

Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO **SEMINARIO DE DERECHO INTERNACIONAL**

CURSO DE ACTUALIZACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

CUADERNOS DE TRABAJO



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
2009

Cuadernos de Trabajo
Seminario de Derecho Internacional

Cuadernos de Trabajo
Seminario de Derecho Internacional
Curso de actualización de profesores
de Derecho Internacional

Primera edición: 5 de octubre de 2009

© D.R. Universidad Nacional Autónoma de México
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510, México, D.F.

FACULTAD DE DERECHO

Prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio,
sin autorización escrita de su legítimo titular de derechos

ISBN (Cuadernos de Trabajo): 978-607-02-0793-8

ISBN (Seminario de Derecho Internacional): 978-607-02-0794-5

Impreso y hecho en México

ÍNDICE

Presentación.....	5
<i>Ruperto Patiño Manffer</i>	
Prólogo.....	7
<i>María Elena Mansilla Mejía</i>	
Análisis de casos.....	9
<i>Hugo Carrasco Soulé</i>	
Los organismos internacionales.....	49
<i>Agustín Eduardo Carrillo Suárez</i>	
Comentarios sobre la incorporación del estatuto de Roma	61
<i>Javier Dondé Matute</i>	
Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN. Análisis de casos prácticos.....	69
<i>Carlos H. Reyes Díaz</i>	
Orden público, institución desconocida e institución análoga	89
<i>María Elena Mansilla Mejía</i>	
El Derecho Internacional en las telecomunicaciones	101
<i>Salvador Pasquel Velasco</i>	
La competencia judicial internacional. Dos aspectos para reflexionar	107
<i>Sonia Rodríguez Jiménez</i>	
El artículo 133 y la jerarquía jurídica en México.....	143
<i>Guillermo Teutli Otero</i>	

PRESENTACIÓN

La creación y divulgación del conocimiento y la cultura jurídica son propósitos primordiales de la Universidad, por ello es que la Facultad de Derecho en coordinación con el Seminario de Derecho Internacional, de los maestros del área, y de su Directora, la Dra. María Elena Mansilla Mejía, con el objetivo de poner al alcance de los alumnos, estudiosos del derecho, así como de los interesados en sus temas y problemas, creamos los *Cuadernos de trabajo del Seminario de Derecho Internacional*, los cuales constituyen un espacio donde nuestra comunidad universitaria que se dedica al estudio e investigación de los temas clásicos, como los de avanzada en el área del derecho internacional, podrá darlos a conocer a sus pares, alumnos y público en general.

Para este primer número se ofrecen al lector los resultados del “Curso de Actualización de Profesores de derecho Internacional Privado”, realizado del 2 al 13 de junio de 2008 en la Facultad de Derecho, en el que participaron los maestros que imparten esa materia. Este trabajo presenta lo más novedoso dentro de la discusión académica en torno a algunos problemas del derecho internacional, como de su enseñanza.

Este trabajo es también una muestra del interés de nuestra planta docente por mantenerse a la vanguardia en la discusión de las cuestiones del derecho internacional, y la de proporcionar a los alumnos materiales que les permitan adentrarse en el conocimiento de esos temas de manera clara, sencilla, dotándolos de un instrumental teórico y práctico, el cual sólo proporciona el ejercicio compartido de la docencia con el de la experiencia en el litigio, ambas cualidades que están presentes en nuestra planta académica.

Estamos convencidos de que los Cuadernos de trabajo se convertirán en una herramienta de trabajo y consulta que coadyuvará con la formación de nuestros alumnos, la discusión, análisis y crítica de los temas vigentes de la agenda jurídica internacional, que indudablemente inciden en nuestro Estado. Esta certeza se funda en la amplia disposición de todos los que nos desempeñamos en nuestra Máxima

Casa de Estudios, y acudimos a ella con el firme compromiso social de contribuir a la comprensión y solución de los problemas jurídicos de nuestro tiempo.

Enhorabuena, y que este sea el primer número de lo que devendrá en una tradición que se fortalecerá con la participación de nuestra comunidad universitaria.

Ruperto PATIÑO MANFFER
Facultad de Derecho
Julio de 2009

PRÓLOGO

Una de las funciones de la Facultad de Derecho es la actualización de sus profesores mediante la impartición de cursos, obligación que recae en los Seminarios. En este sentido el Seminario de Derecho Internacional fiel a tal cumplimiento, organiza tradicionalmente un *Curso Anual de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público* en el que participan tanto destacados profesores de la Facultad como especialistas en ambas áreas.

La presente obra es resultado del curso impartido del 2 al 13 de junio de 2008 en el que se expusieron los temas actuales de mayor relevancia.

En este orden de ideas y con el fin de dar un fundamento constitucional de los tratados el Dr. Guillermo Teutli disertó ampliamente sobre el: *“Artículo 133 y la Jerarquía Jurídica en México”* tema de gran polémica al que a H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado interpretaciones contradictorias. Las comunicaciones se ha convertido en el medio en el que se basan las relaciones de todo tipo, en tal sentido el Lic. Pasquel Velasco experto en tema tan actual, se refirió a las telecomunicaciones en el Derecho Internacional. El tema de la actuación y logros así como los retos de *“Los Organismos Internacionales”*, fue expuesto clara y detalladamente por el Mtro. Agustín Carrillo Suárez. El Dr. Javier Donde Matute expuso *“Comentarios sobre la incorporación del Estatuto de Roma”*, tema de gran importancia por ser la vía ad-hoc para una justicia universal. El Dr. Carrasco Soule dedicó su participación al *“Análisis de casos”* en problemas relativos a la obtención de alimentos, pensiones y devolución de menores sustraídos, lo cual permitió conocer los resultados de la aplicación de las Convenciones en esas materias y la eficacia lograda. El Dr. Carlos Reyes Díaz conjuntó la teoría con la práctica, al exponer *“La Solución de Controversias en el marco del Capítulo XIX del TLCAN: Análisis de casos prácticos”* y ejemplificar con los paneles. La Dra. Sonia Rodríguez Jiménez disertó sobre *“La Competencia Judicial Internacional”*, como la vía para dar eficacia a las resoluciones extranjeras y con ello

evitar la impunidad. *“Orden Público, Institución Desconocida e Institución Análoga”* fue el tema abordado por la coordinación del curso.

María Elena MANSILLA Y MEJÍA
Coordinadora

Análisis de casos

Hugo Carrasco Soulé*

SUMARIO. I. Introducción. II. El proceso de enseñanza-aprendizaje III. El Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho. IV. La reproducción de la actividad contenciosa. V. Los casos prácticos. VI. La Cooperación Procesal Internacional. VII. Análisis de un caso de cooperación procesal internacional. VIII. Reflexiones finales.

...a mirar más allá de la frontera,
y a regresar distintos...
Rafael ARGULLOL

I. INTRODUCCIÓN

El funcionamiento del *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho (LEPDER)* se encuentra dirigido, esencialmente, a reproducir la actividad de los órganos jurisdiccionales y, de esta manera, propiciar que el alumno adquiriera una práctica forense lo más cercana a la realidad.

En el *LEPDER* se ha aplicado una técnica de enseñanza donde interactúan la *teoría* y la *práctica* con el objetivo, no sólo de allegarle al alumno de conocimientos, sino de darle la oportunidad para que con un sentido crítico desarrolle su criterio jurídico¹.

* Profesor de la División de Estudios de Posgrado y Responsable Académico del Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho de la Facultad de Derecho de la UNAM. El curso sobre análisis de casos fue impartido en colaboración con el Magistrado de la Segunda Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal Lic. Gilberto Ruiz Hernández; y el Juez Vigésimo cuarto de lo civil Mtro. Álvaro Augusto Pérez Juárez, el presente ensayo contó con la colaboración del tesista Baden García Mendoza.

¹ Estos planteamientos tienen estrecho vínculo con lo que Jorge WITKER y Rogelio LARIOS VELASCO exponen al explicar el método de la *docencia crítica*, ya que estos autores sostienen que ésta surge como reacción a la docencia tradicional, pues aquella concibe a la educación como la disciplina que aborda el proceso enseñanza-aprendizaje, no para dictar las normas del *deber ser*, sino para analizar y desentrañar los aspectos contextuales que inciden en él. Su fin no es alcanzar lo que se considera "modelo de buena

Bajo esta perspectiva, a través del *LEPDER*, se reproduce la actividad jurisdiccional con la finalidad de que el alumno *analice los casos* que se le asignan para que durante el semestre proyecte e implemente la solución de los mismos. En este sentido, se considera relevante proponer en el *Curso de actualización de profesores de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Público* la posibilidad de realizar actividades académicas conjuntas para que los alumnos de las referidas materias substancien expedientes de juicios ordinarios civiles en los que se involucren trámites relacionados con la *Cooperación Procesal Internacional*, que es un tema afín para las asignaturas involucradas.

