba Ignacio Manuel Altamirano, grandes hombres que aportaron a la Patria mexicana.

*Como tribuno*
Constituyente de la Constitución de 1857, gran impulsor de las reformas liberales, como la educación laica y gratuita, la secularización del registro civil, los panteones, y la separación de poderes, entre otras.

*Como visionario*
Al triunfo de la Guerra de Reforma, en 1861, el presidente Juárez nombra a Ignacio Ramírez Ministro de Instrucción Pública y Justicia. El primer libro de texto gratuito de la República Mexicana: Libro rudimental y progresivo para la enseñanza primaria, fue elaborado por el Sr. Lic. D. Ignacio Ramírez. En el Estado de Puebla entregó el Palacio episcopal al gobierno del Estado y dispuso que la iglesia de la Compañía de Jesús se transformara en biblioteca y en sus torres se fundaran observatorios astronómicos y meteorológicos.

*Como polemista*
Agudo crítico de su tiempo, y por su genio, resultó triunfador al Tribuno Español Emilio Castelar, quien le envió una foto en la que reconocía que su elocuencia y talento habían ganado, como figura legendaria; fue admirado por Víctor Hugo, y se dice que visitado por José Martí, entre los años de 1875 y 1876, quien le obsequió un proyecto que databa de 1868, relativo a la emancipación de Cuba, apoyando a Martí para que fuera delegado ante el Congreso Obrero Mexicano.

*Como poeta*
Romántico que le cantó al amor y a la muerte, véanse su soneto "Al amor" de 1876, o "Brindis por los muertos" de 1872; como ensayista, su inteligencia aguda desborda; como catedrático, forma cuadros que posteriormente concretan sus visionarios alcances al servicio de la Patria, sobre todo en el tema de la EDUCACIÓN.

*Como Secretario de Estado*
Desempeñó diversas funciones, transformó conventos en bibliotecas; como Ministro de la Corte, cimento las bases del sistema

jurídico mexicano, en donde permaneció 12 años, impulsó la separación de las Salas por materias específicas. Como secretario fomentó la ley de hipotecas e hizo efectiva la independencia y desamortizó los bienes del clero.

Como hombre ilustre de su tiempo, que combina cualidades intelectuales heredadas de la ilustración, la lucidez, la ironía, el escepticismo y la curiosidad intelectual que se alían con la pasión y la sensibilidad de los románticos, su rebelión, su sentido del experimento técnico, y su conciencia de habitar un tiempo trágico.

# COMENTARIOS

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 291-300.

# RETROSPECTIVA DE LA RED MEXICANA DE COOPERACIÓN NACIONAL PARA LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ*

*María Margarita Gallegos López***

La Conferencia Permanente de La Haya de Derecho internacional privado es una organización intergubernamental de carácter mundial, en la que se elaboran instrumentos jurídicos multilaterales que responde a necesidades mundiales y garantiza su seguimiento. La Conferencia cuenta con 83 países miembros pertenecientes a todos los continentes.

El mandato estatutario de La Conferencia de La Haya consiste en trabajar en favor de la unificación progresiva de las normas del Derecho internacional privado. (Art 1 del Estatuto de la Conferencia). En cumplimiento a este mandato, la Conferencia es un centro de cooperación judicial y administrativa internacional en materia de Derecho internacional privado, en particular en los ámbitos de la protección del niño y de la familia, del procedimiento civil y del Derecho comercial.

La unificación de las normas *ius privadas* internacionales, se realiza a través de convenios internacionales que se elaboran a través de grupos de trabajo y las sesiones de la Conferencia, llevadas a cabo cada 4 años. Incluso cuando no han sido ratificados, los Convenios influyen en los sistemas jurídicos de los Estados, miembros y no miembros. Constituyen, asimismo, una fuente de inspiración para los esfuerzos de unificación del Derecho internacional privado a nivel regional. El funcionamiento práctico de

* Este documento es producto del extracto de la presentación que hizo la Dra. Margarita Gallegos López, en el Conversatorio "La familia mexicana en el mundo jurídico internacional", con los jueces de la rama familiar del Poder Judicial del Estado de México el 19 de febrero de 2018, en la Sala de Telepresencia de la Escuela Judicial del Estado de México.

** Licenciada en Derecho y Maestra en Derecho por la UNAM. Doctora en Derecho por la Universidad Tepantlato. Actualmente, es Juez en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, en el Séptimo Juzgado en Materia Familiar. Correo: *mgallegos26@yahoo.com.mx*

los convenios es examinado regularmente por Comisiones Especiales. La Oficina Permanente de la Conferencia tiene su sede en La Haya, los idiomas oficiales de trabajo son el francés y el inglés. Actualmente Mr. Christopher Bernasconi es Secretario General y Mr. Philippe Lortie funge como Primer Secretario.

La Red Internacional de Jueces de La Haya sobre la Protección Internacional de Niños, fue propuesta por primera vez en 1998 en el seminario para jueces de Ruwenberg en La Haya. Se recomendó que las autoridades responsables (por ejemplo, presidentes de tribunales u otros funcionarios, según sea apropiado dentro de las diferentes culturas legales) de las diferentes jurisdicciones designaran uno o más miembros de la judicatura para que actuarán como canales de comunicación y enlace con sus Autoridades Centrales nacionales, con otros jueces dentro de sus propias jurisdicciones y con jueces de otros Estados contratantes. Se consideró que el desarrollo de esta Red facilitaría las comunicaciones y la cooperación entre jueces a nivel internacional y ayudaría a asegurar la operación efectiva del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores. Actualmente, la Red Internacional de La Haya cuenta con casi 80 jueces pertenecientes a 54 Estados de todos los continentes.

El papel de cada miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya consiste primordialmente en actuar de enlace entre sus colegas a nivel interno y a nivel internacional con otros miembros de la Red.

En la actualidad participan en la Red las siguientes autoridades mexicanas:

Lic. Adriana Canales Pérez, Magistrada de la Tercera Sala Familiar, Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México.

Lic. Dionisio Núñez Verdin, Juez de Primera Instancia en materia familiar, Jalisco.

Dr. Lázaro Tenorio Godínez, Magistrado de la Primera Sala Familiar, Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de México

Lic. Oscar Gregorio Cervera Rivero, Magistrado de la Segunda Sala Familiar, Tribunal Superior de Justicia de la ciudad de México.

Mtro. José Roberto de Jesús Treviño Sosa, Juez Segundo Oral Familiar de Nuevo León.

En términos generales, los miembros de la Red tienen el compromiso de compartir información sobre la interpretación y funcionamiento de los convenios y solicitar las comunicaciones judiciales directas entre los jueces, con actividades relativas a casos específicos de restitución internacional de menores.

Las comunicaciones judiciales directas son utilizadas para resolver cuestiones de carácter práctico, tales como, ahorro de tiempo, mejor uso de los recursos disponibles, la adopción de medidas urgentes de protección y provisión de información.

Las cuestiones que pueden ser tratadas a través de comunicaciones judiciales directas son:

- Establecer si hay medidas de protección disponibles para el niño o para el otro progenitor en el Estado al cual el niño deba ser restituido; y en caso afirmativo, asegurar que las medidas de protección disponibles sean puestas en práctica en ese Estado antes de que se ordene una restitución.
- Establecer si el tribunal extranjero puede aceptar y hacer ejecutar compromisos ofrecidos por las partes en la jurisdicción de origen.
- Establecer si el tribunal extranjero puede emitir una decisión espejo (es decir, la misma decisión en ambas jurisdicciones).
- Confirmar si el tribunal extranjero ha dictado una decisión.
- Verificar si el tribunal extranjero ha constatado la existencia de violencia doméstica.

– Cerciorarse de la aplicación e interpretación del Derecho extranjero de manera de establecer si el traslado o la retención fueron ilícitas.

– Cerciorarse de que el progenitor sustractor tendrá debido acceso a la justicia en el país donde el niño debe ser restituido.

– Cerciorarse de si uno de los progenitores sería objeto de sanciones civiles o penales al momento de regresar con el niño al país de residencia habitual.

– Resolver situaciones de procesos paralelos y aceptación de la competencia.

Pasos para establecer la línea de comunicación judicial:

– En primer lugar, se verificará si el juez de su país ha sido designado por la Red Internacional de Jueces de La Haya.

– El juez nacional enviará un requerimiento de comunicación judicial directa al miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya de su país, utilizando el modo más rápido y apropiado de comunicación disponible.

– El juez de la Red Internacional de La Haya de su país enviará el requerimiento al juez de la Red Internacional de La Haya donde se encuentra la otra parte en la disputa.

– El juez de la Red Internacional de La Haya del otro país localizará al tribunal y al juez ante el cual ya se encuentra abierto un proceso en el que participa la otra parte, y le enviará el requerimiento de comunicación judicial directa.

– Si no existiera un proceso abierto, el juez de la Red Internacional de La Haya del otro país determinará quién debe responder al requerimiento o lo responderá él mismo.

– Un juez del otro país contactará al juez del país de origen del requerimiento.

**Principios rectores las comunicaciones judiciales**

Todo juez que intervenga en una comunicación judicial directa debe respetar las leyes de su jurisdicción. Al momento de establecer la comunicación, cada juez que conoce del caso deberá mantener la independencia para arribar a su propia decisión en el asunto en cuestión.

Las comunicaciones no deben comprometer la independencia del juez que conoce del caso para llegar a su propia decisión en el asunto en cuestión.

Salvaguardias procesales comúnmente aceptadas.

- Excepto en circunstancias especiales, las partes deben ser notificadas de la naturaleza de la comunicación propuesta.

- Debe llevarse un registro de las comunicaciones y ponerse a disposición de las partes.

- Todas las conclusiones a que se arribe deben plasmarse por escrito.

- Las partes o sus representantes deben tener la oportunidad de estar presentes en determinados casos, por ejemplo a través de conferencias telefónicas.

La comunicación inicial debería producirse entre dos jueces de la Red de La Haya, para establecer la identidad de los jueces requeridos en la otra jurisdicción.

La comunicación inicial para contactar a un juez de otra jurisdicción deberá hacerse por escrito, para lo cual es necesario identificar en particular: a) el nombre y los datos de contacto del juez que inicia la comunicación; b) la naturaleza del caso (con la debida consideración de las cuestiones de confidencialidad); c) el asunto por el cual se solicita la comunicación; d) si las partes han prestado su consentimiento para que la comunicación tenga

lugar ante el juez que inicia la misma; e) cuando puede llevarse a cabo la comunicación (con la debida consideración de las diferencias horarias); f) alguna pregunta específica de interés para el juez de origen; g) cualquier otro asunto pertinente.

El momento y el lugar para el establecimiento de las comunicaciones entre los tribunales deben resultar satisfactorios para ambas partes, por ello, los jueces deben usar las opciones tecnológicas más apropiadas para facilitar una comunicación lo más eficiente y rápida posible.

El método e idioma de la comunicación inicial deben respetar, en la medida de lo posible, las preferencias indicadas por el receptor en la lista de miembros de la Red de La Haya. En el caso en que dos jueces no hablen un idioma común y sean necesarios servicios de traducción o interpretación, estos servicios podrían ser proporcionados, o bien por los tribunales, o bien por las Autoridades Centrales del país en el cual se haya originado la comunicación.

La utilización del canal escrito es valiosa, en particular en la instancia inicial del contacto, ya que deja constancia de la comunicación para su archivo y ayuda a aligerar las cuestiones idiomáticas y las diferencias horarias.

Las comunicaciones escritas deberán estar redactadas en términos sencillos, teniendo en cuenta las capacidades idiomáticas del receptor.

Deben adoptarse las medidas apropiadas para garantizar la confidencialidad de la información personal de las partes.

La transmisión de las comunicaciones escritas deberá producirse a través del medio de comunicación lo más rápida y eficiente posible, y en los casos donde sea necesaria la transmisión de datos confidenciales, se deberían utilizar medios de comunicación segura.

Debe enviarse lo más pronto posible un acuse de recibo con una indicación sobre el momento en que se proporcionará la respuesta.

Todas las comunicaciones han de estar mecanografiadas.

Se alientan las comunicaciones orales cuando los jueces involucrados provengan de jurisdicciones que comparten el mismo idioma; toda información personal relativa a las partes debe mantenerse en el anonimato al ser incluida en una comunicación oral; las comunicaciones orales pueden tener lugar por teléfono o por videoconferencia y mantener informada a la Autoridad Central de las comunicaciones judiciales.

## Génesis de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez

Los jueces mexicanos miembros de la Red Internacional visualizaron la necesidad de la existencia de una Red de jueces a nivel nacional, por lo que se llevó a cabo un taller de actualización en materia de restitución internacional en el mes de septiembre del 2009. Se propuso por parte de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, que se llevará a cabo la concentración de jurisdicción en materia de restitución internacional de menores, lo que requería, por parte de cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia del país, que se llevará a cabo una designación especial de los jueces en esta materia.

En la primera Reunión Plenaria de la CONATRIB, que se llevó a cabo el 15 de enero del 2010, tuvo lugar la creación de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez, por acuerdo unánime de los asistentes.

Objetivos de la Red:

– Sumar fuerzas y unificar criterios para la protección a nivel nacional e internacional de los niños y niñas, especialmente en la correcta aplicación de los convenios internacionales que nuestro país ha suscrito.

– Lograr el establecimiento de vínculos de cooperación entre jueces de todas las Entidades Federativas competentes en la materia.

– Constituir el punto de contacto con otras redes, como la IBE-RED, la Red de los Jueces de La Haya y otras análogas.

La primera reunión de la Red se llevó a cabo el 25 y 26 de febrero del 2010, para su realización se contó con el patrocinio financiero de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. En esta primera reunión se logró el fortalecimiento de los lazos de la Red y acuerdos importantes con la Secretaría de Relaciones Exteriores. Los compromisos establecidos en esta reunión fueron los siguientes:

– Apoyar los acuerdos de la Red por los miembros de la CONATRIB.

– Llevar a cabo talleres de capacitación a los jueces integrantes de la Red.

– Que los consejos de la judicatura apoyen todos los acuerdos de la Red, sin poder excusarse de la asistencia de los jueces a las reuniones que se celebren por razones presupuestales.

– Generar y actualizar permanentemente el directorio de los miembros de la Red.

– Celebrar al menos una reunión anual de la Red.

## Aprobación del Reglamento de la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez

Este reglamento fue aprobado en la asamblea plenaria de presidentes de la CONATRIB que se llevó a cabo en la Ciudad de Victoria Tamaulipas, a finales del mes de abril de dos mil diez. Consta de 15 artículos y tres transitorios. En él se establecen los

objetivos de la Red, como se encuentra integrada, las funciones de los jueces y magistrados de la Red y en qué consisten las comunicaciones judiciales directas internacionales.

## Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Este convenio debe proteger al menor en el plano internacional de los efectos perjudiciales que podrían causarle un traslado o retención ilícita, el establecimiento de procedimientos que permitan garantizar la restitución inmediata del menor al Estado en que tenía su residencia habitual y asegurar la protección del derecho de visita.

La ejecución práctica y aplicación concreta de los instrumentos internacionales depende del respaldo interno que cada Estado le brinde, mediante una adecuada legislación nacional que los desarrolle y reglamente. Al respecto, resulta importante hacer hincapié que en México, solamente nueve entidades federativas han regulado en su código de procedimientos civiles, un procedimiento para la resolución de los asuntos de restitución internacional de menores, y son: Chihuahua, Durango, Guanajuato, México, Michoacán, Querétaro, Sinaloa, Yucatán y Zacatecas.

En atención a lo establecido por el artículo 11 del Convenio sobre los aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores:

- Las autoridades judiciales o administrativas de los Estados contratantes actuarán con urgencia en los procedimientos para la restitución de los menores (Artículo 11).

- Si la autoridad judicial o administrativa competente no hubiera llegado a una decisión en el plazo de seis semanas a partir de la fecha de iniciación de los procedimientos, el demandante o la Autoridad Central del Estado requerido por iniciativa propia o a instancias de la Autoridad Central del Estado requirente tendrá derecho a pedir una declaración sobre las razones de la demora.

– Si la Autoridad Central del Estado requerido recibiera una respuesta, dicha autoridad la transmitirá a la Autoridad Central del Estado requirente o, en su caso, al demandante.

**Respecto del procedimiento**

1. La Secretaria De Relaciones Exteriores recibe el caso y lo trasmite al Tribunal Superior de Justicia que corresponda de acuerdo al domicilio en donde se está reteniendo al menor.
2. El juzgado ordena la localización del menor, notifica a quien presuntamente lo sustrajo y le conmina al retorno voluntario; cuando el padre sustractor no accede, se hace la citación a audiencia.
3. Se lleva a cabo la audiencia para validar alguna causa de excepción de las consagradas en el convenio.
4. Se dicta sentencia.
5. Se interpone un recurso.

Es necesario resaltar que es un mecanismo de cooperación judicial internacional, y no así, un exhorto o una carta rogatoria.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 301-309.

# COBRO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS: MECANISMOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES EXTRANJERAS*

*María Elena Mansilla y Mejía***

Un problema cada vez más frecuente en el ejercicio de la función judicial, es el procedimiento que debe seguirse ante una solicitud de reconocimiento y ejecución de una sentencia dictada en otro Estado. Tal situación se presenta cuando, habiendo concluido un juicio en un país, se solicita a otro Estado que le dé cumplimiento, por lo que es necesario saber qué se requiere para lograrlo.

Un requisito indispensable para la ejecución de una sentencia es su reconocimiento, lo que se realiza mediante su homologación. Cuando se trata de una resolución con efectos coactivos sobre personas, bienes o derechos, la homologación se realiza mediante un incidente, o pequeño juicio; de no haber coacción, bastará con que el juez constate el cumplimiento de los requisitos y haga suya la resolución al reconocerla.

Es necesario, además, que la resolución sea cosa juzgada, el juez que la emitió haya sido competente y su ejecución no esté en contra del orden público.

Aquí surge la interrogante: ¿qué es el orden público? El orden público comprende las instituciones fundamentales de un país; son disposiciones previstas en la ley que deben respetarse en

---

* Este documento es producto de la transcripción autorizada por la autora del Conversatorio: "Cobro internacional de alimentos, Convención sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras", impartida por la Doctora María Elena Mansilla y Mejía en el aula de Telepresencia de la Escuela Judicial del Estado de México el 25 de enero de 2018.

** Doctora en Derecho, Maestra en Criminología y especialista en Derecho Constitucional y Administrativo por la UNAM. Actualmente es la Directora del Seminario de Derecho Internacional en la Facultad de Derecho de la UNAM, Ciudad de México, México. Profesora de Carrera de tiempo completo Nivel "C". Catedrática en la Facultad de Derecho y en la División de Estudios de Posgrado de la UNAM. Correo: *seminter@derecho.unam.mx* y *doctoramariaelenamansilla@gmail.com*

forma absoluta, por lo que, si la sentencia que ha de ejecutar el juez extranjero va en contra del orden público de su país, no le dará cumplimiento, en otras palabras no ejecutará la sentencia extranjera.

El problema en el orden público radica en lo difícil de su determinación, ya que cada país crea sus propias normas de orden público y obviamente estas serán diferentes en cada Estado, en atención a que las instituciones y los valores que tutelan pueden ser distintos.

Es conveniente aclarar que en todas las convenciones de derecho internacional privado existe la cláusula de orden público; figura jurídica muy importante, porque a través de ella los Estados mantienen el respeto a su derecho y como resultado su soberanía.

La ejecución de resoluciones extranjeras es una forma de cooperación judicial internacional, pero no es la única, ya que comprende también solicitar información sobre el derecho extranjero, su interpretación y jurisprudencia. En conclusión, es todo lo que un Estado requiere para conocer sobre el derecho de otro Estado. Por este medio se ha creado la solidaridad entre los jueces de distintos países, se ha hecho justicia y se ha evitado la impunidad.

En la ejecución de toda sentencia, y en el caso particular, tratándose de alimentos, que es el tema que nos ocupa, el juez debe analizar que la resolución sea firme, constatar que se hayan cumplido las garantías de audiencia y de legalidad, que no exista fraude a la ley y que la sentencia esté traducida si las lenguas de los Estados son distintas, pero sobre todo, que no esté en contra del orden público del Estado requerido.

En la cooperación procesal internacional se presentan dos clases de competencia: la directa, ejercida por el juez que solicita la cooperación; y la indirecta, que ocurre cuando el juez extranjero requerido realiza los actos procesales solicitados.

Es conveniente aclarar que el juez extranjero, al homologar una sentencia, adquiere una competencia directa, en atención a que la homologación se lleva a efecto con el fin de que el juez haga suya la sentencia; cuando esta es coactiva, se realiza un incidente de homologación mediante un pequeño juicio entre las partes en conflicto, ya que habrá una demanda del inconforme con la ejecución, una contestación y, en caso necesario, ofrecimiento y desahogo de pruebas.

Este juicio incidental culmina con una sentencia que dicta el juez extranjero a quien se solicitó la ejecución.

Una vez concluido el incidente de homologación, el juez que lo resolvió deja de tener competencia directa y asume nuevamente la competencia indirecta.

La homologación tiene por objeto que el juez extranjero confirme que se cumplen los requisitos para ejecutar la sentencia y de esta forma la hace suya, es decir, como si él la hubiera dictado.

La homologación de una sentencia debe realizarse siempre mediante un incidente, cuando se ordenen actos de ejecución coactiva, lo que se presenta cuando alguna de las partes impugna la ejecución.

En el cumplimiento de la sentencia extranjera, el procedimiento a seguir será el que determine el Derecho del Estado de ejecución; lo que significa que en materia adjetiva siempre se aplicará el Derecho del juez a quien se solicita su cooperación. No ocurre lo mismo con el Derecho sustantivo, que es el que resuelve el problema de fondo de un litigio, en este caso se aplicará normalmente el Derecho del actor, salvo que su ley le permita aplicar el Derecho extranjero, en tal caso se aplicara el artículo 86 Bis del Código Federal de Procedimientos Civiles[1] que dispone:

1 Publicado en el Diario Oficial de la Federación del 24 de febrero de 1943. Última Reforma publicada el 9 de abril de 2009. Artículo 86 Bis. El tribunal aplicará el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio

"El Tribunal aplicara el derecho extranjero tal como lo harían los jueces o tribunales del Estado cuyo derecho resultare aplicable, sin perjuicio de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del derecho extranjero". Este primer párrafo determina cómo debe aplicarse el Derecho sustantivo extranjero.

El segundo párrafo del artículo 86 Bis, muestra claramente las posibilidades de ayuda y las formas de cooperación procesal internacional. En este orden de ideas, a la letra se transcribe: "Para informarse del texto, vigencia, sentido y alcance del derecho extranjero el tribunal podrá valerse de informes oficiales al respecto, los que podrá solicitar al Servicio Exterior Mexicano, así como disponer y admitir las diligencias probatorias que considere necesarias o que ofrezcan las partes".

En materia de obtención de alimentos se han celebrado convenciones por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado[2] y por la Conferencia Interamericana de Derecho Internacional Privado.[3] En este punto, es conveniente aclarar las diferencias que existen entre las Convenciones de una y otra institución.