II. EL PROCESO ENSEÑANZA-APRENDIZAJE

“Etimológicamente, el vocablo *enseñanza*, proviene del término *enseñar*, que a su vez deriva del latín *insignare*, que significa señalar; también quiere decir instruir, adoctrinar, amaestrar con reglas o preceptos; indicar, dar señas de una cosa. Se entiende por *enseñanza*, el sistema y método de dar instrucción”.²

Tratándose de *enseñanza del Derecho*, el binomio perfecto es el *proceso enseñanza-aprendizaje*. Entre ambos existe una simbiosis indisoluble; al grado que uno no puede ser entendido sin el otro. Los elementos que conforman este proceso pueden clasificarse en dos tipos:

- a) Los de carácter subjetivo; y
- b) El de índole objetivo.

Dentro de los primeros encontramos, tradicionalmente, al maestro y al alumno³; y en la segunda categoría, se ubica el conocimiento jurídico⁴, como objeto del pro-

enseñanza”, sino lograr una labor docente más consciente y significativa para profesores y alumnos... Los docentes y alumnos tienen que asumir papeles diferentes a los desempeñados tradicionalmente, y recuperar para ellos mismos el derecho a la palabra y a la reflexión sobre su actuar concreto (WITKER VELAZQUEZ, Jorge; y LARIOS VELASCO, Rogelio. *Op Cit.* Págs. 239 y 240).

² ARELLANO HOBELSBURG, Walter. *Metodología jurídica*. Editorial Porrúa. México, 2007. Pág. 323.

³ Como destinatario de la enseñanza.

⁴ El conocimiento jurídico es una parte del conocimiento humano, consecuencia del complejo proceso intelectual y racional del hombre a través del cual se estudia y da explicación a la regulación formativa de la conducta del hombre y de los diversos fenómenos que acontece en una sociedad, en búsqueda del constante progreso y bienestar humano (ARELLANO HOBELSBURG, Walter. *Metodología jurídica*. *Op. Cit.* Pág. 38).

ceso. Asimismo, se constituyen como pieza fundamental del proceso los métodos⁵ y técnicas de enseñanza.

Coincidimos con lo que Walter ARELLANO⁶ sostiene al indicar que el alumno:

...está acostumbrado a ser un ente pasivo, que recibe la información que le proporciona el maestro, y en vez de ampliarla, reforzarla o cuestionarla, simplemente la memoriza, con lo que se convierte en un ente pasivo del proceso enseñanza-aprendizaje, y a virtud de ello se desaprovechan sus potencialidades. Asimismo, se constituyen como piezas fundamentales en el proceso, los métodos y técnicas pedagógicas empleadas para transmitir⁷ ese conocimiento.

También estamos convencidos: i. Que el rol del profesor en el proceso de enseñanza-aprendizaje debe transformarse de una postura autoritaria a la de un orientador dentro del proceso; ii. Que la cátedra magistral debe complementarse —que no sustituirse— con la aplicación en el aula de técnicas activas de enseñanza, para que el alumno abandone con naturalidad la pasividad en la que se encuentra imbuido durante la carrera; iii. Que el conocimiento a ser adquirido⁸ por el alumno sea de carácter teórico y práctico; iv. Que la aplicación de técnicas activas de enseñanza conlleva la labor implícita, tanto para el profesor, como para el alumno, de preparar la *clase*; y v. Que en la formación de los alumnos no es suficiente, la adquisición de conocimientos, sino que se deben propiciar ambientes pedagógicos en donde desarrolle criterio jurídico y ensaye la aplicación de los conocimientos en equilibrio con los principios y valores de justicia, equidad.

“Una de las preocupaciones más notorias en la actividad académica, es que se enseñe el Derecho en sus facetas teórica y práctica, con la finalidad de permitir

⁵ El método comprendido como un procedimiento para tratar un conjunto de problemas, en este caso el aprendizaje del derecho requiere una metodología que encauce la problemática que se origina en la interacción maestro-alumno (Cfr. WITKER VELÁSQUEZ, Jorge; y LARIOS VELASCO, Rogelio. *Metodología Jurídica*. Editorial McGrawHill. México, 2002. Pág. 236).

⁶ ARELLANO HOBELBERG, Walter. *Metodología jurídica. Op. Cit.* Pág. 325.

⁷ El docente y el alumno se encuentran habituados a que el primero le *transmita* al segundo los conocimientos que ha adquirido durante su ejercicio profesional, entendiendo el proceso como un “*simple*” traslado de información. No obstante lo anterior, estamos convencidos que el conocimiento no sólo se puede transmitir, sino que también se puede *construir*, propiciando que el aprendizaje del alumno sea mas duradero y significativo, pues el conocimiento así adquirido es producto de su reflexión.

⁸ Ya sea por transmisión, ya sea por construcción propia.

una preparación universitaria integral del estudiante”⁹. Wilfred Carr¹⁰ pone de manifiesto la insatisfacción ante el modo convencional de establecer la distinción entre la teoría y la práctica educativas, y sostiene que es necesario tratarlas como campos mutuamente constituyentes y dialécticamente relacionados.

Por otro lado, coincidimos plenamente con lo expuesto por Elías García Rosas¹¹, quien sostiene que:

La educación entendida como proceso social que ha estado presente en todas las etapas de la humanidad, ha sido responsable de socializar al hombre, contribuyendo a formarle y desarrollarle hábitos, destrezas, conocimientos, valores y actitudes, que provocan que la sociedad en que vive se mantenga y transforme. En este sentido, se observa que históricamente la educación no sólo prepara al hombre para vivir el presente, sino que también lo hace previendo el futuro; sienta las bases para generar mejores condiciones para su propio desarrollo.

Tomando en consideración todo lo anterior, es que en el 2003 efectuamos un diagnóstico sobre la interacción teoría-práctica que el alumno recibe durante la carrera y, de éste, se obtuvo que en la formación del alumno no se percibe de manera tangible la asociación entre la teoría y la *praxis*; situación que limita en su momento el desarrollo de la actividad profesional de nuestros alumnos. Por lo tanto, la Facultad decidió impulsar los programas cuya finalidad primordial fuera la incorporación de técnicas activas al sistema de enseñanza del Derecho.

III. EL LABORATORIO DE ENSEÑANZA PRÁCTICA DE LA FACULTAD DE DERECHO

En 2004 iniciamos con el primer esfuerzo: El desarrollo del proyecto denominado *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho*, dentro del *Programa de Apoyo a Proyectos Institucionales para el Mejoramiento de la Enseñanza* — conocido como PAPIME —; proyecto que tiene como motores que le impulsan, las técnicas activas de enseñanza, y como principal directriz la idea de Ibor LÓPEZ consistente en *que la universidad debe enseñar a pensar y repensar. Esto por encima de todo.*

⁹ ARELLANO HOBELSBERG, Walter. *Metodología jurídica*. Op. Cit. Pág. 327.

¹⁰ CARR, Wilfred. *Una teoría para la educación. Hacia una investigación educativa crítica*. Editorial Morata. Madrid, 1996. 75.

¹¹ GARCÍA ROSAS, Elías. *Formación de recursos humanos para la docencia e investigación jurídica, estudio de caso*. Flores Editor y Distribuidor, S.A. de C.V. México, 2005. Pág. 2.

El *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho*, como proyecto inscrito en el PAPIME, propuso en su momento un aspecto original e innovador en la enseñanza del Derecho dentro de las áreas de Derecho Civil y de Derecho Procesal Civil, ya que de manera institucional se pone a disposición de los alumnos que participan en nuestras aulas, tanto la infraestructura necesaria y el personal docente especializado, como los programas y cursos académicos para que cuenten con todos los elementos teórico-prácticos para sustanciar controversias civiles.