Las convenciones de La Haya son más largas y casuísticas, esto se debe a lo difícil que es llegar a un consenso por el gran número de Estados que participan, lo que no ocurre con las convenciones interamericanas, por ser menor el número de Estados participantes.

Otra diferencia se da en las reservas y declaraciones. La Haya siempre señala concretamente las disposiciones sobre las que

---

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

2 En esta Conferencia se firma el "Convenio Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia", firmada por México el 04-06-1994. Disponible en: *http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html*. Consultado el 08-03-2018.

3 Fue celebrada por la Organización de los Estados Americanos y tuvo como resultado la firma de la "Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias".

es posible hacer reservas o declaraciones interpretativas; por el contrario, las Convenciones Interamericanas son más reducidas por tener menor articulado y, en cuanto a reservas y declaraciones interpretativas, el único límite es no estar en contra del objeto de la convención.

El Convenio de La Haya sobre la recuperación de alimentos para los niños y otros miembros de la familia se inició el 5 de mayo de 2003 y concluyó el 23 de noviembre de 2007. Es un documentos muy completo y detallado, tiene 64 artículos en los que regula aspectos sustantivos, adjetivos, Autoridades Centrales, acciones conminatorias, solicitudes, vías de comunicación, el proceso administrativo y el judicial.

Adicionalmente, hay un protocolo[4] sobre la ley aplicable, formulado el 23 de noviembre de 2007.

El protocolo es un documento de 29 artículos, y al igual que la Convención, declara que su aplicación es universal, contiene normas generales y disposiciones específicas; estas últimas las divide en normas especiales que determinan la obligación de los padres de dar alimentos a los hijos y viceversa, así como de proporcionar también alimentos a personas distintas de los padres, siempre que no hayan cumplido los 21 años. El otro punto especial se refiere a los alimentos para cónyuges y ex cónyuges.

El protocolo determina reglas respecto del derecho aplicable, y señala como puntos de contacto, la residencia habitual del acreedor, el tribunal del domicilio del deudor, la nacionalidad y la ley elegida por las partes cuando se trate del patrimonio, aun cuando también puede proceder respecto a la forma de pago de alimentos.

El Convenio sobre alimentos de La Haya invoca dos principios fundamentales, el interés superior del menor y el de autonomía

4 Disponible en: *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=133*. Consultado el 08-03-2018.

de la voluntad; este último referido a un posible acuerdo entre las partes respecto a los alimentos, el cual se llevará a efecto ante el juez, con lo que adquirirá la naturaleza de cosa juzgada y será exigible coactivamente.

Una vez determinada la forma de cubrir la obligación alimentaria y emitida la resolución correspondiente, puede surgir la posibilidad de un aumento o la necesidad de una disminución de la cantidad estipulada; esta modificación solo se podrá llevar ante el juez que autorizó el pago de alimentos.

Ante la pregunta ¿es necesario que el menor esté presente en el proceso?, la respuesta es no; lo que sí es indispensable es que se pruebe la existencia del menor y la necesidad que tiene de recibir alimentos.

Dentro de los actos que se realizan en competencia indirecta, se encuentra la obligación del juez de investigar al deudor alimentario, a fin de conocer su situación económica, si posee bienes; ante el supuesto de tenerlos, es necesario saber si existe la posibilidad de embargarlos.

En este punto, La Haya presentó una larga lista de formas de coaccionar al deudor para obtener el cumplimiento de la obligación alimentaria.[5] Uno de los medios propuestos consiste en que al obligado se le quite el taxi, esto es un absurdo, a un trabajador no se le puede quitar su medio de trabajo, por lo tanto, la sanción es improcedente. Junto a este medio de coacción, el

5 La Haya, "Convenio Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia", firmada por México el 04-06-1994. Artículo 34 Medidas de ejecución. 1. Los Estados contratantes deberán prever en su Derecho interno medidas efectivas para ejecutar las decisiones en aplicación del presente Convenio. 2. Estas medidas podrán incluir: a) la retención del salario; b) el embargo de cuentas bancarias y otras fuentes; c) deducciones en las prestaciones de seguridad social; d) el gravamen o la venta forzosa de bienes; e) la retención de la devolución de impuestos; f) la retención o el embargo de pensiones de jubilación; g) el informe a los organismos de crédito; h) la denegación, suspensión o retiro de diversos permisos (por ejemplo, el permiso de conducir). i) el uso de la mediación, conciliación y otros medios alternativos de resolución de conflictos a fin de conseguir el cumplimiento voluntario. Disponible en: *http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-54.html*. Consultado el 08-03-2018.

Convenio ofrece otros medios, además de que existe la libertad de cada Estado para determinar las vías de coacción que considere pertinentes.

Puede ocurrir que se ofrezca un bien inmueble para cubrir la obligación alimentaria, a cambio de no pagar constantemente mensualidades, esto es posible siempre que el bien garantice los alimentos hasta la edad legal obligatoria.

¿Cómo se determina la cantidad que deba cubrir el pago de alimentos?

Esto se realiza de acuerdo con el lugar de trabajo del deudor alimentario y de la moneda en curso en ese país, de tal forma que si el deudor trabaja en Francia, el pago será en euros, trasladados a la moneda corriente en el país en que se encuentre el acreedor.

La Convención de La Haya trata de solucionar los problemas y allanar el camino para el pago, a través de medios electrónicos, por lo que, ante el cuestionamiento de cómo se transmitirá el dinero, señala que será mediante transferencia bancaria.

Otra pregunta es ¿se le puede pedir al patrón del obligado que retenga el sueldo del deudor por la cantidad fijada como pensión? La respuesta es sí, es la autoridad quien ordena la retención del dinero y su entrega al representante del menor.

Conviene aclarar que, en el supuesto de incumpliendo, es posible que el acreedor alimentario obtenga el interés legal. Lo mismo ocurre con los pagos no realizados durante el procedimiento judicial o administrativo; sin embargo, se debe tener presente que la cuestión económica siempre será con base en las percepciones del deudor.

Uno de los problemas que generalmente se han presentado en la celebración de convenciones, es la distinta interpretación que

cada país puede dar a las palabras, lo que dificulta llegar a un acuerdo. En tal sentido, La Haya ha creado un lenguaje neutro que se aleja totalmente de las particularidades lingüísticas de los Estados participantes. Con este fin, ha creado conceptos equivalentes; por ejemplo, en lugar de referirse a "firma original", término que no todos los países utilizan, lo cambiaron por "identificación del usuario", y en lugar de utilizar "acuerdo por escrito" se cambió por "acuerdo ratificado".

Es importante, en la celebración de convenciones, la forma en que se llevará a cabo su implementación, ya que esto requiere de todo un proceso que se inicia con el planteamiento de un problema extendido en los Estados. A fin de conocer el grado de afectación que sufre cada país sobre el problema detectado, se les envían cuestionarios que, una vez resueltos, permiten formular un proyecto de convención; esta fase puede ser también muy larga.

Obtenida la suficiente información, se formula un proyecto y se convoca a los Estados para su discusión en sesiones plenarias, proceso que requiere de tiempo. Después de varias sesiones plenarias, se formula el proyecto final y se somete a la firma de los representantes de los Estados que participaron en las negociaciones, a fin de ser ratificado de acuerdo con el procedimiento interno de cada país.

Durante las sesiones plenarias suelen formarse comisiones. La fundamental es la Comisión de Redacción, cuyo trabajo realmente consiste en armonizar las distintas posturas de los Estados respecto a los puntos en que no se logró llegar a un acuerdo.

De lograr que el proyecto se apruebe, se tendrá una convención cuya naturaleza será de Derecho uniforme por ser vinculante.

Puede ocurrir que, en lugar de un proyecto, lo que se formule sea una Ley Modelo; documento que en forma alguna es vinculante, pero su objeto únicamente es presentarlo como una

muestra de la forma en que se podría solucionar un problema. En este supuesto, los Estados están en libertad de tomar esta Ley en forma total, parcial o bien ignorarla.

En la Conferencia de La Haya el idioma oficial inicialmente fue el francés, posteriormente se aceptó el inglés. Se espera que en algunos años más el español sea lengua oficial, ya que actualmente los hispanoparlantes ocupan el segundo lugar.

Es importante destacar que en diciembre de 2004 la Conferencia de La Haya convocó a una reunión de jueces en la Ciudad de Monterrey en México, con el fin de establecer una red de comunicación entre ellos, lo que permitirá lograr una cooperación procesal rápida, ágil, amistosa y eficaz en la solución de los problemas, independientemente de la existencia de convenios sobre cooperación o acuerdos de reciprocidad. La red de jueces parece ser la vía que más celeridad dará a la cooperación procesal internacional.

En conclusión, la cooperación procesal internacional tiene las bondades de ofrecer una vía eficaz en la obtención de alimentos y de evitar la impunidad del obligado, en atención a que todo Estado parte tiene el compromiso de cumplir con una sentencia extranjera siempre que el Estado solicitante satisfaga los requisitos de la Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Resoluciones Extranjeras.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 311-323.

# LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL EN EL MARCO DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PARA LA APROBACIÓN DE UN CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES*

*María Virginia Aguilar**

## 1. Introducción

A finales de la década de los ochentas e inicio de los noventas del siglo pasado, la comunidad internacional se vio en la necesidad de estructurar las adopciones a nivel internacional, en razón de las múltiples adopciones irregulares que se realizaban en diferentes países y que provocó que varios de estos, principalmente latinos, entre ellos Guatemala y México, se convirtieran en países de turismo de adopción.

México firmó[1] la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores, firmada en la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984, y así mismo firmó[2] el Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de La Haya, firmada el 29 de mayo de 1993.

En este trabajo, me voy a referir primeramente a qué pasó después de la firma de los documentos convencionales, cómo se

---

* Este documento es producto de la transcripción, autorizada por la autora, de la Conferencia "La Adopción Internacional en el Marco de la Reforma Constitucional para la Aprobación de un Código Nacional de Procedimiento Civil y Familiar" impartida en el Aula Magna de la Escuela Judicial del Estado de México, en el marco del "Seminario Internacional Nueva Legislación Procesal Civil y Familiar", en febrero de 2018. Disponible en el canal de YouTube de la Escuela Judicial del Estado de México: *https://www.youtube.com/watch?v=bX27_4JmoWA*

** Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Especialista en temas sobre desplazamiento internacional de menores. Miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A. C. y ex Presidente de la misma. Fundadora y presidente de AB Abogados International Litigation. Correo: *maviaguilar@hotmail.com*

1 Publicada en el DOF el 21 de agosto de 1987. (Previamente aprobada por el Senado el 27 de diciembre de 1986).

2 Publicada en el DOF el 1 de mayo de 1995.

han implementado y qué conceptos se han incluido en nuestra legislación interna, los problemas que hay en este momento con la institución de la adopción, los cambios que se sugieren en el Código Nacional de Procedimiento Civil y Familiar y finalmente algunas consideraciones y comentarios generales al respecto.

## 2. Implementación de las Convenciones Internacionales sobre Adopción en México

Después de la firma de los documentos, independientemente de que el artículo 133 constitucional permitió la introducción de las Convenciones a la legislación nacional, había que implementar los conceptos en las legislaturas de los Estados; por lo que varias instituciones se avocaron a buscar la forma de hacerlo, como los estudios realizados por los académicos de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, el Dr. Leonel Pereznieto Castro y el Lic. Fernando Alejandro Vázquez Pando de la República quienes afirmaron:

> Al celebrarse un tratado sobre una materia local, ésta no deviene en central y el Congreso carecerá de facultades para legislar en la materia, salvo a través de las llamadas *facultades implícitas,* pero se da lugar a una ley que regula válidamente la materia y que tiene vigor en toda la República; es una ley general o nacional.

Sin embargo, en el momento de la implementación, las legislaturas de los Estados, junto con el DIF Nacional y Estatal, empezaron a ingresar conceptos y formas en sus legislaciones; por ejemplo, en ambos documentos convencionales se estableció que las adopciones fuesen *plenas,* es decir, que se estableciera entre los adoptantes y el adoptado un vínculo de filiación para que el menor adoptado tuviera relación filial no solo con sus adoptantes sino con la familia como si fuera hijo biológico. De entonces a este momento, en los 32 Estados de la Republica existe la adopción plena; incluso algunos han derogado la adopción simple, pero han aceptado la obligación de que se conviertan a plenas y en el caso de las adopciones internacionales todas deben ser plenas.

Se reconoce a partir de estos documentos el principio de *subsidiariedad,* de modo que el Estado y sus políticas públicas busquen el interés superior del niño dentro de su propio país, tratando de que miembros de su propia familia de origen[1] le proporcionen el cuidado y de que continúe con su cultura en respeto a sus derechos fundamentales. Y únicamente en caso de que no hubieran encontrado una familia en su lugar de origen, al ser adoptado por personas con residencia habitual en un Estado diferente al de origen del menor, sería trasladado (a un Estado de recepción), por lo que se requiere la autorización de entrada y de residencia permanente en ese país.

Para estos efectos, se instauró un sistema de cooperación entre los Estados Contratantes para que las adopciones fueran *irrevocables,* y así los menores de 18 años tuvieran seguridad jurídica.

Se designaron como autoridades centrales, en calidad de facilitadoras de la aplicación del Convenio, a la Secretaria de Relaciones Exteriores, a través de la Dirección General de Protección a Mexicanos en el Exterior, por medio de su Departamento de Familia para la recepción de los documentos que llegan del extranjero, al inicio y al final del trámite; después de que se realizó la adopción, expide el certificado que establece el artículo 23 de la Convención de La Haya que es el *reconocimiento de la adopción* y el permiso de salida en calidad de autoridad del Estado de Origen del menor, así como la posibilidad de *seguimiento del adoptado* durante los siguientes uno o dos años. También señalaron al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) Nacional y los correspondientes Estados para verificar y crear el *Certificado de Idoneidad* (que indica que los futuros adoptantes sean idóneos), y en su caso expide el oficio de *adoptabilidad* del menor, con el que reconoce que el niño es adoptable, y una vez verificado expide el *oficio de viabilidad* de la adopción, será también la autoridad encargada de enviar al Juzgado Familiar la solicitud para que se ratifique la adopción por medio de sentencia judicial.

1 Principio de Subsidiariedad, preferir el cuidado del menor por su familia original o dentro de su país para evitar la pérdida o cambio de cultura.

Los jueces de lo familiar, al recibir el expediente para una adopción nacional o internacional, ya tienen cubiertos los requisitos de edad mínima de los adoptantes y estos están definidos según la legislación interna de cada Estado; si la reforma la ubica entre los 25 años y con una diferencia de edad con el adoptado de 17 años, la está adecuando a la ley de la Ciudad de México, que no es igual a todas (en el Estado de México es de 21 años para los adoptantes y de 10 años de diferencia con el menor).

En el certificado de idoneidad se ha revisado la situación personal de los adoptantes en sus aspectos médicos, de honorabilidad, patrimonial y de salud mental, y ya se tiene, al momento de pasar al juzgado, el certificado de adoptabilidad del menor, que puede ser adoptado, ya sea porque la persona que ejercía la patria potestad sobre él la ha perdido y la suple la institución, o porque dará su consentimiento de viva voz en la audiencia, que para estos efectos se lleva en un trámite de jurisdicción voluntaria o un procedimiento no contencioso, y, una vez que se emita la sentencia, se inscribirá en el acta original de nacimiento del menor y se expedirá otra nueva con los datos de los padres adoptantes, con la secrecía que solo será develada para evita un matrimonio entre parientes o por la necesidad del adoptado al momento de ser mayor de edad.

De 1995 a la fecha (23 años), los documentos convencionales han permeado la legislación interna y el Poder Judicial se ha encargado de reconocer la existencia de las adopciones nacionales y de armonizar a las internacionales con mecanismos y procedimientos casi iguales en todo el territorio nacional, excepto en Quintana Roo, donde no se ha aceptado la inclusión de las adopciones internacionales. En los demás Estados, incluso se han creado leyes especializadas para la adopción, como en el Estado de México, Morelos, Hidalgo y otros, y hay jueces especializados en adopción internacional, como los jueces 1° al 5° en la Ciudad de México.

Sin embargo, todavía hay que seguir abriendo caminos para poder reconocer que puede haber adopciones internacionales

realizadas por mexicanos en otros Estados o extranjeros que vivan en México que quieran adoptar en otras naciones, aunque no sea en países parte de las Convenciones, o extranjeros que pretendan adoptar en México, aunque sean de países no firmantes. Mi propuesta en estos casos, es que quienes adopten en otro Estado no parte, homologuen la sentencia y subsanen los documentos que no hayan sido requeridos, en atención al interés superior del niño que va a ingresar a México, que al entrar al país cumplan con la normatividad que nosotros ya tenemos implementada y que los adoptantes de países no parte puedan hacer su solicitud directa ante nuestras autoridades centrales y entreguen los documentos solicitados para los países firmantes.

### 3. Iniciativa para la aprobación de un Código Nacional de Procedimiento Civil y Familiar en materia de Adopción Internacional

Pero, ¿qué ha pasado en estos 23 años? Desafortunadamente, ante requisitos más restrictivos, se han inhibido las adopciones nacionales, y casi desaparecido las internacionales, y sigue habiendo muchos niños en los albergues públicos y privados; sin que estos sean adoptables y sin posibilidad de ser adoptados después de los 6 años y hasta los 18 años, lo que los deja en situación desafortunada para la continuación de vida, porque van a ser personas que van a crecer dentro de un lugar restringido en su libertad y su formación de valores y afectos.

Se ha discutido mucho si las personas del mismo sexo deben o no adoptar, esto pierde importancia cuando existen heterosexuales que en años no acaban de llenar requisitos, lo cual los deja fuera casi de inmediato.

La adopción en México no se detiene en un juzgado, porque el trámite tiene una temporalidad de entre 3 y 6 meses máximo. Se detiene en llenar todos los requisitos y conceptos previos, lo que ha llevado a incrementar nuevamente adopciones ilícitas y a crear un caldo de cultivo para los vientres rentados, con la

problemática consecuente; porque lo que no podemos detener es la necesidad de que las personas quieran tener una familia con hijos que, paradójicamente, no es proporcional con la NECESIDAD DE FAMILIA que tienen todos esos niños albergados, pues no depende de ellos el poder pertenecer a una familia y están siendo detenidos por la revisión y cumplimiento de tantos requisitos.

Esta es la única bandera que se esgrime en la exposición de motivos del Código Nacional de Procedimiento Civil y Familiar al que me voy a referir. Al revisar esta exposición, vemos que la senadora integrante de la LXIII Legislatura hace su propuesta principal en atención a la figura de la adopción, cuyo interés, aun siendo válido y atento a la problemática reportada en estadísticas del INEGI y los periódicos, no refleja la eficacia que pretende para incrementar las adopciones; y si bien es cierto que su interés es subsanar las deficiencias y lagunas que aún existen, y hacer menos engorrosos los trámites de adopción, también es cierto, que no toma en consideración la gran labor que han hecho los Estados al crear leyes especializadas en esta materia y el empeño que han puesto las Instituciones encargadas de este tema, como las procuradurías del menor, los directivos de los Centros de Asistencia públicos y privados y la creación de procedimientos, que personal incluido y jueces, buscan y propician para el mejor interés del niño.

La propuesta busca iniciar otro procedimiento, quizás tomando algunos de los conceptos que ya se tienen, pero con una confusión de ideas por una parte y con retrocesos en otros casos; de hecho se establece en dicha iniciativa lo siguiente:

> En este tenor de ideas, en seguimiento de esta tendencia legislativa, con fundamento en el Decreto del pasado 16 de septiembre de 2017 publicado en el Diario Oficial de la Federación en materia de justicia cotidiana, mediante el cual se reformaron entre otros el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ahora el Congreso de

> la Unión tiene el mandato y facultad constitucional de expedir una legislación única en materia civil y familiar, que armonice el procedimiento civil y familiar, incluyendo por supuesto al procedimiento de adopción, en un solo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

En sus 32 artículos, incluyen este trámite como un procedimiento de tramitación especial; sin embargo, es confuso porque en los últimos de esos quince artículos se refiere al procedimiento de oralidad, y sin embargo, cuando refiere al tipo de procedimiento, establece que "se tramitará ante los órganos jurisdiccionales como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ajustándose en lo conducente al procedimiento oral y sus principios. Y agrega… Solo la adopción internacional será substanciado como un procedimiento jurisdiccional de tramitación especial, *sin establecer cómo se sustanciará éste*" (resaltado añadido).

La iniciativa reconoce la naturaleza jurídica de la adopción como un mecanismo exclusivamente procesal, bajo los principios rectores del interés superior del niño y su derecho a vivir en familia.

En este sentido, la iniciativa incluye a la adopción, en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, como un procedimiento especial con una legislación procesal uniforme en todo el país, con reglas específicas para su tramitación y desahogo ante la autoridad judicial competente.

Lo establece en el libro Tercero de los Procedimientos Especiales, en el Capítulo IV Adopción. Las novedades de la presente iniciativa respecto del procedimiento especial de adopción se establecen en tres rubros:

> *a)* Se establece como un mecanismo único que ha de observarse en las solicitudes, trámite y resolución del procedimiento de adopción en toda la República Mexicana, agregando que esta decisión se hace en el marco de respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano es parte.

*b)* Se fija la supletoriedad de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, para determinar los alcances y definición que establece el Código Nacional, en caso de interpretación, así como, la constitución de dos organismos competentes en la materia:
*c)* Por un lado propone la *creación del Subsistema Nacional de Adopción* como sección del Sistema Nacional de Protección Integral, responsable administrativo de los procedimientos de adopción, y para ese motivo, se propone la reforma de la Ley General de Niños Niñas y Adolescentes; y, en un segundo plano, propone *El Registro Nacional de Adopción* como la sección del Registro Nacional de Población que contiene el padrón de niñas, niños y adolescentes susceptibles de ser adoptados, que incluye los datos personales de identidad, situación jurídica actualizada, e informe de adoptabilidad, así como, de los certificados de idoneidad; al efecto se incluye una propuesta de reforma a la Ley General de Población en ese sentido.

Además, se propone *el establecimiento de un Folio Único de Solicitud de Adopción como número único de registro a nivel nacional* con validez en toda la República Mexicana para identificar una solicitud de adopción registrada en el Registro Nacional de Adopción.

Lo que es difícil de concebir es la propuesta de agilización del procedimiento de adopción y garantizar la rapidez, ahora con tres audiencias en lugar de una, considerando la temporalidad del procedimiento en máximo 6 meses, computados a partir del día siguiente de celebrada la Audiencia inicial que dio comienzo al proceso jurisdiccional de la adopción.

Se establece *la creación de Juzgados Familiares especializados en materia de adopción,* al efecto proponiendo la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y mediante el transitorio correspondiente, el mandato constitucional para que las legislaturas locales reformen las legislaciones de los Poderes Judiciales locales de manera correspondiente, en un plazo máximo de 180 días, a partir de la entrada en vigor del Decreto que contiene la presente iniciativa.

Como se ve, va a haber más juzgados que personas que puedan adoptar o de niños en calidad de ser adoptables.