Con la aplicación del método de enseñanza propuesto por el laboratorio, se pretende reducir el margen de separación entre los aspectos teóricos y prácticos que deben manejar los actuales profesionistas, consiguiendo con ello una mejor preparación profesional de los alumnos para que de nuestra Universidad — la número uno en Ibero América — egresen los mejores abogados postulantes de México.

Para el desarrollo del proyecto se siguieron las siguientes líneas de trabajo:

- a) Impactar significativamente en el mejoramiento de la enseñanza.
- b) Aprovechar la calidad y experiencia académica del grupo académico que participó en el proyecto para reproducir la actividad jurisdiccional.
- c) Explotar la originalidad, calidad, viabilidad y coherencia interna del protocolo del proyecto.
- d) Formar un equipo docente que contara con la experiencia adecuada en litigio, tanto en el ámbito de la función jurisdiccional, como desde la perspectiva del abogado postulante.

La concepción del proyecto del *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho* surgió ante diversos cuestionamientos que se tenían sobre los métodos seguidos para lograr la *enseñanza del Derecho*; inquietudes que se pueden condensar en la siguiente idea que Miguel CARBONELL plasmó en su libro intitulado *La Enseñanza del Derecho*:

¿Qué es lo que se puede esperar de la enseñanza del Derecho en México?, ¿En qué contexto deben transmitirse los conocimientos jurídicos?, ¿cuáles son los factores internos y externos que condicionan la docencia y la investigación en materia jurídica?, ¿Cuáles son los nuevos retos a los que, desde el punto de vista de la pedagogía universitaria, nos vamos a enfrentar en un futuro próximo (o a los que nos estamos enfrentando ya, incluso sin saberlo)?...¹²

¹² CARBONELL, Miguel. *La Enseñanza del Derecho*. Editorial Porrúa-UNAM. México, 2004. Pág. 1.

Aunado a estas inquietudes, se encontraba el hecho indiscutible que la vida humana se encuentra en constante cambio y en consecuencia todas las manifestaciones sociales que la acompañan deben evolucionar. En dicha tesitura, resultaba congruente la conclusión de que el Derecho –entendido como un sistema de normas, instituciones y principios filosófico-jurídicos que regulan el actuar del hombre en sociedad– debía transformarse y, por ende, la forma de enseñarlo debía renovarse¹³.

Por lo tanto, resultaba trascendental que nuestra Máxima Casa de Estudios como universidad moderna renovara su sistema tradicional de enseñanza¹⁴, a fin de adecuarlo a una sociedad que está inmersa en un proceso constante de transformación.

Como parte integrante de este entorno, la Facultad de Derecho no podía mostrarse estática sino, por el contrario, asumió su compromiso de constituir siempre la avanzada para lograr que en sus aulas se siga impartiendo la educación más depurada, que a la vez proporcione a sus alumnos una preparación que les permita atender las necesidades actuales y del porvenir de nuestro país.

Es indudable que el sistema tradicional de enseñanza, basado en el método discursivo, es una fuente de virtudes, sin embargo, uno de sus defectos es que su empleo como técnica única, dificulta la preparación de juristas con espíritu crítico.

Al respecto, PIERO CALAMANDREI ha sostenido que *el mejor método para hacer buenos juristas no es el de constreñir a los estudiantes a nutrirse de charlas durante cuatro años, sino el de habituarlos, en ese tiempo, mediante la ejercitación del pensamiento, a servir de la propia mente.*

¹³ Para autores como Miguel CARBONELL urge revisar casi todo: desde los libros con los que se enseña, hasta los diseños curriculares, el perfil de los profesores, las cargas docentes y de investigación, las necesidades del mercado profesional, la vinculación de las universidades con la sociedad, la selección del alumnado, etcétera (CARBONELL, Miguel. *La Enseñanza del Derecho. Op Cit.* Págs. 72 y 73)

¹⁴ De acuerdo a lo que exponen Jorge WITKER y Rogelio LARIOS “este modelo de antecedentes medievales, se basa en una técnica de enseñanza autoritaria, que centra en el profesor toda la comunicación informativa –poseedor del conocimiento y del método– relegando a los estudiantes a un papel pasivo y receptivo... Los rasgos distintivos de este modelo de docencia son: a) Verticalismo, al favorecer en el salón de clases, relaciones jerárquicas, de subordinación, competitivas, etcétera. Un superior jerárquico (maestro) y un subordinado (alumno); b) Autoritarismo, al dar la voz a uno de los actores: el docente; b) Verbalismo, al desarrollar las clases preferentemente a través de exposiciones magistrales que sustituyen a la realidad y a las fuentes del conocimiento mismo; y d) Intelectualismo, al dar más importancia al desarrollo cognoscitivo del alumno (repetición memorística), dejando de lado las áreas afectivas y de los valores, separando el aula de toda relación con la realidad social circundante. WITKER VELAZQUEZ, Jorge; y LARIOS VELASCO, Rogelio. *Op. Cit.* Págs. 238 y 239.

Así entonces, la *ejercitación del pensamiento* no debe emprenderse por la mancuerna *maestro-alumno*, como un esfuerzo académico sin metodología, pues provocaría que aquel se quedara como un mero intento condenado a no rendir los frutos esperados. Para evitar que esto sucediera, se propuso un método basado en la aplicación de las *técnicas activas de enseñanza* que se respaldan en sólidos fundamentos y bases pedagógicas.

Este tipo de técnicas encuentran su justificación en el *constructivismo*, que en palabras de CÉSAR COLL debe ser entendido como el proceso que conduce a los alumnos a la integración, modificación, establecimiento de relaciones y coordinación entre esquemas de conocimiento.

Así pues, con la aplicación de la enseñanza activa en nuestras aulas se ha modificado la calidad receptiva del alumno, provocando la participación dinámica de él en su propio proceso de aprendizaje; incrementando sus conocimientos, pero ante todo, desarrollando su criterio lógico jurídico. En suma, el empleo del constructivismo ha propiciado que el aprendizaje del alumno sea más duradero y significativo, pues será producto de su reflexión.

Bajo este esquema, para lograr la construcción del conocimiento, se ha requerido una intensa actividad por parte de los alumnos, a tal grado que debe concebirse al estudiante como un interlocutor válido, capaz y obligado a plantear problemas, a intentar soluciones, a construir y reconstruir informaciones.

El funcionamiento del *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho (LEPDER)* se encuentra dirigido, esencialmente, a reproducir la actividad de los órganos jurisdiccionales y, de esta manera, propiciar que el alumno adquiriera una práctica forense lo más cercana a la realidad.

En el *LEPDER* se ha aplicado una técnica de enseñanza donde interactúan la *teoría* y la *práctica* con el objetivo, no sólo de allegarle al alumno de conocimientos, sino de darle la oportunidad para que con un sentido crítico desarrolle su criterio jurídico¹⁵.

¹⁵ Estos planteamientos tienen estrecho vínculo con lo que Jorge WITKER y Rogelio LARIOS VELASCO exponen al explicar el método de la *docencia crítica*, ya que estos autores sostienen que ésta surge como reacción a la docencia tradicional, pues aquella concibe a la educación como la disciplina que aborda el proceso enseñanza-aprendizaje, no para dictar las normas del *deber ser*, sino para analizar y desentrañar los aspectos contextuales que inciden en él. Su fin no es alcanzar lo que se considera “modelo de buena enseñanza”, sino lograr una labor docente más consciente y significativa para profesores y alumnos... Los docentes y alumnos tienen que asumir papeles diferentes a los desempeñados tradicionalmente, y recuperar para ellos mismos el derecho a la palabra y a la reflexión sobre su actuar concreto (WITKER VELAZQUEZ, Jorge; y LARIOS VELASCO, Rogelio. *Op Cit.* Págs. 239 y 240).

Bajo esta perspectiva, a través del *LEPDER*, se reproduce lo más cercano a la realidad el funcionamiento de un tribunal, es decir, el estudiante en calidad de futuro litigante acude a las aulas del laboratorio con el objetivo de plantear una controversia ante una autoridad jurisdiccional recreada, como parte actora y como parte demandada. Esta actividad se logra con la orientación que recibe de un profesor que en la vida real se dedica a postular. Asimismo, otro de los dos titulares de grupo funge como juez y, en consecuencia, sustancia en el juzgado recreado los procedimientos que le son planteados, aplicando para tal efecto las normas, tanto adjetivas como sustantivas correspondientes. Bajo la dirección del juzgador se encuentran dos profesionistas que se capacitan para secretarios de acuerdo de juzgado de primera instancia. De esta manera, se integran los esfuerzos de todos los participantes para lograr el funcionamiento del *Laboratorio de Enseñanza Práctica del Derecho*.