En el glosario establece una serie de definiciones, pero cuando se refiere a la adopción internacional señala "aquella que se realice en términos de lo dispuesto por los tratados internacionales en la materia", sin aclarar por qué elegir una u otra. Cuando se refiere al tipo de familias, como la familia de acogida, establece que brinde cuidado y atención al niño, niña o adolescente *por un tiempo limitado sin establecer cuánto.* Cuando se refiere a Órgano Jurisdiccional, señala los juzgados o tribunales federales o de las entidades federativas. Cuando señala la representación coadyuvante, establece el acompañamiento en el procedimiento judicial y administrativo, sin señalar a cuáles procedimientos se refiere.

Propone en el Registro Nacional de Adopción un padrón de niñas, niños y adolescentes susceptibles de ser adoptados, que incluye los datos personales de identidad, situación jurídica actualizada, e informe de adoptabilidad, así como, de *los certificados de idoneidad* pero no establece de qué forma se hará la publicidad y quién se ocupará de ella.

Establece una multiplicidad de sistemas de protección y de subsistemas, que lejos de ayudar, van a provocar más burocracia.

Las adopciones internacionales las refieren como las definen los tratados sin explicar a qué se refieren; debería establecer que: "son aquellas en las que el niño es trasladado de su lugar de origen o de residencia habitual a otro País de recepción o de destino" y aclarar "que es adopción internacional tanto cuando las personas vienen a adoptar a México, como de mexicanos que adoptan en otros países".

Las adopciones por extranjeros, siguen la misma suerte de las nacionales por ser solicitadas por extranjeros que viven en México.

Menciona a los Tratados Internacionales vigentes en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes de los que el Estado

mexicano sea parte, permitiendo que los operadores del Derecho definamos cuál de las 31 convenciones en materia de niños podemos elegir.

Explica que los órganos jurisdiccionales deberán expedir un Formato Único de Solicitud de Adopción, ya sea la plena, la internacional o la que se haga por extranjeros; en este punto confunde la forma de adoptar con la situación de efectos de la adopción, porque desde la firma de las convenciones se decidió que la única forma de adopción que brinda seguridad jurídica a los niños es la plena, porque es la que les permite tener una situación de hijo biológico, de romper los lazos biológicos y de tener parentesco con una familia. Y aunque serán los tres tipos de adopciones que existirán, no descubre nada nuevo porque ya existen.

Establece que el interesado debe de solicitar la adopción *en forma personal y directa,* acreditando *ante el órgano jurisdiccional competente de su domicilio,* y que este podrá requerir a cualquiera de las autoridades competentes que integran el Subsistema Nacional de Adopción informes que acrediten los requisitos previamente señalados, para ser ingresados con el formato o las pruebas, para mejor proveer respecto de la resolución que se emitirá sobre la adopción. Esto es una locura, porque agrega un formato administrativo al judicial, que hasta ahora venía siendo funcional, o puede ser como en el Estado de México que es solo administrativo ante el órgano competente que es el DIF, el cual también recibe solicitudes de adopciones internacionales con los parámetros ya establecidos en la Convención de La Haya.

Dentro de los requisitos para adoptar, dice que el adoptante debe contar con certificado de idoneidad expedido por la autoridad competente, sin explicar cuándo y cómo lo obtuvo.

### 3.1. Requisitos especiales de la adopción por extranjeros residentes en territorio nacional

En el caso de la adopción que se pretenda realizar por extranjeros, el extranjero o pareja de extranjeros que pretendan adoptar

a un menor o incapacitado, deberá exhibir al órgano jurisdiccional competente, adicionalmente a los requisitos señalados en el artículo anterior, los siguientes:

*a)* Acreditar su legal estancia en el país mediante su condición de estancia de Residencia Permanente en el país, expedido por la autoridad migratoria competente;
*b)* Constancia de no antecedentes penales, reporte de historia criminal o su equivalente, expedida por la autoridad competente de su país de origen, debidamente legalizada o apostillada, según sea el caso; *si viven en México, lo lógico es que ese certificado sea expedido aquí.*
*c)* Un documento oficial, expedido por la autoridad competente de su país de origen, en el que conste el conocimiento por parte de dicha autoridad del inicio del procedimiento de adopción y el reconocimiento por parte de dicho Estado que, en caso de resultar procedente la adopción, al adoptado no se le prohibirá el ingreso a dicho país. *No es necesario porque van a salir de México como hijo de estos.*

### 3.2. Requisitos especiales de la adopción para la adopción internacional

La adopción internacional es aquella promovida por personas, sean nacionales o extranjeros, con residencia habitual fuera del territorio nacional. La adopción se concederá únicamente si se han verificado los requisitos y condiciones establecidas en el *Convenio Relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional.*

*a)* Jurisdicción competente en caso de adopción internacional. Tratándose de adopción internacional, la ley de residencia habitual del candidato a la adopción regirá la capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado, así como el procedimiento y las formalidades extrínsecas para la constitución del vínculo. La ley del domicilio del adoptante o adoptantes regirá, en cambio:

- La capacidad para ser adoptante;
- Los requisitos de edad y estado civil del adoptante;
- El consentimiento del cónyuge o concubina del adoptante, si fuera el caso, y
- Los demás requisitos para ser adoptantes. En el supuesto de que los requisitos de la ley del adoptante sean menos estrictos que los señalados por la ley del candidato a la adopción, se aplicará esta última.

En caso de interpretación, de la presente disposición o conflicto competencial de manera supletoria, la adopción internacional se sujetará a lo dispuesto en la *Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopciones de Menores.*

El órgano jurisdiccional que autorizó la adopción plena tiene competencia para ordenar al Registro Nacional de Adopción que informe al adoptado sobre sus antecedentes registrales, cuando este o sus adoptantes lo soliciten para determinar impedimentos matrimoniales o por cualquier causa grave y fundada, así como a solicitud del Ministerio Público en los casos de investigación penal.

*b)* Trámite de la adopción. Los solicitantes deberán acudir a cualquier órgano jurisdiccional, se le otorgará el Formato Único de Solicitud de Adopción y se le informará de las audiencias necesarias para el desahogo del procedimiento.

Los solicitantes autorizarán a las entidades que integran el Sistema Nacional de Protección para que realicen las diligencias necesarias tendientes a comprobar los requisitos establecidos.

*c)* Folio Único de Solicitud de Adopción. Una vez presentada la solicitud se generará un Folio Único de solicitud de adopción y el órgano jurisdiccional integrará el expediente judicial a que haya lugar.

*d)* Registro de la adopción. Una vez que la resolución de autorización de la adopción cause ejecutoria, en el plazo de cinco días

hábiles, el órgano jurisdiccional que apruebe la adopción remitirá copia de las diligencias respectivas al juez del Registro Civil del lugar para que levante el acta de adopción correspondiente, que será registrada en el Registro Nacional de Adopción.

e) Tipo de procedimiento. La adopción se tramitará ante los órganos jurisdiccionales como un procedimiento de jurisdicción voluntaria, ajustándose en lo conducente al procedimiento oral y sus principios, señalados en la presente Ley. La adopción internacional será substanciada como un procedimiento jurisdiccional de tramitación especial, de acuerdo a la legislación aplicable.

## 4. Consideraciones y comentarios finales

La adopción internacional está bien definida como la promovida por personas, sean nacionales o extranjeros, con residencia habitual fuera del territorio nacional.

Las adopciones de mexicanos en el extranjero también se deben considerar como adopciones internacionales.

Los requisitos de adopción para estos, si son entre personas que vienen de Estados firmantes de la convención, deben seguir las reglas ya establecidas para ello.

Si son extranjeros que vivan en México deben seguir las reglas nacionales con las salvedades que establezca la Ley General de Población, por ser un asunto del Estado civil de las personas y seguir la regla del domicilio.

Los mexicanos que adopten fuera de México, si son en países firmantes deben seguir las reglas de la Convención que ya están establecidas y llenar de todos modos la reglamentación de una adopción internacional; es decir, llenar su certificado de idoneidad y solicitar el permiso de entrada y permanencia para el menor.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 325-341.

# DESPLAZAMIENTO ILEGAL Y RESTITUCIÓN DE MENORES*

*Blanca Colmenares Sánchez***
*María Virginia Aguilar****
*Víctor Manuel Rojas Amandi*****

La conferencia se desarrolló con las intervenciones de distintos panelistas, Blanca Colmenares expuso los pormenores de las convenciones de Naciones Unidas, la Convención Interamericana sobre restitución de menores y los elementos esenciales de dichos instrumentos. En su turno, Víctor Manuel Rojas, comentó las intervenciones de las panelistas pero, sobre todo, criticó el proceso establecido por las convenciones. Finalmente María Virginia Aguilar centró su participación en los retos a los que se enfrentan los abogados litigantes en la restitución internacional de menores y los momentos que considera claves del proceso. Es muy importante tener en cuenta las definiciones de residencia habitual del menor y de padre solicitante y sustractor, así como autoridad central. En síntesis este trabajo reúne la visión de una jueza al aplicar las convenciones, la de los abogados desde la práctica y de los investigadores.

* Conferencia impartida el 26 de septiembre de 2017 en Auditorio Lic. Abel Villicaña de la Escuela Judicial del Estado de México. Disponible en el canal de YouTube de la Escuela Judicial, *https://www.youtube.com/watch?v=x5sfUMoKLWM*

** Egresada del Doctorado en Derecho Judicial de la Escuela Judicial del Estado México, Maestra en Derecho de esta misma Institución, Licenciada en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y actualmente es Juez de Primera Instancia Juzgado Segundo de lo Familiar Estado de México. Correo: *blanca.colmenares@pjedomex.gob.mx*

*** Licenciada en Derecho por la UNAM, profesora de Derecho Internacional Privado y tratados internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas, UNAM, actualmente forma parte del grupo de asesores externos de la consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Correo: *maviaguilar@hotmail.com*

**** Doctor en Derecho por el Instituto Max Planck de Derecho Público y Derecho Internacional Público de la Universidad de Heidelberg en Alemania. Doctor en Derecho Europeo y Derechos Humanos por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, España. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores (Nivel III). Actualmente es el Director General de la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: *victor.amandi@pjedomex.gob.mx*

**Blanca Colmenares Sánchez:**

## 1. Antecedentes de la protección a los menores

La restitución internacional de menores, como instrumento de la protección de los niños y la protección de las familias, se debe desprender desde el enfoque de los derechos humanos; es decir, de los derechos fundamentales que constituyen una preocupación internacional y nacional para resguardar la integridad y dignidad de las personas.

La protección a los infantes no es un tema estático, se ha mantenido en evolución. En el pasado no se contemplaba la protección de derechos de los niños; luego se generaron las primeras reglas en materia laboral y educación. Se originaron congresos internacionales con la finalidad de dar protección a los niños. Todo ello contribuyó para que en 1989 sea creara la "Convención sobre los Derechos del Niño", de 1989,[1] que constituyó el primer cuadro universal de protección que brinda orientación ética, valorativa y procesal sobre la protección de los niños. Específicamente, sobre el tema que nos ocupa, el artículo 11 pugna por el no desplazamiento de los niños. En la Convención se señala a la familia como el núcleo fundamental de desarrollo de las personas, del cuidado natural y la protección específica de los niños.

Para proteger desde la perspectiva de la Convención, se parte de la identidad del menor; cómo se integra, entendiendo a la familia como núcleo ideal de progreso, amor, respeto, solidaridad, etc.; pero también pueden gestarse circunstancias que afecten negativamente al menor, como conflictos de poder entre los padres, eventos de tensión y estrés. Derivado de ello, alguno de los integrantes de la familia, en el contexto global en el que vivimos, puede decidir buscar otro lugar más favorable a fin de poder quedarse en guarda y custodia o derechos inherentes del menor.

1 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991.

Es importante tomar en consideración por qué se generan este tipo de situaciones, en muchos casos las parejas no son estables, alguno de los integrantes, o los dos, trasladan los afectos y las emociones a sus hijos; de hecho es muy común pensar que quienes no fueron buenas parejas, por lo menos desean ser considerados buenos padres. Por ello, los hijos se convierten en tesoros personales, es el último resquicio contra la soledad de los padres y tratan de preservar sus intereses personales más allá de los del menor.

De esta manera, uno de los miembros de la familia puede optar por llevarse al pequeño lejos de donde se encuentra su residencia habitual, su casa, sus amigos; es decir, todo lo que le es cercano o familiar. El resultado es que esa situación alterará los vínculos que tiene con sus progenitores y se generará una situación compleja y de estrés.

Es esencial que se proteja la identidad y la dignidad del menor en los primeros años de vida, porque es cuando se comienzan a conformar una serie infinita de conexiones con su sociedad. Ello que nos hace únicos, dignos e irrepetibles, se debe proteger como sucede con la identidad del infante a través del principio universalmente aceptado que es el interés superior del menor, su identidad; es decir, conservar el medio donde se desenvolvió que es clave de la residencia habitual del infante que establece la Convención.

## 2. Instrumentos relativos a la sustracción internacional de menores

La "Convención sobre los Derechos del Niño" constituye el marco de referencia de una serie de convenciones derivadas, como son el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", de 1980,[2] la "Ley Modelo Sobre Normas Procesales para la Aplicación de los Convenios

2 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992.

Sobre Sustracción Internacional de Menores" y la "Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores".[3] La Convención de La Haya es la más utilizada en México porque, además de ser universal, la mayor parte de los casos se llevan con Estados Unidos y este país es signatario de dicho Convenio.

## 3. Convención de La Haya sobre sustracción internacional de menores

Los objetivos específicos de esta Convención están enmarcados en los artículos: 1°, 2°, 4° y 5° y constituyen una protección a la custodia de los infantes, que cuando se realiza un desplazamiento ilícito del menor esta convención se accione.

Los jueces requeridos no pueden pronunciarse sobre el fondo; o sea la guarda y custodia, convivencia o alimentos, guardando únicamente como objetivo específico el de restituir al infante a su residencia habitual, garantizando que el derecho de custodia efectivo se haga valer. Por lo tanto, se puede afirmar que se trata de una norma de competencia negativa, esto significa que no se pueda conocerse el fondo y que solo se realice la restitución. ¿Por qué la Convención no otorga facultades al juez requerido para ir más allá en el asunto? Porque no tiene competencia para pronunciar sobre cuestiones que solo competen al juez requirente.

### 3.1 Custodia y derecho de visita

Los conceptos que se van a analizar serán vistos desde una perspectiva internacional, porque cada Estado tiene su propio contenido y significado, por ejemplo, el concepto de "guarda y custodia" en México es distinto del que se tiene en España o en Bélgica; por ello, el objetivo debe ser muy preciso. La custodia en México es: la representación y el cuidado integral, social, psicológico y emocional del infante; sin embargo, esta definición es muy cercana al concepto de "patria potestad". Unificando criterios, la

3 Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de julio de 1994.

Convención define la "custodia" como el cuidado y el poder de decisión sobre la residencia habitual del infante. Al respecto, el artículo 5° señala:

> A los efectos del presente Convenio:
>
> *a)* el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia;
> *b)* el "derecho de visita" comprenderá el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su residencia habitual.[4]

Me parece oportuno señalar, si el derecho de convivencia, como nosotros lo conocemos, es un concepto correspondiente con la protección que se establece en el Convenio, la INCADAT,[5] que es la página de orientación sobre la información que emite La Haya, indica la extensión del derecho de visita, y que en mi opinión, de ahí emerge, en un sentido parecido a la patria potestad, si hace valer la protección del Convenio.

### 3.2 Retención Ilegal de menores

¿Cuándo se da la sustracción o retención ilícita? Cuando se infringe el derecho de custodia, que haya sido dado a una persona, organismo o institución, en relación a la residencia habitual del infante. El convenio señala en su artículo 3°:

---

4 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Disponible en: *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24*. Consultado el 24-02-2018.

5 "INCADAT es la principal base de datos legal sobre la ley internacional de sustracción de menores. Es una herramienta gratuita y completa para la investigación de casos, resúmenes de casos y análisis jurídico de la aplicación de la Convención de La Haya de 1980 sobre el secuestro de niños. El sitio web también proporciona material adicional pertinente a esta área del derecho. La base de datos se actualiza regularmente y está disponible en inglés, francés y español. INCADAT es utilizado por jueces, autoridades centrales, profesionales de la justicia, investigadores y otros interesados en este marco de cooperación jurídica internacional que ayuda a proteger a los niños de los efectos nocivos del secuestro internacional de niños en unos 100 países.", INCADAT, "Acerca de INCADAT". Disponible en: *https://www.incadat.com/es/about-incadat*. Consultado el 24-02-2018.

> El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:
> *a)* cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
> *b)* cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.
> El derecho de custodia mencionado en *a)* puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.[6]

En un estudio de las cortes de Estados Unidos, realizado por Viviane I. Lennon, se argumentaba que un derecho de visita no era suficiente para hacer valida la restitución, como fue el caso Croll vs Croll.[7] Sin embargo, esta concepción cambió, en el caso Abbot vs Abbot, en donde se concluyó que el derecho de visita si era suficiente.[8]

En la práctica jurisdiccional, es importante que, si se considera que hay un caso de riesgo, se revisen las sentencias o convenios existentes sobre la materia, y con base en ellos, procurar que los interesados conserven los derechos de patria potestad. En caso de que el infante deba salir del país, se requiera de la autorización de los padres. Con ello, si el caso entrara a una jurisdicción internacional, se proteja la "custodia" a la que se refiere el Convenio.

---

6 Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *op. cit.*

7 El caso se puede consultar en: INCADAT, Croll vs Croll, 2000, Disponible en: *https://www.incadat.com/es/case/313*. Consultado el 24-02-2018.

8 Lennon González, Viviane I, "¿Cuidado personal a partir del régimen de la relación directa y regular? La importancia del derecho internacional y comparado", *Revista Chilena de derecho privado*, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, Fundació Fernando Fueyo Laneri, núm. 17, Santiago de Chile, 2011, pp. 119-126.

### 3.3 Residencia habitual del infante

¿Cómo se determinan los lazos generados por un infante en un lugar?, los estudios internacionales señalan que se deben analizar los lugares de residencia de los padres y revisar dos aspectos: cuál fue la intención y el tiempo; si el infante es mayor de 4 años, también se debe analizar el tiempo y los lugares de residencia, la intención del infante y sus vínculos.

¿Cuánto es el tiempo para considerar un lugar la residencia habitual?, en la doctrina no hay un consenso al respecto, los autores señalan períodos que van de los 6 meses a los 2 años, aunque el término genérico es de un año, de acuerdo a las diferentes circunstancias. Es necesario recalcar que se habla de un aspecto, de lazos y emociones y no geográfico.

### 3.4 Sustracción

La sustracción es precisamente el desplazamiento del infante, en una franca violación del derecho de custodia que se ejerce de forma efectiva. Cuando se habla de desplazamiento ilícito, se presume que en un ejercicio de derecho de visita el infante sea traslado a otro lugar y no sea restituido, o en otro caso, no regrese a su residencia habitual y en cualquiera de estos casos entonces se habla de retención ilícita.

España ha señalado que esto es un delito, a pesar de que es de competencia civil, se ha señalado que la protección del infante debe darse desde la materia penal.[9]

El artículo 12 establece la obligatoriedad del Estado a restituir al infante, inmediatamente si es menor a un año. Los procedimientos después de la expiración del plazo de un año, podrán ordenar la restitución del menor, salvo que quede demostrado que ha quedado integrado a su nuevo ambiente:

9 El delito se encuentra tipificado en el Artículo 225, Bis.

> Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor.
>
> La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente.
>
> Cuando la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido tenga razones para creer que el menor ha sido trasladado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de retorno del menor.

En Alemania, transcurrido un año, se presume que hay integración salvo que se demuestre lo contrario, y por ende ya no se otorga la restitución.

### 3.5 La edad en los procedimientos de restitución

Cuando en el desarrollo del procedimiento de restitución el menor cumple los 16 años, el procedimiento se debe cerrar. En la práctica, al menos en México, se acata lo dispuesto en la ley, aunque hay autores que señalan que debería atenderse a la opinión del infante, de acuerdo a su edad y madurez. En un caso, en el que hay tres menores que deben ser restituidos y uno de ellos está próximo a cumplir los 16 años, y los otros dos son de menor edad, el juez puede determinar que en beneficio de no separar a los hermanos se haga la restitución de los tres, a pesar de que uno de ellos alcanzó la edad en la que la protección convencional ha perdido su validez. Porque un infante que tiene 16 años tiene opinión que no puede ser desatendida, es decir, ya

tiene la capacidad de ser interprete de su propio interés. De entre las facultades que se establecen en la convención para actuar en estos casos, pueden revisarse los artículos 3 y 18.

### 3.6 Los requisitos para llevar a cabo la restitución son:

- Los datos de identificación (papá, mamá, sustractor, el solicitante y el infante).
- La edad.
- Los motivos
- Datos de localización

Si todavía no hay una resolución o un convenio de por medio, cuando se está solicitando la restitución, es decir, el momento en que los problemas de pareja ocasionan que uno de los integrantes salga del país de la residencia habitual del menor, sin que se haya iniciado un conflicto o un litigio, ¿cómo se podría comprobar que se tiene la custodia de un menor que se está ejerciendo de manera efectiva? Esos dos aspectos serán revisados, por lo tanto el Estado que está haciendo la solicitud, deberá enviar una copia legalizada o una copia de la legislación vigente y el acta de nacimiento del menor para observar que se ejerce la custodia en ese contexto.

## 4. Excepciones

Antes que nada, se debe comprobar que el padre acusado por sustraer o retener ilegalmente al menor, esté ejerciendo su derecho de custodia, si se señala lo contrario, quien desea restituir al niño, tiene la carga de la prueba. Por ejemplo, un padre que está recluido, es obvio que no ejerce la custodia del menor, pero tal vez el padre si cumple con las visitas, cumple con sus obligaciones alimentarias, si tiene algún contacto con el menor (virtual, etc.), entonces ejerce la custodia.

Las excepciones procuran no colocar al menor en una circunstancia de peligro psíquico o físico o una situación que se asuma poco tolerable para el menor. ¿Cómo se califica esta situación?

Una propuesta presentada por Rainer Hüßtege lo clasifica en 3 supuestos básicos:[10]

> *a)* La Excepción relacionada con el padre que solicita la entrega del niño, que está relacionada con la posibilidad de que el padre que está solicitando ejerce algún tipo de violencia o maltrato, y por lo tanto, no es posible que se restituya a un medio violento. De nuevo surge otra interrogante, ¿de quién es la responsabilidad de realizar la investigación para determinar si se ejerce violencia en el país hábitat del menor? En la mayoría de los casos esta tarea corresponde al Estado en donde se determinó la residencia habitual del menor.
> *b)* Si el Estado en donde se encuentra la residencia habitual del menor representa un peligro, es decir un ambiente violento para el infante. Si existen hambrunas, amenazas de guerra.
> *c)* Si el padre sustractor tiene una orden de aprensión o si existe alguna situación de riesgo en el Estado residencia habitual del menor, por lo que se deben buscar formas de protección al padre sustractor que también protegerían al menor.

Finalmente el Convenio señala que no se debe hacer valer el derecho del Estado de la residencia habitual del menor para impedir que se hagan valer las obligaciones internacionales. El periodo de respuesta para las solicitudes, que se den en el marco del Convenio, es de un plazo no mayor a 6 semanas calendario. Y el Convenio señala que debe sugerirse en todo momento la mediación, ocupar los medios alternos de solución de conflicto para desahogar la restitución.

**Víctor Manuel Rojas Amandi:**

## 5. Crítica a la Convención de La Haya de 1980

En síntesis, lo que protege el Convenio, es la residencia habitual y quizás se puedan tener dudas de si ese es el mejor criterio;

10 Rainer, Hüßtege, "El Convenio de La Haya sobre sustracción internacional de menores a la luz de la práctica judicial", *Boletín de los Jueces*, T. IX, 2006, p. 23 y 24. Disponible en: *https://assets.hcch.net/upload/news2006s.pdf*. Consultado el 24-02-2018.

por ejemplo, se podría tomar en cuenta la posibilidad de desarrollo del menor. En ese sentido, podemos hablar de algunas decisiones que podrían calificarse como injustas, por ejemplo, si una pareja conformada por un ciudadano europeo y una madre mexicana, tienen un hijo que nace en Europa y pasa sus primeros años de vida allá, lo que convierte al país en el que vive Estado residencia habitual del menor. Por un problema de pareja, la madre se lleva al menor a México y el padre solicita la restitución del menor bajo el Convenio; —como se podrá imaginar— al apelar a la residencia habitual del menor, este debe ser restituido y el padre es quien se encarga de él. Pero años adelante, el padre encuentra una nueva pareja y encarga al menor con los abuelos, quienes ya no pueden brindarle una educación integral.

También existe la resistencia de los menores para que los restituyan a su residencia habitual, al grado de amenazar con el suicidio, en el peor de los casos, y, puede suceder que exista gran dificultad para subir al menor a un vuelo que no quiere hacer para regresar a su "residencia habitual".

Además, hay que tener en cuenta que en México no se puede prescindir del amparo, por lo tanto no se cumplirán las 6 semanas señaladas en el Convenio. Es imposible que se desahogue en un tiempo tan corto un amparo y de inmediato se lleve a cabo la restitución.

Otro punto de conflicto es cómo coexisten los temas nacionales e internacionales, los límites de la legislación local y los del Convenio, en dónde está la frontera entre el tema de familia y el tema de restitución.

Para finalizar, cuando se habla de litigar o dirimir el tema de fondo, en el Estado de donde fue sustraído el menor, lo cual tiene dificultades asegunes como la imposibilidad del padre sustractor de ingresar a ese país, o que las condiciones para hacer valida la custodia de un menor sean extremas, como las que se han aplicado en Texas, estableciendo que se pierde la custodia del

menor una vez que se sale del Estado. Es decir, existen innumerables formas en las que se puede afectar a uno de los padres en el caso de regresar al menor al Estado residencia habitual.

Por ello, concluyo, la restitución internacional de menores y la aplicación del Convenio es un tema que debe mantenerse en un debate abierto y con la mayor información posible para tomar una decisión.

**María Virginia Aguilar:**

## 6. Los convenios sobre restitución internacional de menores en la práctica

El Convenio de La Haya marca claramente cuándo se puede restituir a un menor y cuándo no, si se aplican las causas de excepción. Se han señalado a grandes rasgos cómo está estructurada la Convención. De hecho, el Código Procesal Civil del Estado de México, establece que para una aplicación más eficiente de las convecciones, se puede acudir indistintamente a la"Convención sobre los Derechos del Niño"o el"Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores", sin embargo en la realidad esta ambigüedad genera más conflictos de los que se podrían imaginar.

Existe un formato internacional de restitución en el cual los padres solicitantes deben recurrir a su autoridad central para que les apoye. A partir de la experiencia que nos ha dejado la aplicación del "Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores" y la "Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores", que entraron en vigor durante los años noventa, hemos comprobado que no es tan sencilla la aplicación de los conceptos que contienen. En particular, el Convenio de La Haya señala que se aplique el criterio más ágil para la restitución del menor, aludiendo a las 6 semanas señaladas; esta premura se debe a que se pretende evitar que el menor sufra desarraigo de su "residencia habitual".

Para que los jueces intervengan y tomen una decisión definitiva sobre la restitución o no del menor, se deben observar los puntos álgidos y claves, así como proteger el vínculo del menor con su cultura.

## 7. Cómo debe actual el juez

1. Hacer un auto inicial, que permita darle validez a la solicitud. Esta solicitud les llegará por parte del Estado solicitante a través de la autoridad central del Estado refugio.

2. Determinar cuál convenio se debe de seguir, seguramente se deberá elegir el de La Haya, porque es más amplio y está firmado por 93 Estados.

3. Resolver si es procedente o no la restitución del menor. En el primer caso deberá ser de inmediato pero tomando en cuenta las pruebas que se hayan aportado. Las pruebas del padre solicitante ya vienen incluidas en la solicitud de inicio presentada en el Estado "residencia habitual del menor", que, entre otros elementos, deben contener: fotografía del menor, fotografía del padre que lo sustrajo, pero podría ser algún familiar (los abuelos, tíos) y hasta alguna institución.

### 7.1 Auto Inicial

El padre sustractor generalmente ya ha planeado la sustracción, con ayuda de los familiares en el Estado refugio, han conseguido alojamiento, escuela para los niños, todo con la finalidad de comprobar que tienen un apego. Por ello, el juez en el auto inicial debe proteger al menor. Se debe cuidar el debido proceso a las partes, que consiste en que tengan oportunidad de defenderse, en el caso del padre sustractor.

Cuando se envía un menor al Estado "residencia habitual" no es para quitarle la custodia al padre sustractor, la guardia y custodia le pertenece y la ejercen padre y madre, en ocasiones ya está definida por un divorcio. Es muy importante hacer hincapié en que

se habla de "residencia habitual", no se pone a revisión la guardia y custodia o decidir quién la hace efectiva, etc. Lo que busca el Convenio es que se restituya al menor al lugar en donde se encuentran sus apegos; los menores, en muchos casos, son quienes dan la clave al juez. Por ello es muy importante la entrevista, se puede comprobar la madurez del menor, saber si el apego del niño era importante o necesario en su "residencia habitual".

Por estadísticas se observa que en México los asuntos sobre restitución internacional de menores, son 80% relaciones México-Estados Unidos. Este dato no quiere decir que los niños o padres sean mexicanos o estadounidenses, hay casos de niños mexicanos con padres españoles, o niños italianos, etc.

En antaño, cuando llegaban solicitudes de procedimiento de restitución internacional, se operaban a través del DIF y se dejaba al menor bajo su custodia; sin embargo, en México desencadenó innumerables amparos. Al respecto hay que aclarar que no solo en México se prolonga la restitución más allá de las 6 semanas, personalmente he llevado casos en Brasil y en Estados Unidos que se han extendido más de un año, y en Francia con apelaciones se alcanzan hasta 3 años.

Lo primero que quiere hacer el padre sustractor es esconder al menor, que pase el tiempo y que en la causa de excepción aplique la adaptación que ha tenido el menor en el Estado refugio.

Lo que se pretende con las convenciones señaladas es que se reintegre al menor al Estado "residencia habitual" y ahí el padre sustractor regrese a reclamar sus derechos. Como dato, en casi todos los países, los menores de 6 u 8 años deben permanecer con la madre.

Por eso, se recomienda que los jueces siempre que conozcan un caso de restitución internacional de menores, antes de consultar cualquier texto sobre el tema, revisen el Convenio de La Haya o la Convención Interamericana, porque ahí se describen los pasos, desde la búsqueda y localización.

Un punto importante es que en el auto se señale la audiencia como su derecho pero que también se soliciten los pasaportes para evitar el traslado del menor a otro Estado refugio. En un caso llevado en el Estado de México, un juez, correctamente, señaló en el auto los días para llevar a cabo la audiencia, notificó a la madre sustractora para que pudiera desahogar los elementos que la llevaron a tomar la decisión de sustraer al menor y de existir alguna causa de excepción se comprobara; la mujer, cuando fue notificada de nuevo, se escapó con el menor. El juez debe hacer todo lo posible por la localización del menor, girar oficios a cualquier dependencia para que ayude a encontrar al menor, solicitar a la Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV) a la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (por la licencia de conducir), etc. Al final, la mujer fue localizada otras dos ocasiones más y de nuevo se escapó con el menor.

Por eso, es muy importante hacer todo lo posible para que en el auto de inicio se establezcan todas las protecciones para llevar una custodia efectiva del menor.

### 7.2 Etapa de pruebas

Es exclusivamente de las causas de excepción, porque no se puede alegar custodia efectiva si en el Estado residencia habitual del menor no se pagaba la pensión alimenticia; en otro caso si se aduce maltrato hacia la mujer, se debe comprobar que la madre sustractora acudió a las instancias para denunciar, si se buscó ayuda de la autoridad. Al respecto, casi todas las madres sustractoras alegan que los menores fueron violados, pero tendría que demostrarse la denuncia. Las pruebas deben ser antes de la sustracción.

Se debe verificar la custodia del menor, el registro, acta de nacimiento, etc., cualquier documento que pueda probar la custodia sobre el menor será requerida.

Cuando se trata de definir cuál es la residencia habitual del menor, por ejemplo, con un infante que señala que tiene su residen-

cia habitual en un Estado, en la entrevista se debe ahondar para tratar de clarificar la vida que llevaba en el Estado del que fue sustraído. En los casos en los que el menor, no tiene más de dos años, o que es difícil comprobar el Estado residencia habitual, se debe verificar cuáles eran los planes que tenía la pareja, por ejemplo un departamento en renta, una escuela- Los puntos de contacto se encuentran en la entrevista con los niños o analizando el expediente. No se trata de entrar a fondo, simplemente obtener la verdad histórica del caso.

La finalidad de las excepciones, del papel del juez en la restitución es el interés superior del menor, por eso se tienen facultades amplias, para no regresar arbitrariamente a un menor o para protegerlo si es que hay probabilidad de peligro en el Estado"residencia habitual"; por ejemplo, si hay duda de que un menor es golpeado, se pude hacer una recomendación para que se verifique en los próximos 6 meses posteriores a la restitución y sean evaluadas las condiciones del menor.

La Red Internacional de Jueces de La Haya[11] existe para la asesoría de los jueces, para en primer lugar, evitar que el padre sustractor se escape; es decir, asegurar la custodia del menor, luego para realizar la restitución o no, para que en el momento de la ejecución se realice efectivamente.

### 7.3 Ejecución

La Suprema Corte de Justicia, señaló que ya no debe haber apelaciones porque ya existe el juicio de amparo; sin embargo, en los Estados siguen promoviendo apelaciones. En cuanto al amparo se considera que es una facultad constitucional para decidir si lo que se está haciendo por el juez es correcto o no dentro de

11 Para encontrar los jueces miembros de la Red en México se puede consultar el registro de La Haya disponible en internet en International Hague Network of Judges (IHNJ), además de otros elementos de ayuda para restitución internacional de menores: La Haya, "Sección Sustracción de Niños": Disponible en: *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/child-abduction*. Consultado el 24-02-2018.

los Derechos Humanos y quizás el único aspecto que se puede encontrar a este recurso, en materia de restitución internacional, es que no sea ágil o que no sea claro en las determinaciones.

Es muy común que las sentencias dictadas por los jueces estatales sean revocadas por el juez federal. Por eso, una vez que el juez local ha dictado sentencia, se inicia la parte más complicada para los abogados que se dedican a la restitución internacional de menores, pues es toda una travesía llegar con el menor al aeropuerto o la vía por la que se regresará al menor a su residencia habitual, antes de que se acepte el amparo y se imposibilite a que el menor salga; con ese recurso se prolonga por dos años la restitución del menor. Con ello, se suma alienación de alguno de los padres, un entorno más complicado y un trauma mayor para el menor.

## 8. Conclusiones

Finalmente es necesario que en los casos de restitución internacional de menores, regresar al menor, pero con la claridad de que no se actualice alguna de las causas de excepción o, al contrario, evitar el regreso pero con las excepciones debidamente sustentadas. No se debe olvidar que los padres sustractores tienen derechos y son personas que simplemente salieron asustadas de algún Estado pero son padres o madres de un menor del que tienen derechos.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 343-360.

# OBSERVACIONES GENERALES EN MATERIA DE ADOPCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, FORMULADAS A LAS DISPOSICIONES CONTENIDAS EN EL PROYECTO DE CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES Y QUE REFORMAN LA LEY GENERAL DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES, ASÍ COMO LA LEY DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, EN MATERIA DE ADOPCIÓN*

*Haydée Barrios Quevedo***

## 1. Consideraciones generales

Los cambios introducidos por el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, de fecha 29 de mayo de 1993, ratificado por México el 14 de septiembre de 1994 y vigente a partir del 1° de mayo de 1995,[1] hacen necesario examinar y reexaminar, atentamente, la regulación que en esta materia han venido aplicando los Estados parte de dicho Convenio durante los últimos años.

En efecto, si bien el citado Convenio se refiere a la adopción internacional, el desarrollo que el mismo hace de los principios contenidos en el artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de fecha 20 de noviembre de 1989,[2] así como en la Declaración de Naciones Unidas

---

* Disponible en la Gaceta del Senado, núm. 37, t. I, 30 de octubre de 2017, pp. 80-192, *http://www.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/63/3/2017-10-30-1/assets/documentos/gaceta1.pdf*. La autora agradece el apoyo brindado por la Dra. Yaritza Pérez Pacheco en el suministro de los datos necesarios para elaborar este artículo.

** Abogada por la Universidad Central de Venezuela (UCV). Ha impartido cátedra de Derecho Civil, Derecho Internacional Privado. Ex Directora de la Biblioteca Central de la UCV. Correo: *barrioshaydee@hotmail.com*

1 Decreto Promulgatorio publicado en el Diario Oficial de la Federación el 24 de octubre de 1994. Ver estatus de la Convención en la página oficial de la Conferencia de La Haya, *https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=69*

2 Ratificación por México: 21 de septiembre de 1990. Decreto Promulgatorio publicado en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991. Disponible en: *http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D40.pdf*

sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños,[3] considerados sobre todo desde el ángulo de las prácticas en materia de adopción y de colocación familiar en los planos nacional e internacional, resulta necesario admitir que muchas de las previsiones del Convenio de La Haya de 1993, producen cambios importantes en la regulación de la adopción nacional, que deben materializarse en las normas que se dicten al respecto.

Aun cuando se afirma que el mencionado Convenio no pretende armonizar el Derecho material sobre la adopción vigente en los Estados parte, sino crear un sistema flexible de cooperación para asegurar la observancia de determinadas garantías en las adopciones internacionales, no es menos cierto que todo lo referido a la adopción sigue siendo objeto de discusión en el ámbito de los órganos públicos encargados de legislar en la materia y de aquellos que tienen a su cargo la aplicación de las normas y su seguimiento. Todo ello acompañado de la permanente crítica e insatisfacción de los particulares que, con gran desconocimiento de la materia, pretenden que, en corto tiempo y sin mayores exigencias, les sea entregado un niño cuya historia, condición y necesidades desconocen totalmente.

Lo cierto es que la adopción es una institución concebida fundamentalmente para la protección de aquellos niños, niñas y adolescentes privados totalmente de su medio familiar de origen, que han sufrido y necesitan una familia que los cuide y los acepte como son y no como los imaginan. Se trata de una materia que reviste gran complejidad y respecto de la cual hay mucha desinformación y confusión, motivos por los cuales su regulación debe ser clara, detallada y precisa, a fin de evitar malos entendidos y errores en su aplicación, los cuales terminan perjudicando a la parte más débil de esa relación jurídica: los propios niños.

3 Declaración de Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 41/85, de 3 de diciembre de 1986.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, nos permitimos formular las observaciones que se expresan a continuación, sobre el contenido de lo que se ha denominado:

Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que Reforma la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción.

A tal efecto, nos referiremos, en primer lugar, al contenido de la Exposición de Motivos y, en segundo lugar, a las disposiciones que contienen la propuesta de reforma propiamente dicha.

## 2. Observaciones a la exposición de motivos

El contenido de la misma es bastante heterogéneo y en él se hace referencia a una serie de aspectos generales de la regulación legal y de la aplicación práctica de la adopción. A los fines de nuestras observaciones, nos concretaremos a los cinco aspectos que consideramos de mayor importancia, independientemente del orden en que han sido abordados en dicha Exposición.

2.1. Habida cuenta de la variedad de disposiciones que se encuentran vigentes en México en materia de adopción, ya que cada Estado de la federación dispone de su propia regulación material y procesal en la materia, tal y como puede observarse de las gráficas sobre el marco jurídico estatal de la adopción que se encuentran incorporadas en la Exposición de Motivos, coincidimos en considerar de la mayor importancia de que exista una legislación única en esta materia, que armonice las distintas soluciones estatales y proporcione mayor seguridad en el tratamiento procesal de la adopción, evitando así que se prefiera la aplicación fraudulenta de las normas cuyo contenido resulte más acorde con los dudosos intereses de algunos particulares, con la consiguiente desprotección de quienes vayan a ser adoptados.

2.2. En el texto de la Exposición de Motivos se hace la siguiente afirmación "…la iniciativa pretende regular el procedimiento de tres tipos de adopción: la plena, la internacional y la realizada por extranjeros, quedando la adopción simple excluida de la regulación de la presente iniciativa por los motivos expuestos previamente".[4]

Dicha afirmación resulta confusa e inexacta, pues de los tres tipos de adopción a los que se alude para informar sobre la exclusión de la adopción simple, bastaba con referirse a la adopción plena. En efecto, la adopción puede ser plena o simple, dependiendo de los efectos de la adopción. Esto es, si la adopción establece un vínculo de filiación entre adoptante y adoptado, y elimina los vínculos del adoptado con su familia de origen, con excepción de los impedimentos para contraer matrimonio, la adopción será plena. Si por el contrario, la adopción mantiene los vínculos de filiación entre el adoptado y su familia de origen y solo crea una relación de convivencia y manutención con el adoptante, la adopción será simple.

Por otra parte, la adopción plena puede ser nacional o internacional. En efecto, de acuerdo al lugar donde tienen su domicilio o residencia habitual el adoptante y el adoptado, la adopción puede ser nacional o internacional. Así, la adopción será nacional si ambas partes tienen residencia habitual o domicilio en el mismo Estado con independencia de su nacionalidad; y será internacional si adoptante y adoptado tienen residencia habitual o domicilio en Estados diferentes.

Y, finalmente, la adopción puede ser realizada por nacionales o por extranjeros, y en ambos casos, ser nacional o internacional dependiendo del domicilio o de la residencia habitual de las partes, o plena y simple dependiendo de los efectos de la adopción.

De manera que referirse a estos tres tipos de adopción, en el contexto que se hace en la Exposición de Motivos, conduce a una innecesaria confusión.

4 Exposición de Motivos, Gaceta del Senado, núm. 37, t. I, 30 de octubre de 2017, p. 85.

2.3. En dicha Exposición de Motivos se afirma erróneamente que: "De este modo, la adopción es considerada por el marco jurídico internacional como un mecanismo que hace efectivo el derecho que tienen las niñas, niños y adolescentes a recibir protección y asistencia especiales por parte del Estado, en caso de que se encuentren privados *temporal o permanentemente* de su medio familiar, cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio" (destacado nuestro).[5]

A continuación se copia, en la Exposición de Motivos, el contenido del artículo 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya errónea interpretación ocasiona el comentario antes transcrito, insistiéndose en el error al afirmarse, a continuación de la copia del texto del artículo 20, lo siguiente:

> Sobre este particular, es importante destacar que la adopción es un mecanismo de naturaleza procesal que le brinda protección y asistencia especiales por parte del Estado hacia las niñas, niños y adolescentes, que se encuentran privados *temporal o permanentemente* de su medio familiar, cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio" (destacado nuestro).[6]

Las anteriores afirmaciones contienen errores muy graves e importantes en materia de adopción. En primer lugar, la adopción no procede en los casos en que los niños, niñas y adolescentes estén *temporalmente* privados de su medio familiar, ya que, en tales casos, una vez resuelta la situación que los privó *temporalmente* de su medio familiar, estos volverán de nuevo a su propio medio familiar, lo cual resultaría imposible si el niño, niña o adolescente es dado en adopción.

De manera que la adopción procede y está concebida solo y únicamente para los casos en que estas personas se encuentren *permanentemente* privados de su medio familiar. En apoyo a lo

5 Exposición de Motivos, Gaceta del Senado, núm. 37, t. I, 30 de octubre de 2017, p. 85.

6 *Ibidem*, p. 86.

que aquí se afirma, basta leer el mencionado artículo 20 completo, para damos cuenta de la intención del mismo, pues en su segunda parte prevé que: "2. Los Estados Partes garantizarán, de conformidad con sus leyes nacionales, *otros tipos de cuidado* para esos niños. 3. Entre esos cuidados figurarán, entre otras cosas, la colocación en hogares de guarda, la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores. Al considerar *las soluciones*, se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico" (destacado nuestro).

Como puede evidenciarse, la propia norma se refiere a una serie de posibilidades para proteger a los niños privados temporal o permanentemente de su medio familiar, siendo la adopción solo uno de los tipos de cuidado que procederá solo cuando los niños estén privados permanentemente de su medio familiar.

2.4. Hacia la parte final de sus consideraciones acerca de la adopción, en la Exposición de Motivos se afirma que: "Por tal motivo, la adopción se configura como un mecanismo de naturaleza procesal mediante el cual se concreta la transmisión del vínculo paterno filial entre adoptante y adoptado que se consuma con la emisión de una sentencia de la autoridad judicial competente, siempre bajo la garantía del principio constitucional del interés superior del niño".[7]

La anterior afirmación nos parece que se presta a confusión, ya que ciertamente la adopción contiene un aspecto procesal importante, pero su naturaleza no es procesal.

Como puede evidenciarse de la abundante literatura que la desarrolla, la adopción es una institución de protección que tiene por objeto proveer a un niño, totalmente privado de su medio familiar originario y apto para ser adoptado, una familia sustituta, permanente y adecuada.