Bajo este modelo de enseñanza, el alumno actúa en todo momento, ya sea como abogado postulante o bien como secretario de acuerdos —según sea el caso—, analizando y sustanciando las controversias que le son asignadas individualmente, pero con la finalidad común de obtener una sentencia que resuelva el conflicto previo seguimiento del proceso jurisdiccional en todas sus fases procedimentales, incluyendo la celebración de audiencias y la práctica de todas las diligencias que tienen lugar en un juicio.

En este sentido, el Laboratorio emplea el método de la *docencia crítica*, ya que, en palabras de Jorge WITKER¹⁶, utiliza "...un proceso dialéctico, que se nutre de interacciones grupales e individuales, que no sólo actúan sobre el área cognoscitiva, sino también en el crecimiento humano integral".

Con todo ello se provoca la participación activa del alumno en su propio proceso de aprendizaje y, a la vez, se crea un ambiente adecuado para que desarrolle un criterio jurídico que le permite hallar las soluciones a los problemas que surgen en la constante y dinámica realidad social. Hay que tener presente que este método responde a la exigencia de que la única manera de aprender a hacer las cosas consiste en hacerlas.

De esta manera, el Laboratorio funciona a través de tres actividades, principalmente, a saber:

- a) La reproducción de la actividad contenciosa por medio de la integración de expedientes que contienen la substanciación de juicios ordinarios civiles en primera instancia;

¹⁶ WITKER VELAZQUEZ, Jorge; y LARIOS VELASCO, Rogelio. *Op Cit.* Pág. 241.

- b) La asistencia al ciclo semestral de carácter permanente de conferencias sobre temas selectos de Derecho procesal civil; y
- c) Las prácticas profesionales en juzgados del Tribunal Superior de Justicia del distrito Federal.

Para efectos de este curso solo nos referiremos a la reproducción de la actividad contenciosa que se lleva a cabo en las aulas del laboratorio y que será sobre la que se propondrá vincular las actividades docentes que ejecutan, tanto los profesores del laboratorio, como los de Derecho Internacional.

IV. LA REPRODUCCIÓN DE LA ACTIVIDAD CONTENCIOSA

La reproducción de la actividad contenciosa supone que con la participación de todos los involucrados se logre la integración de al menos dos expedientes por cada alumno, uno en calidad de actor y el otro en su carácter de demandado.

La integración del expediente contempla desde la presentación de la demanda hasta la obtención de la sentencia de primera instancia, pasando por el largo trayecto procesal: emplazamiento, contestación de demanda, reconvencción, contestación a la reconvencción, audiencia previa y de conciliación, citaciones, ofrecimiento de pruebas, su correspondiente admisión y preparación para lograr obtener el desahogo de los medios de convicción.

Para obtener el resultado antes descrito, se seccionaron las responsabilidades en dos grandes equipos: El primero, dirigido por un juez o magistrado del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, con el objetivo principal de lograr la reproducción operativa de un juzgado en material civil; y el segundo grupo, recrea el accionar de un bufete de abogados, orientados por un profesor postulante.

El juez tiene a su cargo a dos alumnos que pretenden capacitarse como Secretarios de Acuerdos, y en consecuencia tienen a su cargo la dirección del proceso. El profesor postulante dirige a 10 alumnos para que litiguen los asuntos que les encomienda la coordinación académica del laboratorio.

Los alumnos que fungen como *secretarios de acuerdos* tienen bajo su responsabilidad la instrucción de 5 expedientes, por lo tanto en cada uno de los procesos correspondientes deberán ir adoptando acuerdos, decretos, o sentencias – interlocutorias o definitivas, según sea el caso – .

Por su parte, cada *alumno postulante* tiene a su cargo dos expedientes (uno como parte actora y otro como demandado), en los que, no solamente deben proponer las estrategias de ataque y defensa, sino también llevar a cabo todos los actos proce-

sales tendientes a obtener una resolución favorable a los intereses que representan en juicio.

Cada proceso inicia con la presentación de la demanda ante la Oficialía de partes común del Tribunal del Laboratorio; acto seguido, los secretarios de acuerdos deben resolver lo que proceda en relación con su admisión; si ésta es admitida, entonces, se practica el emplazamiento, que provocará que la parte demandada formule su contestación respectiva en el término de ley; así entonces, el juzgado deberá citar a las partes para la celebración de la audiencia previa de conciliación y de excepciones procesales. En el supuesto de que las partes no lleguen a un acuerdo, el juzgado depura el proceso y ordena sea abierta la dilación probatoria, atravesando por todas las etapas que integran esta fase (ofrecimiento, admisión, preparación y desahogo de medios de prueba). Se llevan a cabo todas las diligencias necesarias para lograr el desahogo de los medios de convicción ofrecidos por las partes, y que en su momento les fueron admitidos, y que a su vez fueron preparados adecuadamente para lograr su desahogo en la audiencia de ley, a la que asisten: el juez, el secretario de acuerdos, las partes en conflicto y sus abogados patronos, los testigos, peritos, y en general todos aquellos que formen parte del proceso. Una vez que el proceso se encuentra en estado de sentencia, se cierra la instrucción, citando para oír sentencia, misma que debe ser dictada en los plazos que establece el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Asimismo, para lograr el fin, el *juzgado reproducido* cuenta con la papelería, sellos y libros que se llevan en la vida real en los tribunales para organizar sus actividades. Los expedientes que se integran con las constancias procesales que se ven generando durante la tramitación del proceso deben contener los requisitos de forma y de fondo que el código adjetivo disponga para tal efecto, por lo que las constancias deben ser firmadas, rubricas, selladas y foliadas para ser añadidas al expediente.

Como se advierte, la integración de los expedientes es una labor conjunta que llevan a cabo todos los que participan en el proceso de acuerdo al rol que les ha sido asignado desde el inicio de las actividades. Los alumnos postulantes y los secretarios de acuerdos deben cumplir con los plazos y términos que establece la ley, por lo que sus omisiones o retrasos se ven reflejados en las desventajas procesales que se originan por ser omisos al respecto.

La integración de los expedientes puede abarcar la instrumentación de recursos e incidentes que sean necesarios para obtener una resolución final favorable a sus intereses; por ejemplo, ante el desechamiento ilegal de una demanda, el alumno postulante puede impugnar la resolución a través del recurso de queja, mismo

que será resuelto en la sala virtual que opera en el laboratorio¹⁷. De esta manera, la decisión de revocar o confirmar el desechamiento no depende de nadie de los que ha intervenido en la primera instancia (jueces, profesor o alumnos), sino que es resuelto por un órgano revisor, tal y como se hace en la realidad.

Otro ejemplo, lo constituiría el caso en el que el emplazamiento haya sido efectuado defectuosamente; ante esta circunstancia, el alumno postulante puede presentar un incidente de nulidad de actuaciones por defecto en el emplazamiento, con todas las consecuencias legales que ello entraña.

En conclusión, la actividad en los expedientes depende del grado de involucramiento que los alumnos tengan en sus casos, por lo que la experiencia académica puede ser amplia si el alumno asume un papel activo, porque a su disposición se encuentran todas las instancias y figuras procesales ante las que los postulantes se encuentran en el foro.

V. LOS CASOS PRÁCTICOS

Los casos prácticos que les son asignados a los alumnos que participan en el laboratorio, son elaborados y redactados bajo las siguientes premisas:

- a) Los casos deben contener una problemática adecuada al nivel de conocimiento que de acuerdo al avance que el alumno tiene en la carrera. Para cursar la materia los alumnos debieron acreditar las asignaturas de procesal civil, primero y segundo curso; asimismo se ha llegado a la conclusión que también deben acreditar la materia de practica forense de privado; ya que para poder plantear estrategias de solución de conflicto es indispensable que no solo se tengan conocimientos en el ámbito procesal, sino también desde el punto de vista sustantivo.

Por lo tanto, el grado de éxito en la obtención de las metas perseguidas a través del laboratorio, tendrá mucho que ver con la determinación adecuada de la complejidad en los casos.

- b) Los casos prácticos se redactan a través de narrativas, y se encuentran diseñados para que en el proceso se ofrezcan diversos medios de prueba.