7 Exposición de Motivos, Gaceta del Senado, núm. 37, t. I, 30 de octubre de 2017, p. 87.

2.5. Finalmente, consideramos necesario referirnos a los testimonios incluidos en la Exposición de Motivos para ilustrar las dificultades enfrentadas por algunas personas para satisfacer sus "necesidades de adoptar un niño." Lamentablemente las experiencias seleccionadas muestran conductas muy cuestionables por parte de las personas interesadas en adoptar, las cuales constituyen la negación del derecho de los niños a ser protegidos. En la primera de dichas experiencias, aparentemente recogida en un periódico local, se narran las actuaciones de una pareja que, por su cuenta y riesgo, decide, por sí misma, llegar a un acuerdo económico con la abuela de un niño, que todavía no había nacido y cuya futura madre, de 19 años de edad, se encontraba confusa y desorientada frente a las responsabilidades que tendría que afrontar. Si para algo puede servir utilizar una narración tan desagradable e inapropiada, con fines de criticar algún aspecto de la adopción, es, justamente, mostrar al lector todo lo que se pretende combatir mediante la adopción, entre otras cosas: evitar las entregas directas de los niños a personas cuyas condiciones personales y morales se desconocen, aprovechándose de la inexperiencia, confusión y necesidades de madres jóvenes que carecen de recursos.[8]

La segunda experiencia no menos desafortunada, narra las consecuencias de quienes imprudentemente, utilizan los contactos a través de las redes para lograr una adopción internacional.[9]

## 3. Observaciones al articulado referido a la adopción, contenido en el Proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y que reforma la Ley General de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, así como la Ley del Poder Judicial de la Federación, en materia de Adopción

En el material objeto del presente análisis, una vez finalizada la Exposición de Motivos, se enuncian los Títulos que integrarán el

8 Exposición de Motivos, Gaceta del Senado, núm. 37, t. I, 30 de octubre de 2017, p. 81.

9 Exposición de Motivos, Gaceta del Senado, núm. 37, t. I, 30 de octubre de 2017, pp. 81-82.

mencionado Proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares y, a continuación, se enuncian las novedades que contiene la iniciativa en cuestión respecto del procedimiento especial de adopción.

En relación con el contenido de este enunciado, nos permitimos hacer las observaciones que se expresan a continuación.

3.1. En el número 2 se anuncia la constitución de dos organismos competentes en materia de adopción. El primero de ellos es el Subsistema Nacional de Adopción, previsto en la letra a); y el segundo es el Registro Nacional de Adopción, previsto en la letra b), respecto al cual van dirigidas nuestras observaciones.[10]

Conforme se expresa en el Proyecto, el Registro Nacional de Adopción está "integrado en el Subsistema Nacional de Adopción que contiene el padrón de niñas, niños y adolescentes susceptibles de ser adoptados que incluye los datos personales de identidad, situación jurídica actualizada e informe de adaptabilidad, así como, de los certificados de idoneidad."

La constitución del mencionado Registro resulta totalmente contrario y atentatorio a la naturaleza misma de la adopción y a su finalidad de dar protección, no solo a los niños, niñas y adolescentes privados de su medio familiar de origen, sino también mantener la debida reserva de la identidad y demás datos personales, tanto de las personas que integran la familia de origen nuclear y ampliada de quienes pueden ser adoptados, así como también a las personas nacionales y extranjeras que desean adoptar a un niño en territorio mexicano.

En efecto, la creación de un Registro como el que se propone pondría al alcance de terceras personas ajenas al procedimiento de adopción los datos personales de quienes participan en un procedimiento de adopción, exponiéndolos innecesariamente

10 Exposición de Motivos, Gaceta del Senado, núm. 37, t. I, 30 de octubre de 2017, p. 92.

a situaciones de inseguridad totalmente fuera de su control. A objeto de justificar las afirmaciones hechas en el párrafo anterior, nos permitimos extraer de las Convenciones internacionales que rigen la materia aquellas previsiones que sustentan la necesaria reserva y confidencialidad que protege la información personal de quienes participan en un procedimiento de adopción.

La Convención de La Haya sobre Protección de Niños y Cooperación en materia de Adopción Internacional prevé en su artículo 31 lo siguiente: "Sin perjuicio de lo establecido en el art. 30, los datos personales que se *obtengan o transmitan* conforme al Convenio, en particular aquellos a los que se refieren los artículos 15 y 16, *no podrán utilizarse para fines distintos de aquellos para los que se obtuvieron o transmitieron*" (destacado nuestro).

Por su parte, la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en materia de Adopción de Menores,[11] prevé en sus artículos 7 y 8, primera parte, lo siguiente:

> Art. 7. Se garantizará el secreto de la adopción cuando correspondiere. No obstante, cuando ello fuere posible, se comunicarán a quien legalmente proceda los antecedentes clínicos del menor y de los progenitores si se les conociere, sin mencionar sus nombres ni otros datos que permitan su identificación.
>
> Art. 8. En las adopciones regidas por esta Convención las autoridades que otorgaren la adopción podrán exigir que el adoptante (o adoptantes) acredite su aptitud física, moral, psicológica y económica, a través de instituciones públicas o privadas cuya finalidad específica se relacione con la protección

11 Ratificación por México: 11 de febrero de 1987. Decreto Promulgatorio. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 21 de agosto de 1987. Declaración hecha por el Gobierno mexicano al ratificar la Convención: "el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos declaró hacer extensiva la aplicación de la mencionada Convención a los distintos supuestos de adopción a que se refieren los Artículos 12 y 20 de dicho instrumento, referencia que es incorrecta ya que tal declaración se aplica a los Artículos 2 y 20 de la citada Convención, suscrita en la Paz, Bolivia, el 24 de mayo de 1984". Disponible en: *http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-48.html*

del menor. Estas instituciones deberán estar expresamente autorizadas por algún Estado u organismo internacional.

Como puede observarse de las disposiciones transcritas, existe un especial cuidado y responsabilidad en el manejo de las informaciones personales que se obtienen como consecuencia de los procedimientos de adopción, al punto de que pueden conllevar responsabilidades por la indebida aplicación de los Convenios en cuestión.

Puede entenderse perfectamente el interés y la necesidad que existe en disponer de la información personal correspondiente al niño y su familia de origen, así como de los solicitantes de la adopción; sin embargo, estas informaciones deben ser debidamente resguardadas a fin de evitar que puedan utilizarse para fines distintos a los que justificaron su obtención.

Por otra parte, la creación de un Registro como el que se propone, podría tener un efecto contrario al que se desea, en cuanto a los solicitantes de la adopción, reduciendo considerablemente su número ante el temor de suministrar una serie de datos personales y patrimoniales, expuestos a una divulgación inapropiada y, en cuanto a los miembros de la familia de origen, prefiriendo las entregas directas de los niños para evitar que los datos sobre embarazos no deseados u otras intimidades consten en un registro al alcance de terceras personas.

3.2. En el punto 5 de las mencionadas novedades respecto al procedimiento de adopción, no queda claro lo relativo a la aplicación de las reglas procesales establecidas en las dos Convenciones en materia de adopción, vigentes para México.[12] Ello significa que se puede ir directamente al contenido de dichas disposiciones y pretender aplicarlas conforme la interpretación de los interesados o la incorporación, en un futuro próximo, de las previsiones contenidas en dichas reglas procesales bajo una formulación normativa en un texto legal.

12 Exposición de Motivos, Gaceta del Senado, núm. 37, t. I, 30 de octubre de 2017, pp. 92-93.

3.3. En cuanto a lo previsto en el punto 6, referido a la creación de juzgados familiares especializados en materia de adopción,[13] nos parece una decisión atinada debido a las características de la materia y a la importancia de disponer de jueces debidamente capacitados en ella y con la sensibilidad necesaria para lograr adopciones exitosas en beneficio de los niños, niñas y adolescentes urgidos de una familia sustituta escogida teniendo en cuenta sus necesidades y no la de los adultos.

3.4. En cuanto a las previsiones sobre adopción contenidas en el Proyecto de Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares estimamos oportuno referirnos, en primer lugar, al contenido de los artículos 527, 529 y 530, referidos a los requisitos exigidos en materia de adopción. Sin embargo, mientras el artículo 527 se refiere a los requisitos materiales de la solicitud de adopción, en el 529 la referencia se hace a los requisitos formales de la adopción por extranjeros en el territorio nacional y en el 530 a los requisitos especiales de la adopción para la adopción internacional.

En los tres casos se hace referencia a los requisitos para adoptar en México, tanto si se trata de una adopción nacional o internacional, aun cuando, tratándose de una adopción internacional, es necesario tener presente que de conformidad con el numeral 1 del artículo 2 de la Convención de La Haya sobre la Protección de Menores y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, los Estados Partes de la misma pueden ser Estado de origen, si en ellos se encuentra la residencia habitual del niño que ve a ser adoptado o, Estado de recepción, si en ellos se encuentra la residencia habitual de los cónyuges o la persona solicitante de la adopción. Esto último quiere decir que México puede ser Estado de origen o Estado de recepción, dependiendo de si en su territorio se encuentra la residencia habitual del niño a ser adoptado o la residencia del o los solicitantes de la adopción, respectivamente.

13 Exposición de Motivos, Gaceta del Senado, núm. 37, t. I, 30 de octubre de 2017, p. 93.

Por lo antes expuesto, resulta confuso el encabezamiento del artículo 527 del Proyecto cuando establece que: "Requisitos materiales de la solicitud de adopción. *Cualquiera que sea el tipo de adopción,* el interesado debe solicitarla en forma personal y directa, acreditando ante el órgano jurisdiccional competente en virtud del domicilio del candidato a la adopción:…" (destacado nuestro). Como puede observarse, en virtud de la aclaratoria hecha en el párrafo anterior, la previsión contenida en el artículo 527 se aplica solamente para los casos de adopciones nacionales, ya que en los casos de adopciones internacionales los solicitantes deberán proceder de otra manera, según sea México Estado de origen o Estado de recepción de la adopción. Esta aclaratoria es necesaria independientemente de que el artículo 530 del Proyecto se refiera a los requisitos especiales para los casos de adopción internacional.

En cuanto a los requisitos que el solicitante debe acreditar conforme a lo previsto en el artículo 527, estimamos conveniente destacar los que se mencionan en los números II, III, IV y V, debido a la naturaleza de orden público de los mismos.

En efecto, según lo dispuesto en el numeral II el solicitante debe acreditar: "Que existe acuerdo entre los cónyuges o concubinos para considerar al adoptado como hijo, en el caso de que la adopción se pida por personas que estén unidas en matrimonio o concubinato, pudiendo solicitarse aunque tengan descendientes." Al respecto, cabe señalar que tal circunstancia es una de las características esenciales de la adopción plena, que debe informarse expresamente a los solicitantes, al momento de formular su solicitud de adopción. Por tal razón, no puede estar supeditada a que exista un acuerdo previo entre los solicitantes acerca de considerar al adoptado como hijo. Se trata de una previsión legal de orden público y nada corresponde acreditar a los solicitantes en tal sentido.

De conformidad al numeral III del artículo 527, el solicitante debe acreditar: "Que la adopción se realiza para garantizar los princi-

pios rectores en materia de adopción y hacer efectivos los derechos del adoptado." En este numeral estamos de nuevo ante una previsión legal de orden público, que se impone a los adoptantes como consecuencia directa de la adopción, y nada les corresponde acreditar en tal sentido, ya que estamos refiriéndonos a los efectos legales de la adopción.

En cuanto al numeral IV del mismo artículo 527, en el mismo se prevé que el solicitante debe acreditar: "Que exista consentimiento del que ejerce la patria potestad, el tutor o de los sistemas que integran el Sistema Nacional de Protección Integral, según corresponda". El aspecto al cual se refiere este numeral, constituye una condición cuyo cumplimiento corresponde a las autoridades competentes en materia de adopción, para determinar la adaptabilidad de un niño. En efecto, si uno de los requerimientos de la adopción es evitar que existan los contactos previos entre los solicitantes de la adopción y los padres de los niños u otras personas que tengan la guarda de los mismos, hasta que se hayan cumplido las condiciones para que proceda la adopción, excepción hecha de los casos en los que la adopción tiene lugar entre familiares, resulta totalmente improcedente exigirle a los solicitantes de una adopción que acredite el consentimiento de las personas o funcionarios mencionados en el mencionado numeral IV. De lo contrario, se estaría favoreciendo que la adopción sea consecuencia de negociaciones entre las partes, desvirtuándose con ello su condición de institución de protección.

Respecto a lo que debe el solicitante acreditar, conforme a lo previsto en el numeral V del artículo 527, procede aplicar las mismas observaciones hechas al numeral IV.

En cuanto al supuesto del artículo 529 del Proyecto, referido a los requisitos especiales de la adopción por extranjeros residentes en territorio nacional, procede preguntarse si estos requisitos no resultarían también aplicables en el caso de la adopción por nacionales residentes en territorio de un Estado extranjero.

En lo que respecta al artículo 530 del Proyecto, el cual se refiere a los requisitos especiales para la adopción internacional, cabe observar que en el mismo se hace una referencia incompleta acerca de lo que debe entenderse por adopción internacional, pues toma en cuenta solo lo que atañe a la residencia habitual del solicitante o promovente de la adopción, pero nada dice acerca de la residencia habitual del niño a ser adoptado o candidato a adopción.

Así mismo, resulta oportuno llamar la atención acerca de que la norma se limita a indicar que dicha adopción se concederá únicamente si se han verificado los requisitos y condiciones previstos en los instrumentos internacionales que allí se mencionan. Sin embargo, si no se desea abundar sobre el tema, habida cuenta de que el articulado de dichas Convenciones constituye tan solo un marco jurídico dentro del cual se desarrolla la normativa material de cada Estado Parte, podría indicárseles a los interesados en dicha adopción la conveniencia de acudir ante la Autoridad Central mexicana en materia de adopción internacional, para obtener mayor información al respecto.

Finalmente procedería recomendar la incorporación al Proyecto de aquellas disposiciones contenidas en el Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado, que suministren información clara y precisa en una materia tan importante como esta. A título de ejemplo, remitimos a la lectura del artículo 531 del Proyecto, el cual en una sola norma redactada de manera muy deficiente se refiere a los aspectos a ser regulados por la ley de la residencia habitual del niño, y aquellos a ser regulados por la ley del domicilio del adoptante.

A título de sugerencia, creo que podría recomendarse la incorporación al Proyecto de los contenidos de los artículos 24, 28, 29, 42, 44 y 168.

Art. 24. Para la interpretación el tribunal deberá tomar en cuenta las siguientes pautas:

*a)* Cuando se trate de una disposición extranjera, su significado deberá hacerse conforme al orden jurídico y el tiempo a que pertenece dicha disposición, siguiendo la misma interpretación e integración que harían los jueces del lugar del orden jurídico designado.
*b)* Cuando se trate de un testamento otorgado en el extranjero, su interpretación será siempre a favor de la validez del mismo.
*c)* Cuando una disposición extranjera sea designada para regular un supuesto normativo, se decidirá conforme a los métodos o técnicas seguidos en el orden jurídico a que pertenece. De no ser este el caso, se decidirá con la ley con la cual la situación presenta vínculos más estrechos.
*d)* La ley o disposición extranjera designada por la norma de conflicto se aplicará según sus propios criterios o reglas de interpretación y de aplicación en el tiempo.
*e)* En cualquier caso, deberá decidirse a favor del mejor interés y los derechos del menor, de los trabajadores o de los ancianos.
*f)* En todo caso, deberá decidirse de manera tal que se haga posible la armonización de los ordenamientos jurídicos en presencia. El tribunal podrá tomar en cuenta los vínculos más estrechos con el acto jurídico de que se trate, procurando reconocer, en la medida de lo posible, la intención de los sujetos intervinientes.

Art. 28. Cuando la remisión se haga a un orden jurídico extranjero plurilegislativo se procederá de la siguiente forma:

*a)* Si el orden jurídico designado por la norma de conflicto corresponde a un Estado en el que coexistan más de un orden jurídico, el orden designado se elegirá según los criterios utilizados por ese Estado.
*b)* Si tales criterios no pueden ser individualizados el orden designado será identificado acorde a las normas vigentes en dicho sistema y, en defecto de tales normas, por el vínculo más efectivo que la situación tuviera con una de las legislaciones que componen este sistema.

Art. 29. Para todos los efectos de esta Ley deberá tomarse en cuenta las siguientes disposiciones:

*a)* Para el reconocimiento de los actos, leyes o instituciones jurídicas extranjeras no se tomará en cuenta su denominación, sino la función que desempeñan y los fines que persigue.
*b)* Toda disposición de cualquier entidad federativa que designe al Código Civil Federal, al Código Nacional de Procedimientos Civiles o al Código Nacional de Procedimientos Familiares, deberá entenderse que dicha designación será hecha a esta Ley de Derecho Internacional Privado cuando se trate de un problema de tráfico jurídico internacional.
*c)* Por orden jurídico designado, se entenderá el orden jurídico que una norma de conflicto ha elegido para regir el supuesto normativo.
*d)* Por ley de la residencia habitual se entenderá el orden jurídico que rige en el lugar donde se encuentra el domicilio o residencia habitual de una persona sin que importe su legal estancia.
*e)* Tratándose de menores de edad por residencia habitual se entenderá la del lugar donde se encuentran las actividades o centro de vida del menor.
*f)* Por residencia de las personas, tratándose de los efectos del estado civil, capacidad, sucesiones y derechos de familia, se entenderá, el lugar en el que la persona ha residido al menos seis meses continuos y se vincule con el grupo social de ese lugar.
*g)* Por domicilio común se entenderá aquél en el que la pareja convive realmente o de consuno, sin que importe que convivan con otras personas.
*h)* Toda autoridad mexicana está obligada a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción a la igualdad de derechos humanos, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

Art. 42. En la designación del orden jurídico elegido para regular la adopción se tomará en cuenta las siguientes disposiciones:

*a)* La capacidad del adoptante o adoptantes y requisitos para adoptar se rigen por el orden jurídico de la residencia habitual de cada uno al momento de la adopción. Los requisitos de edad del adoptante y del adoptado, así como la diferencia de edades entre uno y otro, se rigen por el orden del lugar de la adopción.
b) El consentimiento del cónyuge del adoptante se rige por el orden jurídico de residencia del adoptante.
*c)* La anulación de la adopción se rige por el orden jurídico del lugar de su otorgamiento.
*d)* Los requisitos de estado civil y edad del adoptante se rigen por el orden jurídico de la residencia del adoptante.
*e)* La capacidad, consentimiento y demás requisitos para ser adoptado se rigen por el orden jurídico de residencia habitual del menor.
*f)* Las relaciones personales y patrimoniales entre adoptante y adoptado se rigen por el orden jurídico de la residencia habitual del adoptado al momento de presentar la demanda. El mismo orden rige las relaciones entre adoptado y la familia del adoptante. Si el adoptado cambiase de residencia, el orden designado será el de este lugar a partir del cambio.
*g)* La publicidad del registro de una adopción se rige por el orden jurídico del lugar del registro.
*h)* Si existiesen requisitos manifiestamente inferiores en el orden jurídico del adoptante, se aplicará, a juicio del tribunal, el del adoptado.

Art. 44. Solo podrá ser desconocida la adopción constituida en el extranjero cuando sea manifiestamente contrario al interés superior del niño. La oposición solo podrá ser examinada en torno al interés superior del menor, no el de los padres u otras personas.

El reconocimiento de una adopción constituida en el extranjero implica el reconocimiento:

*a)* Del vínculo de filiación entre el niño y sus padres adoptivos.
*b)* De la responsabilidad de los padres adoptivos respecto al hijo.
*c)* De la ruptura del vínculo de filiación preexistente entre el niño y sus padres biológicos, si la adopción produce este efecto en el Estado en que ha tenido lugar la adopción.

Art. 168. Los procedimientos relativos a la adopción de menores, tutela o curatela de los incapaces se garantizan como un derecho humano fundamental, ninguno podrá ser dado a la publicidad, salvo a las personas directamente interesadas. La autoridad será responsable por el incumplimiento de esta disposición.

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 361-369.

# LA TORTURA Y SUS IMPLICACIONES EN LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL*

*Maximiliano Vázquez Castañeda***

## 1. Prohibición de la Tortura en tratados internacionales

El delito de tortura no es un tema nuevo. Se ha practicado a lo largo de la historia desde que existen las instituciones encargadas de la investigación y procuración de justicia. Es un tema trascendente en la actualidad, ya que ha existido una verdadera lucha por parte de los organismos internacionales para lograr que se respeten plenamente los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, lo cual, en gran parte, corresponde a los administradores y operadores de justicia hacerlos cumplir. Nada justifica a la tortura, ni a ninguna otra conducta activa o pasiva que atente contra la dignidad humana, pues hasta al peor de los asesinos se le deben respetar sus derechos fundamentales.

La prohibición de la tortura encuentra su primer antecedente en la historia moderna en la Declaración Universal de los Derechos Humanos[1] en su artículo 5: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes."Luego, en la Convención Americana de Derechos Humanos,[2] la cual, también en su artículo 5, titulado Derecho a la integridad personal, en sus primeros 2 párrafos establece que:

---

* Este comentario es producto de la transcripción autorizada por el autor de la Conferencia "La Tortura: sus Implicaciones en el Ejercicio de la función Jurisdiccional", impartida el 26 de mayo de 2016 en el Aula Magna Gustavo A. Barrera Graf de la Escuela Judicial del Estado de México. Disponible en el canal de YouTube de la Escuela Judicial del Estado de México: *https://www.youtube.com/watch?v=Fu_asIYBCFE*

** Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma del Estado de México, Titular del Juzgado Primero Penal de Toluca, Estado de México, México.
Correo: *maximiliano.vazquez@pjedome.gob.mx*.

1 Al concluir la Segunda Guerra Mundial se reunió la Asamblea General de las Naciones Unidas, apenas 3 años después de su fundación en París, en 1948, el 10 de diciembre en Paris, la declaración contó con la aprobación de 48 de los 58 Estados parte.

2 También conocida como el Pacto de San José, en 1969, fue adoptada en México el 6 de mayo de 1981 y publicada en el Diario Oficial de la Federación.

> *a)* Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.
> *b)* Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,[3] en su artículo 7 proscribe la tortura: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos".

En adelante los tratados internacionales generaron una descripción más específica de la tortura; ejemplo de ello es la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes,[4] que define la tortura en su primer artículo como:

> Todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas.

3 También conocido como Pacto de Nueva York, fue adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966, México se adhirió en 1981, fue publicado el 20 de mayo del mismo año en el Diario Oficial de la Federación.

4 Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1984. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de enero de 1986.

La Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura[5] la define en su artículo segundo como:

> Todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin.

En el mismo artículo se señala una forma equiparada de la tortura:

> Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica.
> No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo.

## 2. La tortura en la Constitución Mexicana

Todos los ordenamientos internacionales mencionados, de los cuales el Estado mexicano es parte, son oportunos para conocer el contexto internacional sobre el tema de la tortura; pero en el ámbito nacional ¿cuál es el marco legal en el que está proscrita la tortura?

Todo esto tiene como base el artículo 1°de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM):

5 La Asamblea General de la Organización de Estados Americanos reunida en Cartagena de Indias, Colombia, se reunió en septiembre de 1985 donde se redactó este documento, fue adoptado por México y publicado en el Diario Oficial de la Federación el 11 de septiembre de 1987.

> 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, indivisibilidad 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.

En el artículo 1° de la Carta magna se comienza a tejer el actuar en los procesos judiciales con respecto al tema de la tortura, en particular el tercer párrafo es el que va en esa dirección.

En el mismo sentido, continua el artículo 20 Inciso B, Fracción II, en donde señala los derechos del imputado, entre los cuales están que queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura y que la confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio.

Además, el artículo 20 prohíbe:

> […] las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

A través de esta información, el Ministerio Público, en ejercicio de las funciones que le impone el artículo 21 de la CPEUM, tiene que avocarse a la investigación. Asimismo, impone la obligación al órgano jurisdiccional de investigar este acto de tortura, precisamente para verificar si la manifestación del acto de tortura incide o no en el procedimiento, específicamente en las pruebas, desde la información generada hasta la confesión, lo cual suministra los elementos necesarios al juez para desestimar, en su caso, las pruebas.

Y en el artículo 29 se establece que:

> En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

### 3. Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Estado de México

Finalmente, para concluir la revisión del marco legal relativo a la tortura en el ámbito local, en el Estado de México, mediante el decreto 23 emitido por la LII Legislatura, en 1994, se creó la Ley para Prevenir y Sancionar la Tortura en el Estado de México.[6] Esta Ley se encuentra influenciada por todos los organismos mencionados y los ordenamientos que han desarrollado

6 Está Ley fue publicada el 25 de febrero de 1994, Gaceta de Gobierno, Periódico Oficial del Gobierno Constitucional del Estado de México. Disponible en: *http://legislacion.edomex.gob.mx/sites/legislacion.edomex.gob.mx/files/files/pdf/ley/vig/leyvig026.pdf*

mecanismos para sancionar y prohibir la tortura. La definición de tortura se encuentra en el artículo 2°:

> Comete el delito de tortura el servidor público que con motivo de sus atribuciones inflija golpes, mutilaciones, quemaduras, dolor o sufrimiento físico o psíquico, coacción física, mental o moral, o prive de alimentos o agua o disminuya la capacidad física o mental, aunque no cause dolor o sufrimiento físico o psíquico, de cualquier persona, con alguno de los fines siguientes:
>
> I. Obtener del sujeto pasivo o de un tercero información o confesión, o la realización u omisión de una conducta determinada;
> II. Castigarla por cualquier acto que haya cometido o se sospeche que ha cometido; o
> III. Obtener placer para sí o para algún tercero.
> IV. O cualquier otro fin que atente contra la seguridad del pasivo o de un tercero.

Me parece pertinente hablar sobre la pena que esta Ley establece, porque más allá de la conceptualización en el marco legal nacional e internacional, en este ordenamiento se señalan cuáles son las consecuencias para quien comete actos de tortura:

> Se le impondrá una pena de tres a doce años de prisión, de doscientos a quinientos días multa y destitución del cargo e inhabilitación para desempeñar otro de esta misma naturaleza, por un término hasta de veinte años, sin perjuicio de las penas que correspondan a otros delitos que concurran.
> No se considerarán como tortura las penalidades que sean consecuencia de sanciones legales o derivadas de un acto de autoridad.

Del precepto legal citado se desprende, en cuanto al sujeto activo del delito, la calidad específica que se requiere como elemento normativo del mismo. Es decir, que se debe tratar de un servidor público y que este servidor público debe encontrarse

en funciones para que, en un momento dado, pueda adecuarse su conducta a las exigencias de la norma.

Asimismo, se aprecian distintas hipótesis o formas de realización de la conducta, la autoría material y los fines que se persiguen. De igual manera establece los actos que no pueden considerarse como tortura.

En síntesis, la ley mexiquense circunscribe la tortura como un delito que atenta directamente en contra de la dignidad de las personas y el correcto ejercicio de la autoridad. Desde el objeto material del delito, no solo contempla las agresiones corporales, en tanto que no solo el cuerpo humano se ve afectado, sino la psique o la mente de la víctima del delito.

En el artículo 3 se estatuye la tortura equiparada, las formas de intervención del sujeto, al establecer que es igualmente responsable del delito de tortura el servidor público que:

> Con motivo de sus atribuciones ordene, instigue, obligue, autorice, planee y ejecute su comisión. De igual manera a quien consienta, permita o tolere su realización, teniendo el deber de evitarlo y, pudiendo impedirlo, no lo haga.
> Se impondrán las mismas penas previstas para el delito de tortura al particular que participe de cualquier manera en su comisión.

De este artículo se desprende que no solo los servidores públicos son responsables, sino también los particulares. Al respecto, en el artículo 4 se establece que:

> El servidor público perteneciente a una institución de seguridad pública o de impartición de justicia, que tenga conocimiento de un hecho de tortura, está obligado a denunciarlo de inmediato; si no lo hiciere, se le impondrán de dos a seis años de prisión y de treinta a trescientos días multa, así como destitución del cargo e inhabilitación para desempeñar otro

de esta misma naturaleza, por un término igual al de la pena privativa de libertad.

En otras palabras, no solo los miembros de una corporación de seguridad pública son sujetos de la Ley, también los órganos jurisdiccionales porque están inmersos en el procedimiento en donde se pueden incurrir en prácticas para obtener alguna declaración o instrumento probatorio a través de la tortura, y además es una obligación: tienen que informar de cualquier indicio de tortura durante el proceso.

## 4. Conclusiones

La tortura debe investigarse desde dos vertientes:

1. Se trata de un delito que debe investigarse por parte del Ministerio Público.
2. Como violación a los derechos fundamentales, involucra tratados internacionales y protocolos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para que las autoridades jurisdiccionales tengan un punto de apoyo para poder actuar en un caso de tortura.

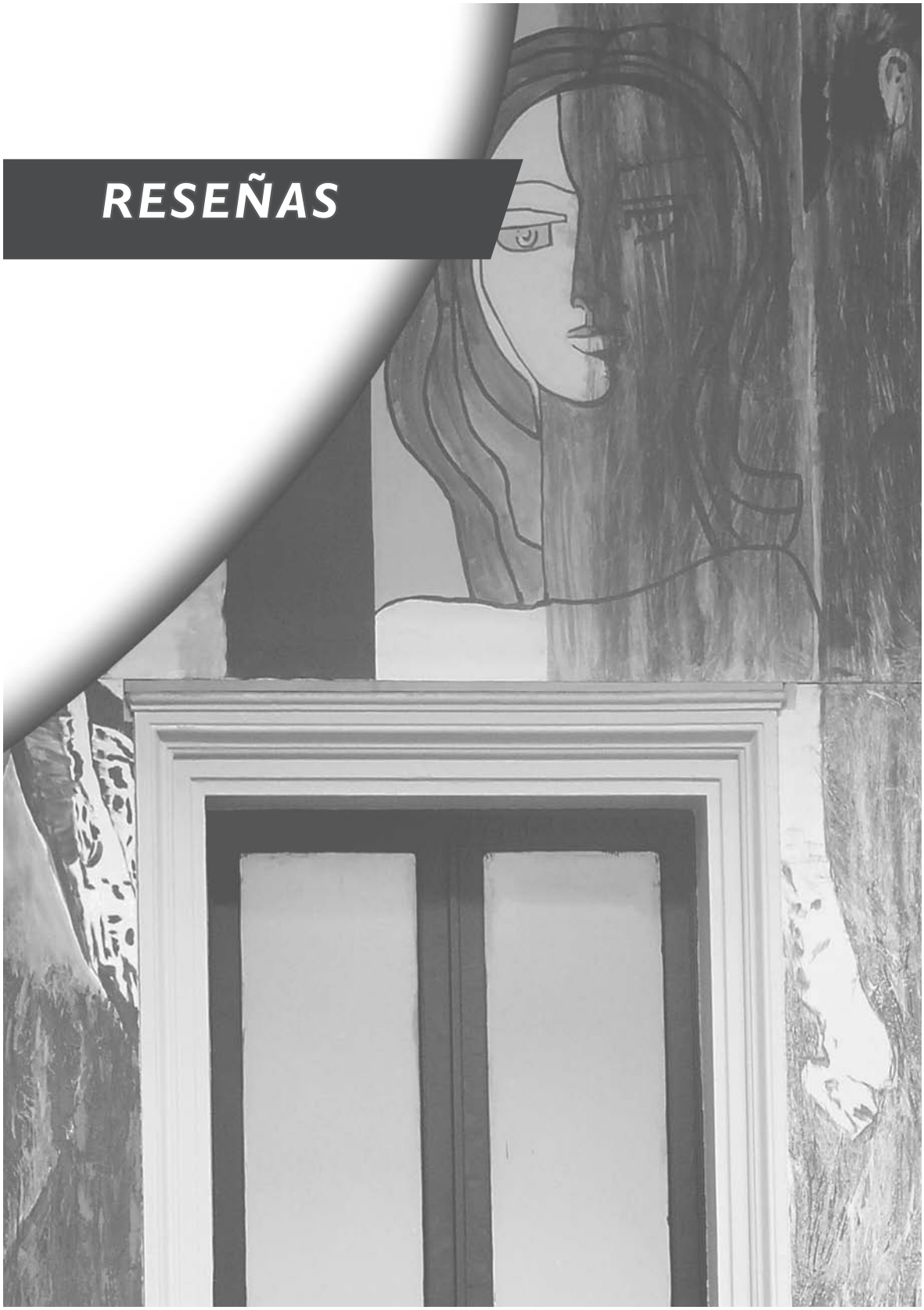
Si se comprueba que existió tortura, los efectos que tiene en el proceso dependiendo del sistema en el que se da, ya sea en el Sistema Inquisitivo Acusatorio o en el Sistema Acusatorio Adversarial y Oral, tienen puntos distintos en los que debe reponerse el procedimiento. En el primer, caso debe reponerse en el auto anterior. En el segundo, se considera que es hasta el momento de apertura del juicio oral, el cual está precedido por el debate de pruebas, porque es precisamente en donde se puede determinar si algún medio de prueba tiene origen en un caso de tortura y si es el caso desestimarlo. Finalmente, ello no redundará necesariamente en una sentencia absolutoria, se deben analizar todos los medios de prueba y desestimar aquellos resultados de una tortura.

Los órganos jurisdiccionales están obligados, en su ámbito de competencia, no solo a promover y respetar, sino también proteger y garantizar los derechos fundamentales de las personas. El órgano jurisdiccional, además de dar aviso al Ministerio Público para que investigue los actos de tortura, tiene el deber de investigar el hecho atendiendo al principio *pro hominem*; de no hacerlo así, implicaría una violación a las leyes del procedimiento que trascendería a la defensa del imputado e implicaría la reposición del procedimiento; aunado a ello, de confirmarse el acto de tortura, al momento de sentenciar, podrían excluir las pruebas por ilícitas.

En la práctica, es complicado realizar la investigación para determinarse si existió o no tortura, cuando esta se denuncia o existen indicios de ella. Esto se debe a que los especialistas en la materia son escasos; es decir peritos que cumplan los estándares internacionales del Protocolo de Estambul[7] en el Estado de México. Son prácticamente inexistentes, el Instituto de Servicios Periciales no cuenta con ellos, en entidades federativas aledañas tampoco. La Comisión Nacional de Derechos Humanos sí cuenta con expertos en esta materia; sin embargo, no los proporciona en todos los casos cuando se solicitan. La única instancia que responde positivamente es la Procuraduría General de la República, pero la capacidad de respuesta es muy lenta, por la cantidad de solicitudes de todo el país que debe atender, con períodos de hasta 6 meses para contar con un perito especializado.

7 Naciones Unidas, Protocolo de Estambul. Manual para la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Nueva York y Ginebra, 2004.

# RESEÑAS



Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 373-379.

**Ramírez, Ignacio; Maciel, David R.; Rosen Jélomer, Boris (Comps. y Eds.): *El Nigromante: Obras Completas*. México: Centro de Investigación Científica "Ing. Jorge L. Tamayo A.C.", T. I (1984), T. II (1984), T. III (1985), T. IV (1987), T. V (1988), T. VI (1988), T. VII (1988), T. VIII (1989), 3267 pp.**

Si se describiera la obra de un personaje que tiene por causa la igualdad de hombres y mujeres; el respeto de los grupos indígenas; la mejora en las condiciones de vida de los más pobres; la lucha en contra de la desigualdad y una mejor distribución de la riqueza; impulsar la educación con propuestas de modelos educativos; en el tema político, pugna por una democracia y mayor participación de la ciudadanía y por la aparición del Estado de la Iglesia; alguien que se ha señalado como radical progresista, contestatario y preso en distintas ocasiones por los comentarios políticamente incorrectos e incitar a la desobediencia y al mismo tiempo reformista; declarado ateo y crítico de la religión; todos estos elementos nos harían pensar que a quien describimos bien podría ser del presente, del siglo XXI. Sin embargo, estamos hablando de un mexicano del siglo XIX, un verdadero adelantado a su época, Ignacio Ramírez Calzada "El Nigromante".

Durante este año será un tema recurrente hablar de él. Se realizarán homenajes aquí y allá, se recordarán sus palabras, sus actividades como político, orador, escritor, educador, etc., nos recordarán que fue un hombre que nunca abandonó sus ideales, inclusive emulando las palabras de Homero, que digan que vivió en los tiempos de Benito Juárez y Porfirio Díaz. En fin, los 200 años de su natalicio son un buen momento para hablar de un mexicano incómodo para su tiempo, pero sin duda necesario para empujar al México decimonónico, inmerso en la anarquía y sin rumbo, hacía su definición como nación.

Considero que el mejor homenaje que se le puede hacer a este ilustre mexicano, más allá de los elogios y los aplausos, que sin

duda deberían ser bastos, es que su discurso, su lucha y sus ideales sean vistos desde una perspectiva actual, que con su obra le hable al México de hoy, porque aunque la sociedad mexicana se ha transformado en muchos sentidos, se vive una incipiente democracia e inclusive se han ganado derechos que parecían impensables. Las palabras de "El Nigromante" siguen más vigentes que nunca.

Las preocupaciones que tenía en el siglo XIX, no han sido superadas del todo. De hecho, hay una deuda de este país con los pueblos indígenas, también con las mujeres; y la brecha de desigualdad entre ricos y pobres, como señalan algunos estudios recientes, podría estar en los niveles del México novohispano o del Porfiriato, es decir la época en la que vivió Ignacio Ramírez.[1]

Acercarse a la obra de "El Nigromante" no es una tarea complicada, afortunadamente abunda la literatura, ya sea que se hable de él o que se pueda conseguir la recopilación de su obra. Pero quisiera señalar en particular el trabajo realizado por el Centro de Investigación Científica Jorge L. Tamayo, A.C. (hoy Centro de Investigación en Geografía y Geomática "Ing. Jorge L. Tamayo"), que en los años ochenta publicó una serie de 8 tomos que se describen a continuación:

Tomo I y Tomo II: Escritos Periodísticos.

Tomo III Discursos, cartas, documentos y estudios.

Tomo IV: Estudios Literarios y poesías; poemas y apuntes inéditos.

Tomo V: Teatro.

1 Al respecto puede consultarse el informe elaborado por OXFAM (Comité de Oxford de Ayuda contra el Hambre, compuesta por 20 organizaciones a nivel mundial) Esquivel Hernández, Gerardo, Desigualdad Extrema en México. Concentración del Poder Económico y Político, México, OXFAM México, 2015; y la conferencia presentada por el mismo autor, "Desigualdad Económica Extrema en México", Ciclo de conferencias: El historiador frente a la historia, México, Instituto de Investigaciones Históricas-UNAM, 2016. Disponible en: *https://youtu.be/L6TQfFI36qo*. Consultado el 15-02-2018.

Tomo VI: Escritos pedagógicos, textos escolares y lingüística.

Tomo VII: Textos Jurídicos, debates en el congreso constituyente 1856-1857, jurisprudencia, escritos periodísticos y apuntes.

Tomo VIII: Páginas sobre Ignacio Ramírez.

Obras que pueden ser consultadas en las bibliotecas públicas del país, pero en particular se agradece a la Biblioteca Publica Central del Estado de México, por sus facilidades para examinarlas.

Ignacio Ramírez parece que escribió de todo, un hombre inquieto del renacimiento, en un mundo turbulento, en un México marcado por la desorganización, por la guerra, por las derrotas, las traiciones y la indefinición. Parece haberse cultivado en "El Nigromante" la rebeldía, la cual le generó fama, pues tan solo imaginen a un hombre que en un país católico a ultranza recién emancipado de la Madre Patria, pero aún dependiente de la bendición de Roma, gritó a los cuatro vientos su ateísmo, su visión crítica de la religión y de los excesos que se cometían sobre todo con la población indígena.

No solo se estableció la religión católica como un requisito para ser ciudadano mexicano, en 1836, sino que se fue más allá y, en 1843, la Nación mexicana, además de profesar, protegería la religión.[2] Como lo señala Carlos Monsiváis: "Ramírez no incita a la duda religiosa sino el respeto a la diversidad".[3] Este tema

2 En la reforma constitucional emprendida por los conservadores en diciembre de 1936, se plasmó: "En el nombre de Dios Todopoderoso, trino y uno, por quien los hombres están destinados a formar sociedades y se conservan las que forman; los Representantes de la Nación Mexicana, delegados por ella para constituirla del modo que entiendan ser más conducente a su felicidad, reunidos al efecto, en Congreso general han venido en decretar y decretan las siguientes". Y en el artículo 3° Constitucional señalaba la obligación de todo mexicano: "profesar la religión de su patria". Disponible en: *http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1836.pdf*. Consultado el 20-02-2018; y en las Bases de la Organización Política de la República Mexicana de 1846, en su artículo 6°. "La nación profesa y protege la religión católica, apostólica romana, con exclusión de cualquiera otra.", Disponible en: *http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/bases-1843.pdf*. Consultado el 20-02-2018.

3 Monsiváis, Carlos, "La expresión radical de Ignacio Ramírez", véase en: Ramírez, Ignacio, Obras Completas de Ignacio Ramírez El Nigromante. Tomo III. Discursos, cartas, documentos

quizás nos parezca alejado. En México se ha reducido la proporción de población que se declara católica. De acuerdo al Censo de 2010, 85 millones, mientras que el número de ateos es de casi 5 millones.[4] Es decir, ahora no parece tan impresionante el ateísmo. Hoy más que nunca se apela a que la sociedad y los líderes políticos respeten la diversidad de religión, de género y de pensamiento; sin embargo, estos derechos en México y muchos otros países están sometidos a los beneficios políticos o consultas populares.

La rebeldía de Ramírez, no solo se quedó en su expreso ateísmo, lo llevó a enfrentarse políticamente con Antonio López de Santa Anna y con Ignacio Comonfort. A nivel de confrontación de ideas, con Benito Juárez, Sebastián Lerdo de Tejada y Porfirio Díaz, pero también con los ideólogos Lucas Alamán, Manuel Payno y Vicente Riva Palacio.[5] Fue considerado más irónico y sarcástico que Joaquín Fernández de Lizardi y eso era ya mucho que decir.

Me parece que un tema poco señalado en la obra de "El Nigromante" es que durante todo el siglo XIX, existió un debate por definir la identidad mexicana, con todo lo que sucedió después de la independencia, no fue una tarea fácil. Al respecto, una frase acuñada entre los historiadores es que "la conquista fue hecha por los indígenas y la independencia por los españoles", algo de cierto tiene, si pensamos que los conquistadores estuvieron respaldados por un buen número de pueblos indígenas, que buscaban liberarse de la opresión ejercida por los mexicas, y la independencia fue orquestada, administrada y firmada por los criollos, apoyados por mestizos e indígenas (los que quedaron después de su casi aniquilación por las enfermedades como la viruela).

---

y estudios., México, Centro de Investigación Científica Ing. Jorge L. Tamayo A.C., México, 1985, p. VII.

4 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Censo de Población y Vivienda 2010.

5 Maciel, David R., "Prólogo", en Ramírez, Ignacio, *op. cit.*, Tomo I. Escritos Periodísticos, México, 1984, pp. X y XII.

Esto viene a propósito, porque hoy en día parecen no estar claros los elementos de identidad mexicana. En antaño, la bandera, el himno y hasta la virgen de Guadalupe parecían identificarnos, quizás esto ya no sea suficiente. Sin embargo, para Ramírez estaba claro, aunque marcaba una tendencia a respetar las tradiciones indígenas y a despreciar las españolas, concebía a los americanos como una fusión de ambos y sobre los mexicanos consideraba que "La nación mexicana empieza con los indígenas, pero el mexicano de 1861 viene del pueblo de Dolores, […] la independencia […implica] la posibilidad de incursionar en ciencias y artes, es la facilidad de eliminar las murallas de lo prohibido y de lo impensable, el mexicano tiene acceso a la inteligencia, sabiduría y a la técnica. De él depende si hace uso de lo que son ya, de golpe, sus facultades súbitas[…]. Su nacionalismo surge del deseo de justicia social y dignidad, México como la utopía".[6]

En algún lugar escuché que la ciencia, como la conocemos, ha evolucionado como todo en este mundo y como todas las cosas creadas por el hombre. Inició de la mano de las explicaciones de los fenómenos naturales a los que se les dio nombres de dioses, luego cuando se comenzó a cuestionar la validez de los cultos, se generó la filosofía que contenía a la historia, las matemáticas, el Derecho, la política, la economía y después generaría las ciencias duras como la física, la biología, etc.

Ignacio Ramírez de formación abogado, no entendía esta separación, no estaba dispuesto a limitar su espíritu a una ciencia, su ambición era el conocimiento, expresaba: "la nueva religión nacional, la ciencia es un acontecimiento jubiloso y no como antes el primero de los pecados…", pero no era egoísta, y buscó difundirlo. Por esa razón a menudo se le identifica como: político, economista, periodista, dramaturgo, educador, botánico, fisiólogo, filólogo, geólogo, paleontólogo, químico, escritor, panfletista, ideólogo, poeta, romántico y, por su puesto, soñador.[7] De he-

6 Los [ ] se agregaron. Monsiváis, Carlos, *op. cit.*, pp. XXV y XXX.

7 MONSIVÁIS, Carlos, "Ignacio Ramírez, Educador", en RAMÍREZ IGNACIO, *op. cit., Tomo VI. Escritos pedagógicos, textos escolares y lingüística*, México, 1988, p. V; y ALTAMIRANO, Ignacio Manuel,

cho, como de él se puede leer en la biografía de Altamirano, los contemporáneos de Ignacio Ramírez desconocían muchas de las habilidades que disponía.

En las facetas de "El Nigromante", una de las más ensalzadas es la de educador. Dejó una huella profunda en el Instituto Literario de Toluca, de nuevo fue en contra de la religión que se encontraba irrigada en todas las instituciones del país, criticó el catecismo y los dogmas que se difundían para la explotación del clero. Expresaba que los puros (liberales) favorecían la libertad de enseñanza y el gobierno debería dirigir la educación. Porque veía que saber leer y escribir otorgaba un gran poder a quien disponía de estas habilidades, sobre todo en una sociedad donde eran escasos los que las tenían. Su pasión por la ciencia, los descubrimientos y los conocimientos le generaban la necesidad de que otros también las disfrutaran.

También incursionó en el teatro; sobre el contexto y una introducción de los alcances de "El Nigromante" en este arte, Luis Tavira mencionó: "Ignacio Ramírez no fue un hombre de teatro. Quienes lo han sido conocen la importancia de esta diferencia. Los ha habido que siéndolo, fueron políticos, poetas, pintores, médicos, científicos, periodistas y muchas cosas más, pero ninguna definitoria como el teatro; sólo sobreviven en él quienes sucumben a su dominio […] El teatro aspira a ser el arte del acontecer; la filosofía de Ramírez aspira a un acontecer que alcance a ser arte. La diferencia es sustancial y explica la aproximación de Ramírez, y tantos como él, al teatro."[8]

Finalmente, no me queda más que esperar que el lector de estas líneas se lleve una sorpresa, como la que se llevó quien escribe, con la obra de Ignacio Ramírez. Que cuando las lea tenga presen-

---

*Ignacio Ramírez "El nigromante"*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, S/A, p. 92 y 93. Disponible en: *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3217/4.pdf*. Consultado el 25-02-2018.