Dentro de este contexto, las narrativas contienen la descripción de los hechos que ocurrieron y que son materia de la controversia. Lo descrito en la narrativa

¹⁷ Esta sala se encuentra conformada por jueces y magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, que se han sumado a los esfuerzos de la Facultad.

no puede ser variado por los alumnos, es decir, se deben sujetar estrictamente a lo narrado.

En la narrativa se describen las pruebas documentales que se tienen disponibles (contratos, actas, escrituras, etc.) y el nombre de los testigos que presenciaron los hechos, en caso de que existan. Se instruye al alumno para que no añadan documentos que no estén descritos en la narrativa, ni tampoco puede mencionar testigos que no hayan sido señalados en la narrativa, es decir, solo pueden ofrecer los medios de convicción que se deriven de la lectura de la narrativa.

Por cada caso se redactan tres narrativas:

- a) Para la parte actora;
- b) Para la parte demandada; y
- c) Para los titulares de grupo.

Las narrativas contienen la visión que cada cliente tiene sobre los hechos que sucedieron en la controversia; de esta manera la parte actora no tiene conocimiento pleno de los elementos de los que dispone la parte demandada, por lo que al efectuar el planteamiento de la estrategia el abogado de la parte actora deberá prever la contingencia que puede aparecer por información o documentos que la contraparte se supone tiene o debe tener, y asimismo, deberá pronosticar la posible estrategia de defensa de su contrario, y viceversa.

La narrativa para los titulares de grupo contempla las visiones de ambas partes, a efecto de que los titulares de grupo tengan conocimiento de la problemática y en consecuencia tengan los elementos necesarios para orientar el caso adecuadamente.

Con cada narrativa se pone a disposición de los alumnos los documentos base de la acción y de la (s) excepción (es), según corresponda, y de todos los documentos que puedan servir de prueba en el proceso, por ejemplo: contratos privados de compraventa, facturas, recibos, folios reales, escrituras de compraventa, actas de nacimiento, actas de matrimonio, etc.

Todos estos documentos son validados por la coordinación del laboratorio a través del estampado del sello original del LEPDER y con la leyenda "Para fines didácticos"; asimismo, en ningún documento se hacen constar firmas, sino que se añade la leyenda de "Sin firma autógrafa para fines didácticos. De esta manera, toda la documentación que se encuentre sellada se toma como original.

VI. LA COOPERACIÓN PROCESAL INTERNACIONAL

En materia de cooperación procesal internacional, al ser la República Mexicana una federación pueden tener injerencia dos ordenamientos, el primero el Código Federal de Procedimientos Civiles y el segundo el Código de Procedimientos Civiles de cada estado, en *materia federal* la diligenciación por parte de tribunales mexicanos de notificaciones, recepción de pruebas u otros actos de mero procedimiento, solicitados para surtir efectos en el extranjero no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia asumida por el tribunal extranjero, ni el compromiso de ejecutar la sentencia que se dictare en el procedimiento correspondiente.

Para que hagan fe en la República los documentos públicos extranjeros, deberán presentarse legalizados por las autoridades consulares mexicanas competentes conforme a las leyes aplicables. Los que fueren transmitidos internacionalmente por conducto oficial para surtir efectos legales, no requerirán de legalización. Las diligencias de notificaciones y de recepción de pruebas en territorio nacional, para surtir efectos en el extranjero, podrán llevarse a cabo a solicitud de parte.

La práctica de diligencias en país extranjero para surtir efectos en juicios que se tramiten ante tribunales nacionales, podrá encomendarse a los miembros del Servicio Exterior Mexicano por los tribunales que conozcan del asunto. En los casos en que así proceda, dichos miembros podrán solicitar a las autoridades extranjeras competentes, su cooperación en la práctica de las diligencias encomendadas.

En el caso de los exhortos que se remitan al extranjero serán comunicaciones oficiales escritas que contendrán la petición de realización de las actuaciones necesarias en el proceso en que se expidan. Dichas comunicaciones contendrán los datos informativos necesarios y las copias certificadas, cédulas, copias de traslado y demás anexos procedentes según sea el caso. No se exigirán requisitos de forma adicionales respecto de los exhortos que provengan del extranjero.

Los exhortos o cartas rogatorias podrán ser transmitidos al órgano requerido por las propias partes interesadas, por vía judicial, por intermedio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad competente del Estado requirente o requerido según sea el caso.

Los exhortos provenientes del extranjero que sean transmitidos por conductos oficiales no requerirán legalización y los que se remitan al extranjero sólo necesitarán de la legalización exigida por las leyes del país en donde se deban de diligenciar.

Todo exhorto internacional que se reciba del extranjero en idioma distinto del español deberá acompañarse de su traducción. Salvo deficiencia evidente u objeción de parte, se estará al texto de la misma.

Los exhortos internacionales que se reciban sólo requerirán homologación cuando implique ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos. Los exhortos relativos a notificaciones, recepción de pruebas y a otros asuntos de mero trámite se diligenciarán sin formar incidente.

Los exhortos internacionales que se reciban serán diligenciados conforme a las leyes nacionales. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal exhortado podrá conceder excepcionalmente la simplificación de formalidades o la observancia de formalidades distintas a las nacionales, a solicitud del juez exhortante o de la parte interesada, si esto no resulta lesivo al orden público y especialmente a las garantías individuales; la petición deberá contener la descripción de las formalidades cuya aplicación se solicite para la diligenciación del exhorto.

Los tribunales que remitan al extranjero o reciban de él, exhortos internacionales, los tramitarán por duplicado y conservarán un ejemplar para constancia de lo enviado, recibido y actuado.

En cuanto a las notificaciones, citaciones y emplazamientos a las dependencias de la Federación y de las Entidades Federativas, provenientes del extranjero se harán por conducto de las autoridades federales que resulten competentes por razón del domicilio de aquéllas.

Las diligencias se llevará a cabo por el tribunal del domicilio de quien vaya a ser notificado, de quien vaya a recibirse la prueba o donde se encuentre la cosa según sea el caso.

Las dependencias de la Federación y de las Entidades Federativas y sus servidores públicos, estarán impedidos de llevar a cabo la exhibición de documentos o copias de documentos existentes en archivos oficiales bajo su control en México; se exceptúan los casos en que tratándose de asuntos particulares, documentos o archivos personales lo permita la ley y cuando a través del desahogo de un exhorto o carta rogatoria así lo ordene el tribunal mexicano.

En materia de recepción de prueba en litigios que se ventilen en el extranjero, las embajadas, consulados y miembros del Servicio Exterior Mexicano se sujetarán a lo dispuesto en los tratados y convenciones de los que México sea parte y a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Servicio Exterior Mexicano, su Reglamento y demás disposiciones aplicables.

La obligación de exhibir documentos y cosas en procesos que se sigan en el extranjero no comprenderá la de exhibir documentos o copias de documentos identificados por características genéricas.

En ningún caso podrá un tribunal nacional ordenar ni llevar a cabo la inspección general de archivos que no sean de acceso al público, salvo en los casos permitidos por las leyes nacionales.

Cuando se solicitare el desahogo de prueba testimonial o de declaración de parte para surtir efectos en un proceso extranjero, los declarantes podrán ser interrogados verbal y directamente, para ello será necesario que se acredite ante el tribunal del desahogo, que los hechos materia del interrogatorio están relacionados con el proceso pendiente y que medie solicitud de parte o de la autoridad exhortante. Los servidores públicos de las dependencias de la federación y de las entidades federativas, estarán impedidos de rendir declaraciones en procedimientos judiciales y desahogar prueba testimonial con respecto a sus actuaciones en su calidad de tales. Dichas declaraciones deberán hacerse por escrito cuando se trate de asuntos privados, y cuando así lo ordene el juez nacional competente.

En materia de ejecución de sentencias, será reconocida en México la competencia asumida por un tribunal extranjero para los efectos de la ejecución de sentencias, cuando dicha competencia haya sido asumida por razones que resulten compatibles o análogas con el derecho nacional, salvo que se trate de asuntos de la competencia exclusiva de los tribunales mexicanos.

No obstante, el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente. El tribunal mexicano podrá asumir competencia en casos análogos.

También será reconocida la competencia asumida por un órgano jurisdiccional extranjero designado por convenio de las partes antes del juicio, si dadas las circunstancias y relaciones de las mismas, dicha elección no implica de hecho impedimento o denegación de acceso a la justicia.