8 Los [ ] se agregaron. TAVIRA, Luis, "Ignacio Ramírez Dramaturgo", en RAMÍREZ IGNACIO, *op. cit., Tomo V. Teatro*, 1988, p. VII.

te los debates actuales, los problemas actuales. Como mencioné en el principio, la sociedad mexicana puede haber cambiado en muchos sentidos, pero a más de un siglo de la muerte de este extraordinario mexicano, comparado nada más y nada menos que con Voltaire, Diderot o Mark Twain, surgen las preguntas: hacia dónde va México, en qué hemos mejorado; si se han reivindicado a los pueblos originarios, cómo los incluiremos en esta nación, que es tan suya como nuestra, qué nos pueden aportar; así como qué tanto somos el país equitativo entre hombres y mujeres, incluyente y tolerante de otras formas de pensar; si se han mejorado las oportunidades para quienes menos tienen y se ha distribuido de mejor forma la riqueza, cómo nos ha ido en la construcción del México utópico que algún día del siglo XIX "El Nigromante" soñó.

**Iván Martínez Aguirre**

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 381-384.

**Arellano, Emilio: *Ignacio Ramírez "El Nigromante". Memorias prohibidas*. México: Editorial Planeta-Universidad Autónoma del Estado de México, 2016, 196 pp.**

Resurrección Bibliográfica de Ignacio Ramírez El Nigromante.

El almanaque cívico de México registra a 2018 como el año conmemorativo del Bicentenario del Natalicio, de un prócer de la Reforma: Ignacio Ramírez Calzada, "El Nigromante" (1818-1879).

Este personaje del liberalismo mexicano tuvo, en 61 años de vida, muchas facetas: educador, escritor, estratega militar, filósofo, ideólogo social, indigenista, investigador de la historia precortesiana, mecenas, poeta, periodista, pintor. En todas esas ramas destacó el guanajuatense excepcional. Un descendiente suyo, hurgando añejísimos arcones de la familia Ramírez, rescató un invaluable tesoro documental, e iconográfico —acaso inédito— celosamente guardado. Persuadiendo a sus poseedores, tuvo acceso a los vetustos álbumes de históricas fotografías y de antiguos legajos documentales, que le allanaron el camino para escribir el libro con el que rinde tributo a su lejano ancestro.

Complementan este preciado acervo, otras representaciones gráficas y más testimonios consultados en archivos institucionales. Revisando acuciosa y pacientemente todo ese tipo de documentos, editó —en 2009— ocho años antes de la conmemoración de la data, el libro *Ignacio Ramírez El Nigromante "Memorias Prohibidas*". El autor, es el laureado Licenciado en Derecho, Emilio Arellano. Talentoso como su lejano ancestro, posee una vasta cultura. La investigación histórica y el ejercicio del Derecho, le dan el rango de consumado intelectual en el México contemporáneo. Con vocación de escritor rescata con las remembranzas la sapiencia de su bisabuelo, o tatarabuelo, creador no solo de instituciones republicanas, también de una descendencia, él es uno de ellos, en cuyas arterias circula la sangre de su linaje.

Llama "Proscritas", a los anales del prohombre. ¿A qué se debe el señalamiento de memorias vedadas? Quizá a la censura, impuesta por un poder fáctico que, adjudicándose la potestad de poner límites a la libertad de pensamiento, evitó fuere del conocimiento de la alta sociedad decimonónica, que presenció las pugnas ideológicas entre liberales y conservadores. La mayoría de esta vivió sujeta a los mandatos de un clero poderoso, que ejercía un gobierno paralelo al de un Estado, aún sin consolidación por carecer de una ley suprema. Necesaria era en esos convulsos años para ser fuente de la que emanara un sistema jurídico suficiente que garantizara el predominio del orden en la nación.

A esos poderes, como mentor de juventudes, erudito conferencista, combativo periodista, justo juez, así como ministro de los gobiernos de Comonfort y Benito Juárez, enfrentó Ramírez Calzada. ¿El propósito? Reivindicar para los desheredados, los indios, la libertad, para mostrar a la clase pudiente que eran seres humanos como ella, que por su posición económica y social se consideraba superior.

En los debates del Constituyente de 1856-1857, Ignacio Ramírez sacudió conciencias. Su discurso denotó que era un hombre de avanzada. Propuso que la educación fuera obligatoria, laica y gratuita, basada en la justicia social y libre de toda influencia religiosa. No queda fuera de los debates su tesis de que todo individuo o persona gozaría de los derechos, obligaciones y garantías otorgadas por la Constitución. Visionariamente enuncia lo que sería la política exterior de México. Violar la filosofía pacifista del gobierno mexicano, era causa de destitución del presidente. Convulsionó a la asamblea cuando ofreció la separación Estado–Iglesia, para romper el sólido vínculo que sujetaba ambas instituciones, con el pasado colonial.

Desafortunadamente vivimos aconteceres políticos semejante a los que conoció Ramírez Calzada. El poder del clero, sobre todo el católico, influye en las políticas del Estado. Si los actores contemporáneos que pretenden atender la cosa pública conocieran

su pensamiento, no cometerían el error de situarse al lado de una acaudalada sociedad, discriminadora de millones de desvalidos, que llegan a ser tantos, como proporcionalmente fueron los que defendió el preceptor de un joven netamente indígena en las aulas y claustros del Instituto Literario del Estado de México: Ignacio Manuel Altamirano.

Los dos Ignacio, a más de un siglo de distancia, continúan siendo iconos del legendario Instituto y de la actual Universidad Autónoma del Estado de México. Su permanente trashumancia, eventualmente lo situó en Toluca. Como catedrático en el Instituto, como abogado postulante, como editor de Temis y Deucalión, periódico de naturaleza política, como vecino del Callejón de los Gallos; por haber contraído nupcias con la gentil señorita Soledad Mateos, en el Convento de San Francisco; por aprobar el examen de conocimientos en el Tribunal Superior de Justicia, para obtener el título de abogado, Ignacio Ramírez dejó en esta ciudad un precedente indeleble.

*Ignacio Ramírez El Nigromante. Memorias Prohibidas*, no es un libro anacrónico. Ni se escribió con hipótesis difíciles de comprobar. Una larga bibliografía soporta la veracidad de su contenido. El personaje que lo inspiró trascendió los siglos. En tiempos de hostilidades, símiles a las que vivió entre facciones políticas que se disputaban el poder público, su obra científica, filosófica, humanista, política, adquiere actualidad.

Cabe destacar las ideas que expresó sobre el despojo de los territorios de la Alta California, Texas y otras provincias mexicanas. La apropiación de esas tierras por inmigrantes yanquis se hizo amparada en la doctrina Monroe.

Como hombre visionario advirtió: "En un par de siglos México recuperará esos territorios y también se logrará por un problema demográfico. Serán tantos los mexicanos en la Alta California, Texas y otros territorios anexados, que sin violencia ni guerra, pero si legalmente y mediante un movimiento público lograran su reincorporación tácita".

Esa profecía, para consumarse, avanza diariamente con la presencia cada vez más abundante y más arraigada de mexicanos llamados por los estadunidenses "Dreamers". Esto último muestra a Ignacio Ramírez como un hombre apasionado del nacionalismo mexicano.

Afortunada para los historiadores, intelectuales, contemporáneos, o para las generaciones de profesionistas en formación, es la presencia en el inventario bibliográfico nacional, del volumen que se glosa en las páginas de "Ex Legibus".

**Atanasio Serrano López**

Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 385-386.

**Ortíz Ruíz, José Alberto: *Manual Práctico del Juicio de Amparo en Materia Penal para el Sistema Acusatorio*. México: Flores Editor y Distribuidor, 2018, 323 pp.**

Varias son las razones por las que un libro es reseñado, la que corresponde a esta obra es la oportunidad, el momento que el autor encontró para despejar, intuir y experimentar lo relacionado al tema tan importante que es el amparo penal, pero de singular forma dedicado al nuevo sistema procesal acusatorio.

Aún se debaten muchos de los temas modificados por este sistema, y tal parece que pasará algún tiempo para que se vayan decantando en el ejercicio hermenéutico y se encuentren lugares comunes para la diversidad de opiniones. Si existen nuevos sujetos procesales existirán también nuevas oportunidades de promover juicios constitucionales; si los actos procesales se han diversificado, lo serán también las posibilidades de la interposición de este juicio.

Como es natural en los textos que aborda una disciplina jurídica, habrá temas que sean comunes, debido a que no pueden ser obviados; y cuestiones como son los principios, procedencia y pruebas en el juicio de amparo penal, pueden estar contenidos en obras del mismo tema. La diferencia del *Manual Práctico* es que en el matiz pragmático está resolviendo nuevos problemas como: ¿quién es la autoridad responsable que dictó un auto vinculatorio a proceso? La respuesta parecería sencilla si se tratara de un sistema procesal distinto: el mismo que la dictó. En el acusatorio-oral, el juez que envíe los informes previos y con justificación puede ser otro distinto que quien resolvió, y puede que también lo sea quien deba cumplimentar el fallo protector.

Lo mismo acontece con las violaciones a derechos fundamentales que se produzcan en las audiencias, y a diferencia del procedimiento penal tradicional, el sistema acusatorio-oral contabiliza poco más de cincuenta diferentes tipos de audiencias, dependiendo el tema de su contenido. Estos ejemplos dan muestra

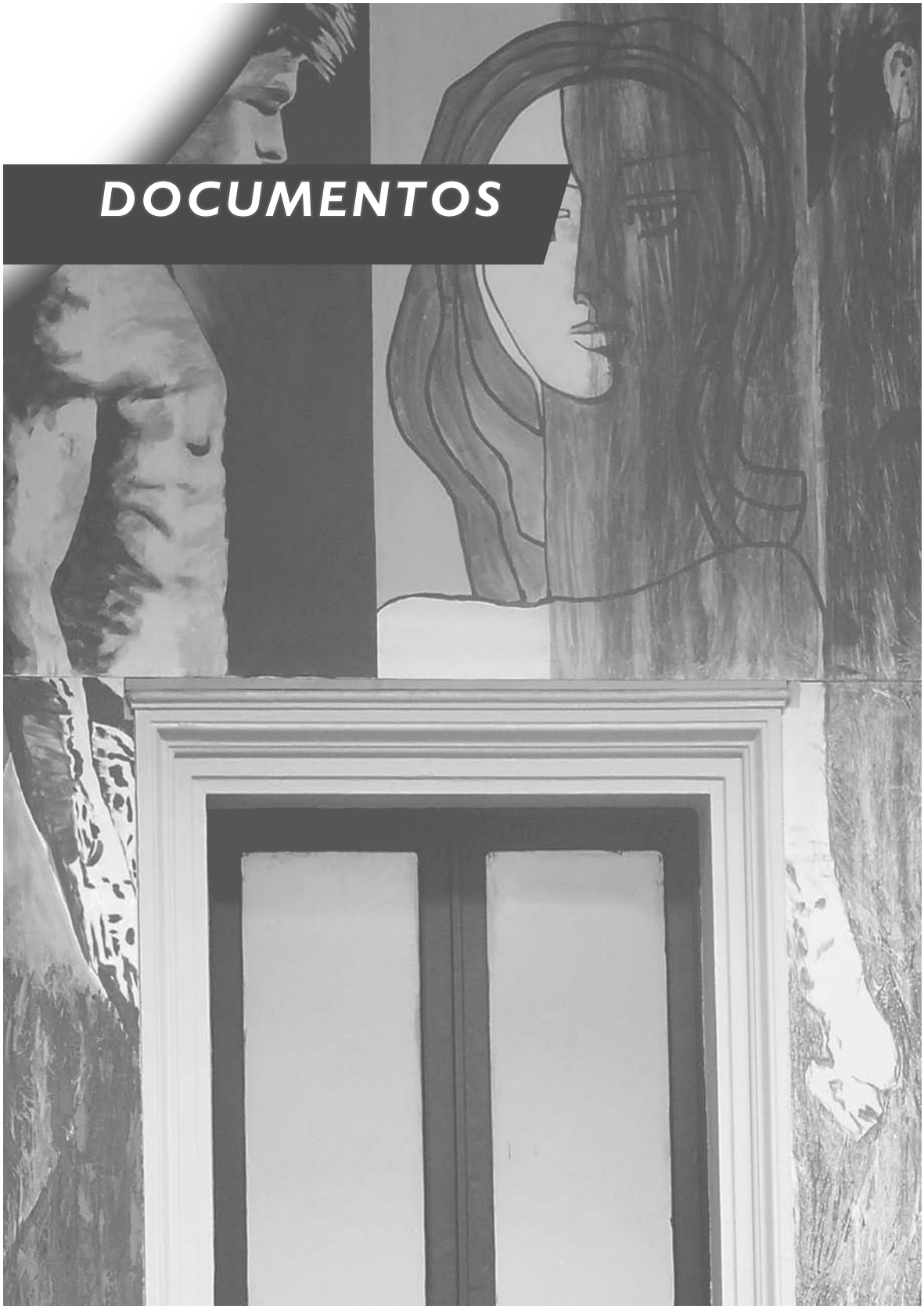
del cambio radical que, impactando al sistema procesal penal, como consecuencia se dan los correspondientes en el juicio de amparo.

Un manual práctico no puede estar ausente de formularios que auxilien tanto a la comprensión como a la elaboración de los escritos que se presentarán en los juzgados federales. Así mismo, se han integrado al texto los criterios de las ejecutorias que interpreten en esta nueva época jurisprudencial, los actos procesales que regirán en los sucesivo a partir de la vigencia del Código Nacional de Procedimientos Penales.

A lo anterior, cabe agregar la experiencia del autor, que dedicado a la defensa de causas penales en el ejercicio de la abogacía, obtiene de forma directa la información motivadora de la inquietud solidaria con el foro nacional, para auxiliar a quienes necesitan del apoyo que genere mejores argumentos y formas más justas de solicitar el amparo y protección de la justicia federal.

**Arturo Baca Rivera**

# DOCUMENTOS



Revista Ex Legibus N° 8, abril 2018, pp. 389-402.

# ENTREVISTAS A DESTACADOS JURISTAS EXTRANJEROS: DR. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS Y DR. KARL AUGUST VON SACHSEN GESSAPHE

*Iván Martínez Aguirre**

En el marco del Seminario Internacional "Nueva Legislación Procesal Civil y Familiar", se realizaron entrevistas al Dr. José Carlos Fernández Rozas, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, España y al Dr. Karl August Von Sachsen Gessaphe, catedrático de la Facultad de Derecho de la Fernuniversität in Hagen, Alemania (Universidad a Distancia de Hagen). La finalidad de estas, era obtener las visiones sobre el Derecho que tienen juristas de otras latitudes. Inclusive, conocer los retos que tiene la justicia en otras partes del mundo, cuáles son los retos a los que se enfrentan los jueces en este mundo globalizado, etc.

La primera oportunidad se tuvo con el Dr. José Carlos Fernández Rozas, a quien se abordó apenas unos minutos antes de su participación en el Seminario. De él tuvimos respuestas que nos hacen saber su cariño a nuestro país, también nos permitieron conocer detalles de una España que parece lejana a la de hoy, lejana incuso a la democracia; pero también obtuvimos la experiencia de un jurista que nos permitió conocer cuáles son los retos, desde su perspectiva, que enfrenta la justicia a nivel mundial.

## ENTREVISTA AL DR. JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

### ¿Qué lo motivó a estudiar Derecho?

– Estudié la carrera de Derecho en Oviedo,[1] en ese entonces, esa región era industrial, sin ninguna conexión con el mundo

* Licenciado en Historia por la Universidad Autónoma de Estado de México (UAEM). Cuenta con estudios en economía por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Actualmente es Auxiliar de Proyecto en el Centro de Investigaciones Judiciales de la Escuela Judicial del Estado de México. Correo: *ivan.martinez@pjedomex.gob.mx*

1 Capital del Principado de Asturias, Comunidad Autónoma de España.

internacional. Estudié Derecho porque las chicas más guapas estudiaban Derecho, es decir no se debe a una vocación, porque en realidad quería estudiar química. Pero le puedo decir que una vez que entré en materia, me di cuenta de que era mucho más interesante de lo que suponía. Tuve unos excelente profesores, fue una gran suerte que a una universidad de provincia vinieran profesores de primera magnitud, si no hubiera sido por ellos, quizás, me habría dedicado a otras actividades. Al final de mis cursos llegó el profesor González Campos, quien fue un profesor ilustre, uno de los grandes internacionalistas, y me vinculé a su trayectoria. Estuve siete años trabajando con él y después me independicé, forjé mi propia escuela. Obtuve la cátedra en mi ciudad y 5 años después, era el año 1982, conseguí la cátedra en Madrid, desde entonces he vivido ahí, en esa ciudad maravillosa.

Luego estudié Derecho internacional porque me permitía viajar —en aquella época España era un país muy cerrado al mundo—, conectarme con otros países y sobre todo por un espíritu universalista —estoy en contra de cualquier nacionalismo—; sin embargo, cuando llego a México me siento mexicano.

**Para alguien que vivió la dictadura franquista y estudió Derecho internacional, ¿qué tan difícil era salir de España a otras latitudes del mundo?**

– Nací en 1950, viví más de la mitad de la dictadura —25 años de mi vida—, ciertamente había dificultades, sobre todo para las personas que tenían alguna vinculación hacia la política y además eran contestatarias. Uno de los elementos de la represión era que no te dieran el pasaporte; recuerdo que para obtener el pasaporte y salir al extranjero, tenías que hacer el servicio militar, sí no lo hacías no te lo daban; si tenías actividad política contraria al régimen, te retiraban el pasaporte.

Hay que agregar otro dato y es que España era muy pobre, en comparación con Europa y con otros países, había una condición precaria, que concluyó con la guerra civil, pero que no se superó

completamente hasta 1959 o 1960. El milagro económico español, comenzó en la década de los sesenta, sin embargo, España no se equiparó con Europa sino hasta 1980. La primera vez que salí a otro país de Europa no tenía ni para comprarme un bocadillo —una torta como dicen aquí— ni para tomarme una botella de agua. Los españoles que íbamos al extranjero, sobrevivíamos como podíamos, nos miraban bastante mal porque éramos muy pobres, no había una gran solidaridad y costaba mucho integrarse, no podíamos hacer cursos, las becas eran muy pocas, por eso nuestra generación tuvo problemas con los idiomas.

Tenemos dos fronteras con dos países; está Portugal un país al que, generalmente, le damos la espalda pero que es una prolongación de España, somos muy parecidos; del otro lado tenemos a Francia, un país que se había desarrollado mucho, tenía unas carreteras estupendas, nosotros en cambio teníamos unas carreteras horrorosas y en aquella época fue duro, me divertí mucho, pero vivíamos muy austeramente.

En el final de la dictadura franquista, entré en la oposición al franquismo —me atreví—, por esa razón me dieron 6 años de cárcel, que no cumplí, afortunadamente, por una razón fisiológica, porque se murió el jefe del Estado, es decir, fui condenado a finales de 1974 y Francisco Franco murió algunos meses después;[2] recibí el primer indulto. Como opositor tuve una participación muy modesta porque otros sufrieron mucho más. Luego, participé en los primeros años de la transición, tuve una pequeña actividad política, que duró hasta que me dediqué plenamente a la universidad.

Fue muy esperanzador pasar de una dictadura a la democracia, recuperar las libertades, poder tratarnos de tú con los compañeros europeos, fue una etapa apasionante que, en lo particular, agradezco mucho haberla vivido.

2 La muerte de Francisco Franco fue el 20 de noviembre de 1975. El dictador participó en el golpe de Estado de 1936, con el cual se depuso el régimen monárquico en España, dirigió al bando sublevado desde 1936 durante la Guerra Civil Española. Luego asumió el cargo de presidente del gobierno español de 1938 a 1975, período que se conoce como "dictadura franquista".

**A propósito de los cambios que ha observado, conforme los valores de la sociedad cambian, evolucionan y se transmutan, ¿considera que es importante la práctica de la ética en el Derecho?**

– En España nunca estudiamos ética, tenemos algunas nociones, caso distinto a México donde se estudia mucho; de hecho, llevo algún tiempo dando clases en este país, tengo muchos amigos profesores, que imparten la case de ética. Considero que hay distintas variedades de ética profesional, pero me he enfocado en la ética del arbitraje —a eso me dedico—, estamos regidos por Códigos, que normalmente son hechos por quienes quieren violarlo, creo que es un blindaje para poder hacer determinadas actividades. Por ejemplo, los grandes despachos de abogados están muy interesados por el tema de conflicto de intereses, los conflictos que hay dentro de un despacho cuando un sector del despacho asesora un cliente, por ejemplo en materia tributaria y a la parte contraria en materia de quiebra, hay muchos problemas de ese tipo —vivimos en manos de los grandes despachos, querámoslo o no, y son los que ganan los pleitos, no se trata de buenos ni malos, es nuestra realidad y se enfrentan la ética de los abogados de los pequeños despachos—.

Se escribe mucho sobre ética, pero creo que se debe mirar con un ojo crítico; es decir si un código de ética está hecho para cumplirlo o para poder burlarlo. Hay unas reglas de la International Bar Assosiation en las cuales se clasifican conductas de acuerdo a un semáforo, las calificadas con rojo, no se pueden vulnerar, las verdes son libres y otras ámbar, en este último siempre hay un gran equivoco. De hecho, en estos tiempos la palabra corrupción llena toda la prensa, cuando era joven esto no pasaba o al menos no se hablaba tanto de ello.

Hay que tener muy en cuenta que la ética de las personas formadas en la religión católica no es la misma que la de los protestantes. Inclusive, los gallegos tienen un dicho: si te digo la verdad te mentiría. Esto cambia de acuerdo a cada sociedad, pensemos en la ética de Holanda (Países Bajos), la ética que prevalece les

indica que pueden dejar las puertas de la casa abiertas. En cambio, en Cataluña, ni siquiera hay ventanas y en las casas que si hay tienen rejas. De acuerdo a lo anterior, ¿son mejores los holandeses que los catalanes? No, simplemente son distintos. Inclusive en el mundo del Derecho procesal, se puede hablar de la verdad formal, frente a la verdad real. Finalmente en el contexto internacional, la influencia anglosajona impone una ética protestante.

**A propósito del tema, es decir sobre la ética, definir la línea, a veces difícil, entre lo ético y lo que no lo es, ¿cuál es su opinión sobre el juez Baltazar Garzón? Indiscutiblemente es un juez polémico porque ha ido precisamente más allá de lo que se considera generalmente ético. ¿Cuál es su percepción sobre las empresas multinacionales? Sin duda, en este momento están bajo observación porque no está claro, si en la forma en que se administran, han rebasado los límites de la ética.**

– Vivimos en un mundo maniqueo, fuera de España el juez Garzón es un héroe, pero en España es un delincuente. Él, con toda su actividad política, ha cometido lo peor que puede cometer un juez, que es premeditación, por ello fue apartado de la carrera judicial. España tiene un sistema judicial que no es perfecto, pero es un sistema muy bueno, hay confianza en la justicia. De hecho, en Cataluña existe un presidente[3] que está en conflicto y el Poder Judicial lo está investigando, porque hay una separación entre el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo. Al juez Baltazar lo separaron autoridades jurisdiccionales, no por cuestiones políticas, una cosa es el preso político y otra cosa el político delincuente, él es un delincuente.