No se considerará válida la cláusula o convenio de elección de foro, cuando la facultad de elegirlo opere en beneficio exclusivo de alguna parte pero no de todas.

Los tribunales nacionales tendrán competencia exclusiva para conocer de los asuntos que versen sobre las siguientes materias:

- I. Tierras y aguas ubicadas en el territorio nacional, incluyendo el subsuelo, espacio aéreo, mar territorial y plataforma continental, ya sea que se trate de derechos reales, de derechos derivados de concesiones de uso, explotación, explotación o aprovechamiento, o de arrendamiento de dichos bienes;
- II. Recursos de la zona económica exclusiva o que se relacionen con cualquiera de los derechos de soberanía sobre dicha zona, en los términos de la Ley Federal del Mar;
- III. Actos de autoridad o atinentes al régimen interno del Estado y de las dependencias de la Federación y de las entidades federativas;

- IV. Régimen interno de las embajadas y consulados de México en el extranjero y sus actuaciones oficiales; y
- V. En los casos en que lo dispongan así otras leyes.

Las sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeros tendrán eficacia y serán reconocidos en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte.

Tratándose de sentencias, laudos o resoluciones jurisdiccionales que sólo vayan a utilizarse como prueba ante tribunales mexicanos, será suficiente que los mismos llenen los requisitos necesarios para ser considerados como auténticos.

Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales extranjeros se cumplirán coactivamente en la República, mediante homologación, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte, de igual forma podrán tener fuerza de ejecución si cumplen con las siguientes condiciones:

- I. Que se hayan satisfecho las formalidades en materia de exhortos provenientes del extranjero;
- II. Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real;
- III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por la legislación nacional;
- IV. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas;
- V. Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra;
- VI. Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el tribunal mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva;
- VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México; y

- VIII. Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.
- IX. No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones, el tribunal podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias o laudos extranjeros en casos análogos.

El exhorto del Juez o tribunal requirente deberá acompañarse de la siguiente documentación:

- I. Copia auténtica de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional;
- II. Copia auténtica de las constancias que acrediten que se cumplió con las condiciones previstas.;
- III. Las traducciones al idioma español que sean necesarias al efecto; y
- IV. Que el ejecutante haya señalado domicilio para oír notificaciones en el lugar del tribunal de la homologación.

Es tribunal competente para ejecutar una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, el del domicilio del ejecutado, o en su defecto, el de la ubicación de sus bienes en la República.

El incidente de homologación de sentencia, laudo o resolución extranjera se abrirá con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se concederá término individual de nueve días hábiles para exponer defensas y para ejercitar los derechos que les correspondieren; y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá exclusivamente a cargo del oferente salvo razón fundada. En todos los casos se dará intervención al Ministerio Público para que ejercite los derechos que le correspondiere.

La resolución que se dicte será apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución, y en el efecto devolutivo si se concediere.

Ni el Tribunal de primera instancia ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre las motivaciones o fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en el derecho nacional.

Todas las cuestiones relativas a embargo, secuestro, depositaría, avalúo, remate y demás relacionadas con la liquidación y ejecución coactiva de sentencia dictada por tribunal extranjero, serán resueltas por el tribunal de la homologación.

La distribución de los fondos resultantes del remate quedará a disposición del juez sentenciador extranjero.

Si una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional extranjera no pudiera tener eficacia en su totalidad, el tribunal podrá admitir su eficacia parcial a petición de parte interesada.

El Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal establece en materia de cooperación procesal internacional que los exhortos internacionales que se reciban sólo requerirán de homologación cuando impliquen ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos. Los exhortos relativos a notificaciones, recepción de pruebas y a otros asuntos de mero trámite se diligenciarán cuando proceda, sin formar incidente y de acuerdo con las siguientes reglas:

- I. La diligenciación de exhortos o el obsequio de otras solicitudes de mera cooperación procesal internacional se llevará a cabo por los tribunales del Distrito Federal;
- II. Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal exhortado podrá conceder simplificación de formalidades o la observancia de formalidades distintas a las nacionales, si esto no resulta lesivo al orden público y especialmente a las garantías individuales;
- III. A solicitud de parte legítima, podrán llevarse a cabo actos de notificación o de emplazamiento, o de recepción de pruebas para ser utilizados en procesos en el extranjero,
- IV. En la vía de jurisdicción voluntaria o de diligencias preparatorias; y
- V. Los tribunales que remitan al extranjero exhortos internacionales, o que los reciban, los tramitarán por duplicado y conservarán éste para constancia de lo enviado, o de lo recibido y de lo actuado.

Las sentencias y demás resoluciones extranjeras tendrán eficacia y serán reconocidas en la República en todo lo que no sea contrario al orden público interno, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de que México sea parte.

Tratándose de sentencias o resoluciones jurisdiccionales que solamente vayan a utilizarse como prueba, será suficiente que las mismas llenen los requisitos necesarios para ser consideradas como documentos públicos auténticos.

Los efectos que las sentencias o laudos arbitrales extranjeros produzcan en el Distrito Federal estarán regidos por el Código Civil, por el Código y el Código Federal de Procedimientos Civiles y demás leyes aplicables.

Las sentencias, laudos y resoluciones dictados en el extranjero podrán tener fuerza de ejecución si se cumplen las siguientes condiciones:

- I. Que se hayan satisfecho las formalidades previstas en el Código Federal de Procedimientos Civiles en materia de exhortos provenientes del extranjero;
- II. Que no hayan sido dictados como consecuencia del ejercicio de una acción real;
- III. Que el juez o tribunal sentenciador haya tenido competencia para conocer y juzgar del asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en la esfera internacional que sean compatibles con las adoptadas por el Código o en el Código Federal de Procedimientos Civiles;
- IV. Que el demandado haya sido notificado o emplazado en forma personal a efecto de asegurarle la garantía de audiencia y el ejercicio de sus defensas;
- V. Que tengan el carácter de cosa juzgada en el país en que fueron dictados, o que no exista recurso ordinario en su contra;
- VI. Que la acción que les dio origen no sea materia de juicio que esté pendiente entre las mismas partes ante tribunales mexicanos y en el cual hubiere prevenido el tribunal mexicano o cuando menos que el exhorto o carta rogatoria para emplazar hubieren sido tramitados y entregados a la Secretaría de Relaciones Exteriores o a las autoridades del Estado donde deba practicarse el emplazamiento. La misma regla se aplicará cuando se hubiera dictado sentencia definitiva;
- VII. Que la obligación para cuyo cumplimiento se haya procedido no sea contraria al orden público en México, y
- VIII. Que llenen los requisitos para ser considerados como auténticos.

No obstante el cumplimiento de las anteriores condiciones el Juez podrá negar la ejecución si se probara que en el país de origen no se ejecutan sentencias, resoluciones jurisdiccionales o laudos extranjeros en casos análogos.

El exhorto del juez o tribunal requirente deberá acompañarse de la siguiente documentación:

- I. Copia auténtica de la sentencia, laudo o resolución jurisdiccional;
- II. Copia auténtica de las constancias que acrediten que se cumplió con las condiciones previstas en el numeral anterior;
- III. Las traducciones al español que sean necesarias al efecto, y
- IV. Que el ejecutante haya señalado domicilio para oír notificaciones en el lugar de la homologación.

El reconocimiento y ejecución de sentencia extranjera se sujetará a las siguientes reglas:

- I. El tribunal competente para ejecutar una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional proveniente del extranjero, será el del domicilio del ejecutado;
- II. El incidente de homologación de sentencia, laudo o resolución extranjera se abrirá con citación personal al ejecutante y al ejecutado, a quienes se concederá término individual de nueve días hábiles para exponer defensas y para ejercitar los derechos que les correspondieren; y en el caso de que ofrecieren pruebas que fueren pertinentes, se fijará fecha para recibir las que fueren admitidas, cuya preparación correrá exclusivamente a cargo del oferente salvo razón fundada. En todos los casos se dará intervención al Ministerio Público para que ejercite los derechos que le correspondiere.
- III. La resolución que se dicte será apelable en ambos efectos si se denegare la ejecución, y en el efecto devolutivo si se concediere;
- IV. Todas las cuestiones relativas a depositaría, avalúo, remate y demás relacionadas con la liquidación y ejecución coactiva de sentencia dictada por tribunal extranjero serán resueltas por el tribunal de la homologación.
- V. La distribución de los fondos resultantes del remate quedará a disposición del juez sentenciador extranjero;
- VI. Ni el tribunal de primera instancia ni el de apelación podrán examinar ni decidir sobre la justicia o injusticia del fallo, ni sobre los fundamentos de hecho o de derecho en que se apoye, limitándose sólo a examinar su autenticidad y si deba o no ejecutarse conforme a lo previsto en los artículos anteriores, y
- VII. Si una sentencia, laudo o resolución jurisdiccional extranjera no pudiera tener eficacia en su totalidad, en tribunal podrá admitir su eficacia parcial a petición de parte interesada.
- VII. Análisis de un caso de cooperación procesal internacional

Durante el curso de actualización de profesores de Derecho Internacional Privado y Derecho Internacional Público, organizado por el Seminario de Derecho Internacional, se expuso el análisis de un caso de cooperación procesal internacional sobre restitución de menores; mismo que se analizó bajo la guía de las siguientes láminas:

Caso 1

Sobre Restitución de Menores

Hugo Carrasco Soulé

Junio 2008₁

Antecedentes:

1. El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal recibe del Director General de Protección y Asuntos Consulares, Oficina de Derecho de Familia de la Secretaría de Relaciones Exteriores un oficio donde remite:
 - a) Una supuesta *carta rogatoria* cuya tramitación solicita la autoridad central Estadounidense;
 - b) Un acta del registro civil y anexos.

La autoridad central estadounidense solicita la restitución de una menor.

2

Antecedentes:

2. La Oficina de Partes de la Presidencia del Tribunal lo turna al Juez de lo Familiar con fundamento en:

- a) La fracción VI del artículo 36; y
- b) En la fracción V del artículo 50, ambos de la Ley Orgánica del Tribunal.

La finalidad es que se sirva diligenciar la *carta rogatoria* en sus términos en caso de encontrarla ajustada a derecho.

3

Antecedentes:

3. El oficio de la Secretaría de Relaciones Exteriores se estructura de la siguiente manera:

- a) Informa de la solicitud de restitución de la menor trasladada ilícitamente en el territorio nacional que formula la autoridad central Estadounidense;
- b) Se fundamenta en la *Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de marzo de 1992;
- c) De acuerdo al artículo 6° de la Convención los Estados contratantes deben designar una Autoridad Central;

4

Antecedentes:

3. Cont...

- d) De acuerdo con el artículo 7 de la Convención las Autoridades Centrales deben adoptar todas las medidas que permitan:
- Localizar a los menores trasladados o retenidos ilícitamente;
 - Prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual pueden adoptar medidas provisionales;
 - Incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo para lograr la restitución del menor; y
 - Permitir que se ejerza de manera efectiva el derecho de visita.

Antecedentes:

3. Cont...

e) En el oficio se hace notar que:

- Se trata de una solicitud de restitución mediante la aplicación de un tratado internacional y no de una carta rogatoria o exhorto internacional que requiere ejecución inmediata;
- Los documentos públicos extranjeros transmitidos al territorio nacional por los conductos oficiales no requieren de legalización y apostilla para surtir efectos legales de acuerdo con el artículo 23 de la Convención.

6

Antecedentes:

3. Cont...

f) En el oficio se puntualiza que:

- El objetivo de la Convención es el de restituir al menor sustraído ilícitamente al lugar donde residía habitualmente;
- Las cortes competentes para resolver de fondo el problema de custodia son las del lugar donde el menor reside habitualmente, ya que así se cuenta con los elementos probatorios para la adecuada sustanciación del juicio correspondiente.
- En el procedimiento que sea incoado por la Autoridad Central de México no debe resolverse el fondo de la cuestión del derecho de custodia, sino que solamente se debe ordenar la restitución del menor y el depósito provisional ante las Autoridades del Sistema Local para el Desarrollo Integral de la Familia.

Antecedentes:

3. Cont...

g) En el oficio se destaca que la Autoridad Judicial competente puede negarse a la restitución de los menores, entre otros, en los siguientes casos:

- Cuando se demuestre que la persona que se hubiere hecho cargo del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptado el traslado o retención;
- Cuando se compruebe que existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro físico o psicológico, o que de cualquier otra manera ponga a los menores en una situación intolerable.

Estos hechos deben ser demostrados fehacientemente por quien los esgrima.

8

Antecedentes:

3. Cont...

- g) En el oficio se resalta que el sólo hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en México, no puede justificar la negativa para restituir a un menor conforme al artículo 17 de la Convención, que dispone lo siguiente:

Artículo 17. El solo hecho de que una decisión relativa a la custodia haya sido dictada o sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido, no podrá justificar la negativa para restituir a un menor conforme a lo dispuesto en la presente Convención, pero las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta los motivos de dicha decisión al aplicar la presente Convención.

9

Antecedentes:

3. Cont...

- h) La Autoridad Central mexicana le indica enfáticamente al Presidente del TSJDF lo siguiente:

... La solicitud deberá resolverse con fundamento en lo dispuesto por la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, aplicable en cualquier Estado de la República Mexicana en los términos previstos para tal efecto, no sólo por el artículo 133 Constitucional, sino también por la tesis número LXXXVII/99 TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN...

... Que el juez de lo familiar fije fecha y lugar para que tenga verificativo la audiencia de ley a que se refieren los artículos 14 y 16 constitucionales...

Antecedentes:

3. Cont...

h) Cont...

... El juez competente decreta el depósito del menor provisionalmente bajo la custodia del Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, en tanto se resuelve en forma definitiva sobre si procede o no la restitución...

... Dar vista al Ministerio Público adscrito al juzgado para que manifieste lo que a su derecho convenga...

11

Antecedentes:

4. Auto Admisorio

Atendiendo a la reciprocidad internacional que existe entre México y Estados Unidos de Norteamérica y en virtud de que la solicitud se encuentra ajustada a Derecho, se dictó auto admisorio, y se ordenó lo siguiente:

“Procédase a la práctica de la diligencia judicial que como medida precautoria se solicita a fin de localizar, retener y depositar provisionalmente en un albergue a la menor... quedando a disposición de la Autoridad Central promovente para que la restituya a su país de residencia....

Gírese oficio al Director de la Procuraduría de la Defensa del Menor y la familia, al Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (D.I.F.) para que comparecieran al juzgado, a efecto de que en compañía del personal del tribunal, del MP adscrito y de los funcionarios que designare la Autoridad Central mexicana, se trasladasen al domicilio en donde se presumía que se encontraba la menor...

Antecedentes:

4. Auto Admisorio Cont...

Posterior a la inspección judicial que se practicase en el interior del inmueble, con las atenciones y cuidados propios de su edad, se debía trasladar a la menor para su depósito provisional en un albergue del D.I.F...

Dar vista al MP adscrito al juzgado para su conocimiento y efectos que a su representación competiera...

Girar oficio al Jefe General de la Policía Judicial del D.F. Para que designara cuatro elementos a su cargo para que en su carácter de auxiliares de la administración de justicia, coadyuvaran en la diligencia conforme a las instrucciones del personal del juzgado...

Hágase del amplio conocimiento de la madre de la menor mediante instructivo de notificación los motivos legales que sustentan la medida precautoria antes ordenada, corriéndole traslado con copia autorizada de todos y cada uno de los documentos que se acompañaron

Antecedentes:

4. Auto Admisorio Cont...

La fecha que se señaló para practicar la diligencia precautoria para localizar, retener y depositar a la menor fueron las 11:00 horas del trece de diciembre del 2004

5. Notificación por instructivo

Fue practicada el 29 de noviembre del 2004.