Respecto al tema de las empresas multinacionales, de igual forma hay maniqueísmo; por ejemplo, veamos a los grupos ecologistas,

3 Se refiere a Carles Puigdemont, quien fuera Presidente de la Generalidad de Cataluña, el máximo representante de dicha Comunidad Autónoma, actualmente se encuentra exiliado en Bélgica, debido a la proclamación de independencia que dirigió para que Cataluña se separara de España.

la ética que manejan, ¿no se podría decir que algunos de ellos están comprados? En México se planteó el problema del confinamiento de víboras en Sonora, sería pertinente revisar cómo estaban financiados esos grupos. Las empresas multinacionales, sin decir si son buenas o malas, hay una tendencia hacia la autorregulación. En México se han adoptado, hace relativamente poco tiempo, unas medidas legales de medio ambiente, porque estaba tan atrasado como España; se ha observado la autorregulación de empresas para ciertas actividades contaminantes.

**De acuerdo a su experiencia, tomando en cuenta las diferencias de una sociedad que hoy está conectada a través de internet, de Facebook, de Twitter y que es diferente al mundo que vio caer el muro de Berlín y a la propia España que salió de la dictadura franquista, etc., ¿cuáles son los cambios que percibe en el Derecho?**

– El más importante, el que más se percibe es la globalización, que lleva implícito el intercambio de bienes, de personas, de servicios y, sobre todo, en determinados sectores del Derecho hay una tendencia hacia la unificación, en otros no; es decir, el Derecho civil, quizás sea el más conservador porque está muy vinculado a la idiosincrasia de cada sociedad. En México, por ejemplo, hay un código civil para cada Estado y lo defienden, mientras que en otras latitudes, en la Unión Europea, no se quiere un código civil general, los alemanes quieren su propio código civil, los holandeses también; es decir, hay sectores que mantienen muy acrisoladas sus tradiciones. En el caso de España con los derechos forales,[4] no tenemos un código civil común español; de hecho, el sistema es muy complejo.

Me parece que hablando de otros sectores, el siglo XX, más allá de la discusión para determinar si finalizó en el 2000 o en

4 Derecho que rige de forma específica en un territorio dado. Cuando se habla los derechos forales se refiere a singularidades en el derecho que conservan aun en la actualidad, determinadas comunidades autónomas en España: como por ejemplo: Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña, Comunidad Valenciana, Las Islas Baleares.

el 2001,[5] desde mi perspectiva fue en 1995; cuando se conformó la Organización Mundial del Comercio (OMC) representó una gran transformación en el mundo. De hecho, México fue un protagonista,[6] inclusive meses antes, el país se había incorporado al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), para un extranjero, como yo, que viene a México con frecuencia y que observa los cambios, recordar cómo era antes del tratado y compararlo cómo es ahora, podemos ver un desarrollo importante: en la oferta de productos, vehículos, ropa, comida, inherentes a la globalización. Claro, también existen elementos muy perturbadores como las críticas al notorio aumento de la desigualdad o el "Modelo Único", promovido desde el Foro de Davos, en donde se consideró que se reproduce el espíritu de Washington, que en el fondo son recortes salariales.

Al margen de ello, puedo agregar que en estos años pasamos del llamado Estado de Bienestar, con un Estado duro controlador, donde nos dan unas directrices que creemos que son de Derecho natural y no lo son, considero que todo hay que cuestionarlo, porque se podrá hablar de las respuestas de países latinoamericanos a estas directrices económicas, sin embargo, la población de esos países son quienes las sufren, son quienes pagan sus consecuencias, no es malo en principio.

Hay una preocupación en Europa por el gobierno de Trump en Estados Unidos, por el BREXIT o el caso del referéndum en Cataluña para buscar la separación de España; es decir, la población motivada por el enojo hacia ciertas medidas, vota por alternativas

5 Se considera que más allá de la cronología común con la que se mide el tiempo, los cambios de siglo se habrían dado por determinados eventos. Por ejemplo el siglo XIX inició con la independencia de los Estados Unidos (1783) o la Revolución Francesa (1789); el siglo XX inició con la Primera Guerra Mundial en 1914 y el siglo XXI, algunos sostienen que, inició con la llegada del hombre a luna (1969), la caída del "Muro de Berlín" (1989) o como lo apunta el Dr. Fernández Rozasw inició con la conformación de la Organización Mundial del Comercio otros piensan que fue con el ataque terrorista al World Trade Center de Nueva York.

6 El antecedente de la OMC es el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), en la última ronda de este acuerdo que se llevó a cabo en Uruguay en 1993, con la que el GATT se transformó en la OMC, fueron decisivas las iniciativas de la Comunidad Europea, Canadá y México.

populistas. Los movimientos populistas son peligrosos —desde mi perspectiva tradicional, que he vivido la política de bloques—, el populismo no es un intermedio entre el socialismo y el capitalismo, sino algo muy perturbador. En España actualmente tenemos populismo, quizás ligero, pero yo luché en contra de la dictadura franquista, no para llegar al populismo, buscaba otro modelo social. De hecho estoy a favor de las manifestaciones, por ejemplo en México, cuando toman el Zócalo, un país que tiene salario mínimo, una educación obligatoria, eso es fruto de la Revolución; si no hubiera sido por eso, dónde estaríamos, qué tendríamos los fines de semana, o vacaciones, las revoluciones son muy importantes y hay que ir hacia adelante en ese sentido.

**Durante el Seminario Internacional "Nueva Legislación Procesal Civil y Familiar", se ha hablado de una propuesta que existe en México para crear un Código Nacional de Procedimientos Civiles, ¿qué opina al respecto, tomando en cuenta que nos ha dicho que en Europa es casi impensable generar uno? Y por otro lado, ¿qué tan importante es la preparación, la educación de los juristas en este mundo moderno?**

– En México, cada Estado tiene su Poder Judicial independiente y tienen su escuela judicial y tienen un sistema de formación de jueces autónomo. He estado en distintos Estados y considero que hay un problema competencial. En Suiza, por ejemplo, cada cantón tiene su Derecho procesal civil. Recomendaría que se revisara la experiencia de los suizos para llegar a un código procesal común, porque a pesar de regirse por este, se sigue defendiendo la autonomía de los cantones[7] de una manera muy férrea.

En México, hay un precedente que es el Código de Comercio y, a su vez, contiene la Ley de Arbitraje, pero no ahondaré más

7 El Cantón es una unidad de división administrativa y territorial de algunos países. El actual Estado Suizo se configuró a través de un sistema de confederación de cantones. Los cantones en Suiza disfrutan de una gran autonomía, especialmente en los ámbitos fiscal y legislativo. En la actualidad Suiza está conformado por 26 cantones.

en ello, porque, por ejemplo, nunca he conseguido aprender el sistema amparista y espero lograrlo antes de morirme. Para un extranjero es muy complicado entender el Derecho Procesal mexicano.

Sobre la formación judicial, en España también tenemos Tribunales Superiores de Justicia, pero no están dentro de la jurisdicción estatal, están dentro de la Jurisdicción Única, no es como aquí, en México, la división de la jurisdicción federal y la de cada Estado. Hay solo una escuela judicial, que por cierto está en Barcelona, compartimos el modelo francés, que es el modelo napoleónico, creo que son buenos modelos, teniendo en cuenta que todos los sistemas son perfectibles. Aunque para convertirse en juez hay que avanzar a través de unas pruebas muy difíciles y trabajar bastante, una vez superadas las oposiciones de jueces, considero que los jueces están bien formados, en temas actuales; luego de este proceso pueden ingresar a la Escuela que los capacitará durante un año para formalmente ser jueces.

En México, durante muchos años, he participado en la formación de jueces y he podido percibir los cambios en el Sistema Penal, considero que la experiencia española en torno a la unificación desde el punto de vista de la enseñanza, es buena, aunque no seré yo quien diga que haya que unificar la enseñanza judicial en México.

**¿Cuáles son los retos para los jueces en el siglo XXI?**

– En principio, creo que fomentar la independencia del juez y elevar sus salarios son elementos de lucha contra la corrupción. Debe existir un sistema de formación continua para actualizar de acuerdo a los cambios en la legislación. Como internacionalista, diría que hay que trabajar el Derecho internacional privado, porque México es un país que tiene más de 100 millones de habitantes y tiene datos de internacionalidad muy fuertes, como por ejemplo la inmigración a Estados Unidos, una economía muy

dependiente de la inversión extranjera, consolidado como una potencia turística. De hecho, es uno de los países que más tratados internacionales tiene, entre ellos la Convención de México, sobre contratos internacionales, que muy pocos mexicanos conocen y de la cual deberían estar muy orgullosos. Es decir, desde el punto de vista legislativo, hay grandes esfuerzos por incorporar a México a las normas más modernas del mundo. Otro punto que considero importante es que las sentencias mexicanas son excesivamente largas, creo que el problema es que existen demasiados proyectistas; en otros países no existe la figura del proyectista, creo que ellos son los que alargan la sentencia, cuando en realidad lo importante es la parte dispositiva.

El juez debe valorar la profesión y vincularse al mundo académico, si los estudiantes de Derecho no reciben conocimientos que vengan de la magistratura, tendrán una enseñanza absolutamente incompleta.

Como comentario final, siempre soy feliz en México tengo muchos años visitándolo, mi padre estuvo aquí, soy asturiano, aunque vivo en Madrid; hasta hace poco el grupo de asturianos era el más fuerte que había en México, o por lo menos uno de los más grandes. La primera vez que vine me sentí orgulloso, porque me sentí en mi casa, cada vez que vengo, así lo siento.

## ENTREVISTA AL DR. KARL AUGUST VON SACHSEN GESSAPHE

El Dr. Karl August von Sachsen Gessaphe, nació en México y, por tanto, es mexicano por nacimiento, aunque por sus padres y el lugar donde vive, también ostenta la nacionalidad alemana, pero mantiene una estrecha relación con México. En este país inicio su educación básica y ha observado la transformación de su sistema legal, es un experto en Derecho internacional privado y especialista en las relaciones México-Alemania. Además de su participación en el Seminario Internacional "Nueva Legislación

Civil y Procesal", días después, dictó la conferencia "Relaciones de Derecho Internacional Privado entre México y Alemania".

**¿Cuál es la razón por la que decidió hacer del Derecho su forma de vida?**

– Es una buena pregunta, desde que era pequeño tenía presente el concepto de justicia, mi papá fue jurista, mis dos abuelos también; pero quise estudiar Derecho para ayudar a hacer justicia.

**¿Qué tan importante considera la ética en la práctica del Derecho?**

– El abogado no debe ser una persona que busca solamente su propio provecho o que busque solamente el éxito fácil, sino que en Derecho alemán se le considera al abogado uno de los órganos de la jurisdicción. La ética es sumamente importante, la ética profesional del abogado, del juez, de los profesores e investigadores de Derecho, es fundamental cuando se trata de explicar el Derecho a los estudiantes.

**¿Cómo ha sido la aplicación de valores éticos en la experiencia desde la Unión Europea, con todas las complicaciones que se generan a partir de la convivencia y convergencia de culturas distintas?**

– Cada país tiene su propia cultura y tradiciones. Si se revisan las sentencias alemanas son muy largas, muchos argumentos, se citan doctrina; en cambio, en Francia está prohibido citar doctrina, las sentencias son sumamente breves, ningún ciudadano comprende las sentencias porque son demasiado cortas, se tiene que recurrir a lo que el Ministerio Público ha entendido de los argumentos, es decir desde la argumentación estos sistemas son muy diferentes. En cuanto a la ética, creo que los jueces tienen una idea similar de la ética; por ejemplo, en Alemania se da mucho peso a la independencia de los jueces a raíz de las experiencias que se tuvieron en las dos dictaduras tanto de

Nazis (Nacional Socialismo de 1933-1945) como de Comunistas (territorio alemán bajo ocupación soviética de 1949-1990). Los jueces eran solamente títeres del Estado; por ello, la independencia del juez juega un papel sumamente importante. De hecho los jueces a los que se les exige que trabajen más, regularmente interponen recursos constitucionales aduciendo que se viola su independencia. Los jueces españoles también tienen una ética muy fuerte; por ejemplo, el caso de Baltazar Garzón que le inició un procedimiento del cual derivó la detención en Inglaterra de Pinochet. Esta ética se ve fortalecida por la Corte Europea de Derechos Humanos que formula líneas generales sobre la conducta de los jueces.

**¿Desde su perspectiva, qué cambios ha experimentado el Derecho, cómo ha evolucionado el Derecho desde el último tercio del siglo XX a la actualidad?**

– Me dedico a la investigación en el área del Derecho civil, el Derecho internacional privado y comparado, así que me concentraré en hablar sobre ese campo.

Hay una cierta tendencia a fortalecer los derechos del individuo, quizás a veces se han excedido, en detrimento de la comunidad. Otras tendencias modernas, si hablamos técnicamente, en Derecho de obligaciones extracontractuales, es decir, antes la responsabilidad exigía culpa, eso se está mitigando, precisamente en Francia tenemos ya la figura de responsabilidad objetiva; en Alemania hay todavía la responsabilidad por culpa, para dejar una cierta objetivación. Otra de las directrices es la protección del consumidor, en Alemania se inició solo a raíz de la legislación europea, todo su impulso partió desde ahí. Muchos *ius privatistas* se han quejado de la idea de que el contrato es una negociación entre las partes que se creen iguales en condiciones; sin embargo, es una creencia que está casi abolida en el campo de protección al consumidor porque es una protección excesiva.

**Actualmente, en el mundo existe una idea, que ha ganado cada vez más adeptos, en el sentido de que la apertura comercial, la globalización misma, ha propiciado condiciones menos favorables para los ciudadanos; esta tendencia se puede ver en Estados Unidos, con la llegada de Donald Trump, en Cataluña y la separación de España y en Europa el BREXIT. ¿A qué cree que se deba este viraje hacia el nacionalismo?**

– Me gustaría dividir mi respuesta en dos partes. Una cosa es el poder de las empresas transnacionales, quizás este sea el problema en los tratados de libre comercio, pero también existe el interés de los Estados participantes en el libre comercio; por ejemplo, México y la Unión Europea, la Unión Europea y Canadá o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, pero creo que hay que buscar un equilibrio, porque las transnacionales también tienen derechos de propiedad. Veamos un caso, en México se les concede autorización de construir una empresa y realizar prácticamente cualquier inversión.

**¿Cuál es su percepción sobre la situación actual de la educación judicial?**

– En los sistemas románicos falta un poco de educación, enfocado a la autorreflexión, considero que no se debe memorizar lo que enseña el profesor, se debe enseñar a pensar, en Alemania es lo que intentamos, enseñar a reflexionar. Para eso es muy útil el Derecho comparado, debe ser imperativo para la enseñanza del Derecho, porque así se prevé que la solución que plantea el Derecho no es la única posible, que existen otras que también son buenas y hasta podrían ser mejores. También, es muy necesaria la enseñanza de la historia del Derecho, porque casi todo el Derecho civil tiene sus bases en el Derecho romano. En síntesis reflexionar.

Los jueces tienen que reflexionar, en su instrucción debería contemplarse la reflexión que los jueces imparten justicia, pero no

como un dios, sino que es un ciudadano como todos los demás, que únicamente tiene una responsabilidad y obligación especial.

**¿Cuáles son los retos para los juristas y para la justicia en el siglo XXI?**

– Grandes preguntas muy difíciles de contestar. Son muchos, todas las evoluciones en materia de Derecho familiar, cómo reaccionar ante nuevas ideas de matrimonio, de fecundación asistida. En Derecho contractual, llegar a un equilibrio entre protección de consumidores pero también el contrato merece ser protegido. La conciencia de que todo Derecho está fundado en la Constitución, proteger los derechos humanos, pero sin ser excesivos. Por ejemplo, la cláusula *pro hominem*, en la Constitución mexicana, es muy buena pero hay también resultados excesivos. El juez siempre ha tenido el mismo papel, desde los romanos, hasta siglo XX, XXI, XXV si es que llegamos a ese siglo, impartir imparcialmente justicia se convierte así, en el objetivo a alcanzar.

# EVENTOS

# PROGRAMACIÓN ACADÉMICA Y CULTURAL DE LA ESCUELA JUDICIAL DEL ESTADO DE MÉXICO

PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO
El Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura
del Estado de México, a través de su Escuela Judicial le invitan a la
www.pjedomex.gob.mx/ejem
Conferencia
"Perspectiva Constitucional del Derecho Burocrático"
Conferencista:
M. en D.C. Luis Gerardo de la Peña Gutiérrez
Consejero de la Judicatura del Estado de México.
Presentador:
Dr. Victor Manuel Rojas Amandi
Director General de la Escuela Judicial del Estado de México.
ENTRADA LIBRE
Fecha: Lunes 23 de abril 2018 · Hora: 18:00 hrs.
Lugar: Aula Magna "Mgdo. Lic. Gustavo A. Barrera Graf" de la Escuela Judicial, Campus Toluca.

PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO
El Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura
del Estado de México, a través de su Escuela Judicial le invitan a la
www.pjedomex.gob.mx/ejem
Conferencia
"Derecho de Defensa Material del Imputado (Declaración) y su Trascendencia en Juicio"
Presenta:
M. en D. Alberto Cervantes Juárez
Juez de Control y Tribunal de Enjuiciamiento del Poder Judicial del Estado de México, adscrito al Tribunal de Enjuiciamiento del Distrito Judicial de Tlalnepantla.
ENTRADA LIBRE
Fecha: Jueves 26 de abril 2018 · Hora: 17:00 hrs.
Lugar: Palacio de Justicia de Tlalnepantla Paseo del Ferrocarril S/N Entrada 87
Colonia Los Reyes Iztacala (atras de la F.E.S.) Tlalnepantla de Baz, México.

PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO
El Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura
del Estado de México, a través de su Escuela Judicial le invitan a la
Conferencia
"Marco Teórico Práctico de la Etapa Intermedia y la Investigación del Delito en Juicios Orales"
Presenta:
M. en D. José Alberto Ortiz Ruiz
Catedrático de la Universidad Tecnológico de México y Docente Certificado por la SETEC.
Moderadora:
M. en D.P.P. Dilcia Graciela Castillo Galant
Juez de Control y Tribunal de Enjuiciamiento Adscrita al Juzgado de Control de Texcoco, Estado de México.
www.pjedomex.gob.mx/ejem
ENTRADA LIBRE
Fecha: Miercoles 25 de abril 2018 · Hora: 17:00 hrs.
Lugar: Palacio de Justicia de Texcoco, sito Carretera Texcoco-Molino de Flores, Km 1+500, Ex Hacienda El Batán, Colonia Xocotlán, Texcoco, Estado de México.

PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE MÉXICO
El Tribunal Superior de Justicia y el Consejo de la Judicatura
del Estado de México, a través de su Escuela Judicial le invitan a la
Conferencia-Taller
"La Justiciabilidad de los Derechos de la Ejecución Penal"
Presenta:
Dr. Miguel Sarre
Integrante del Comité Técnico del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura
Moderador:
Mgdo. M. en D.P.P. Palemón Jaime Salazar Hernández
Integrante del Consejo de la Judicatura del Estado de México.
www.pjedomex.gob.mx/ejem
ENTRADA LIBRE
Fecha: Lunes 30 de abril de 2018 · Hora: 17:00 hrs.
Lugar: Aula Magna "Mgdo. Lic. Gustavo A. Barrera Graf" de la Escuela Judicial, Campus Toluca.

# INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES

La política editorial de la Revista Ex Legibus está dirigida a difundir temas vinculados con el derecho judicial y disciplinas conexas, con el objetivo de propiciar el análisis y el debate, así como la reflexión sobre la actualidad jurídica. Para la publicación de un manuscrito los autores deberán sujetarse al procedimiento y reglas técnicas que se indican enseguida:

## PROCEDIMIENTO

1. Se recibirán trabajos de investigación o de comunicación científica originales, ya sea que se trate de artículos, ensayos, informes técnicos, ponencias o comunicaciones de congresos, comentarios de legislación o jurisprudencia, reseña de libros, cartas al editor y demás reflexiones teóricas relacionados con el derecho en sus múltiples dimensiones; se procurará se trate de contribuciones inéditas, conforme a la política editorial de la Revista.

2. El envío de los manuscritos podrá realizarse en cualquier momento a la dirección de correo electrónico: dirección.investigaciones@pjedomex.gob.mx

3. Junto con el archivo electrónico o por separado, los autores solicitarán a la Dirección del Centro de Investigaciones Judiciales la publicación de su manuscrito.

4. La Dirección del Centro acusará recibo de los originales en un plazo no mayor de 7 días hábiles a partir de su recepción. El manuscrito recibido será previamente analizado por el Editor de la Revista, quien decidirá sí somete o no a arbitraje dicho manuscrito.

5. En cuanto al sistema de arbitraje, el trabajo será dictaminado por dos evaluadores externos, especialistas en la materia, en forma anónima (modalidad doble ciego), quienes seguirán los linea-

mientos establecidos en el Formato de Dictamen. La identidad del autor también se mantendrá en el anonimato.

6. El proceso de evaluación dará como resultado un dictamen que, considerando la originalidad, la calidad del trabajo, y su planteamiento en relación a la función judicial, se puede dar en las siguientes modalidades:

a) Si ambos evaluadores emiten una opinión favorable: publicable.
b) Si ambos evaluadores tienen una opinión desfavorable: no publicable.
c) Si uno o ambos evaluadores emiten una opinión favorable, pero sugieren cambios: Publicable con cambios.

En caso de que un evaluador emita un dictamen positivo y el otro negativo, se recurrirá a un tercer evaluador, cuya dictaminación será decisiva.

Los evaluadores tendrán un máximo de 30 días hábiles para presentar su dictamen a la Dirección del Centro.

7. Quedarán exentas de dictaminarse, por acuerdo de la Dirección de Investigaciones, los trabajos de autores cuyo currículum vitae o prestigio profesional sea de elevado reconocimiento académico, cultural e intelectual.

8. El resultado del dictamen se comunicará a los autores, en todos los casos, en un breve lapso de tiempo.

9. Si el trabajo fuera publicable con cambios, el autor tendrá un plazo de 15 días hábiles para realizar los cambios señalados, luego entonces deberá remitir el manuscrito al Editor de la Revista, quien verificará si la nueva versión incorpora satisfactoriamente las observaciones de los evaluadores, en caso afirmativo se procederá a su publicación.

10. Recibido el dictamen que evalué el trabajo como publicable, se procederá a su publicación, en el orden que le corresponda en relación al listado de recibidos, y según el tema a que se dedique en su número correspondiente la Revista. Los autores deberán realizar una cesión de derechos de autor a favor del Consejo de la Judicatura del Estado de México.