6. Escrito suscrito por la madre de la menor

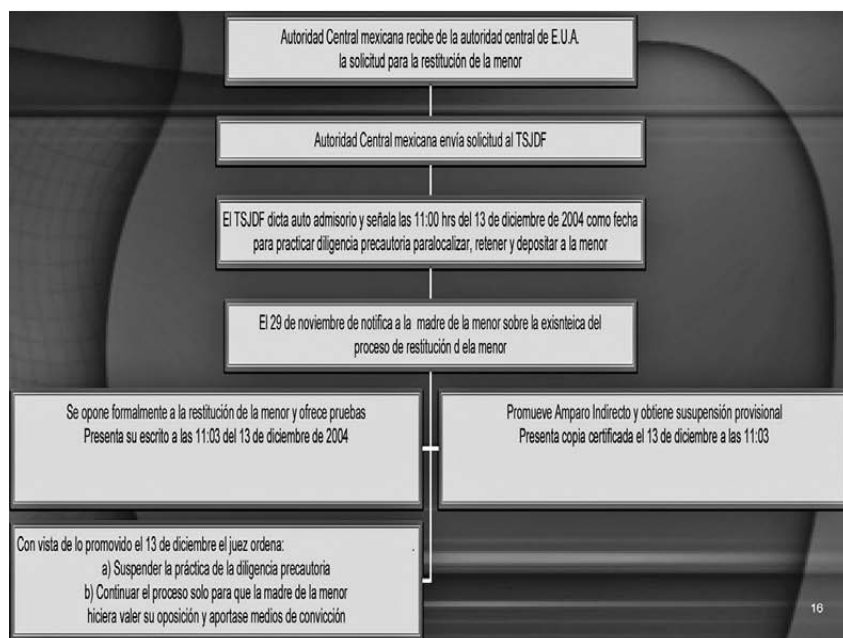
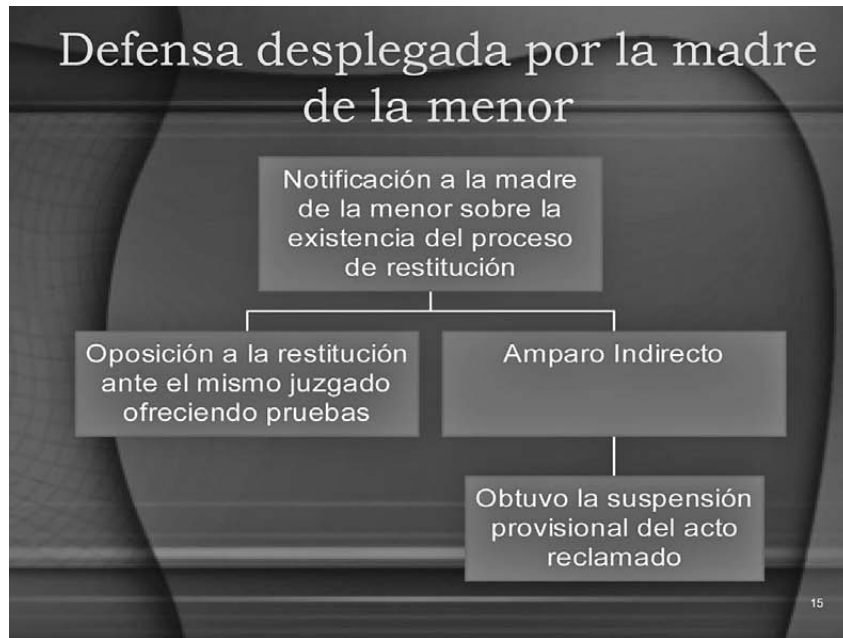
El 6 de diciembre la madre de la menor, por propio derecho, compareció para autorizar a ciertos abogados, para solicitar copias certificadas de todo lo actuado y para reservarse el derecho de hacer manifestaciones en defensa de la menor y para hacer valer los medios de impugnación correspondientes.

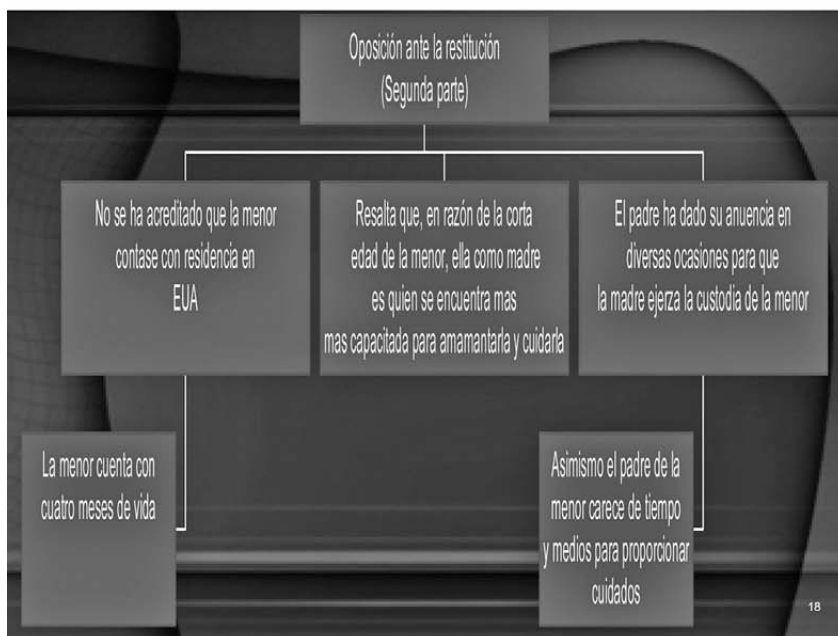
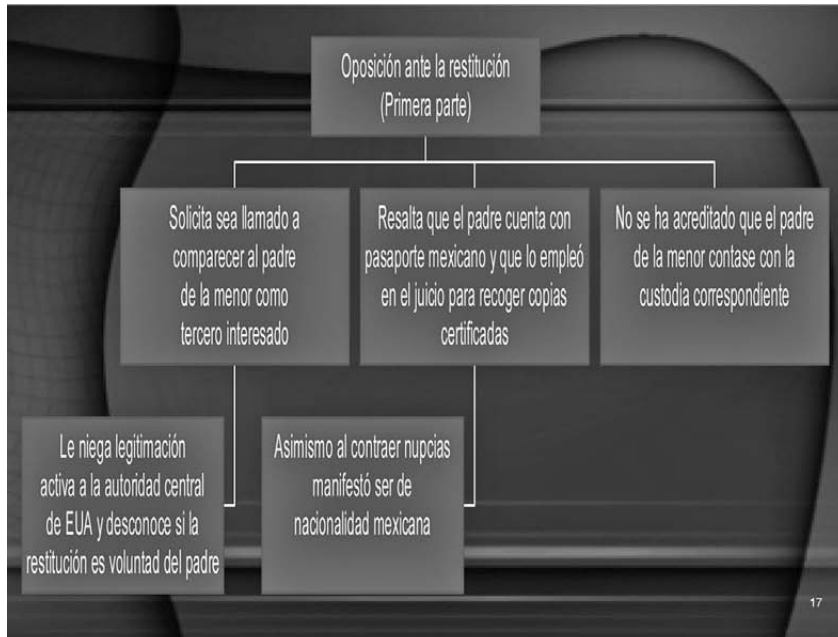
6. Auto de 9 de diciembre de 2004

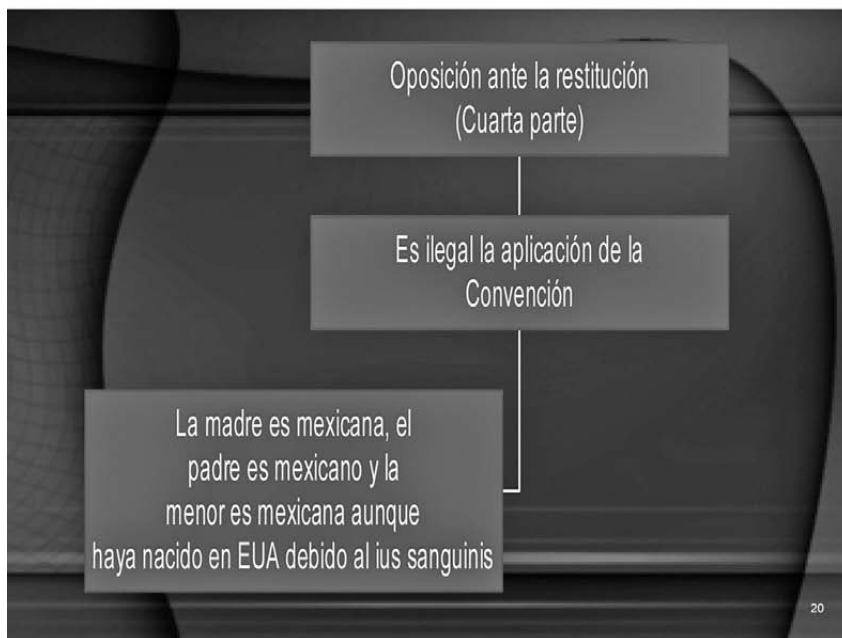
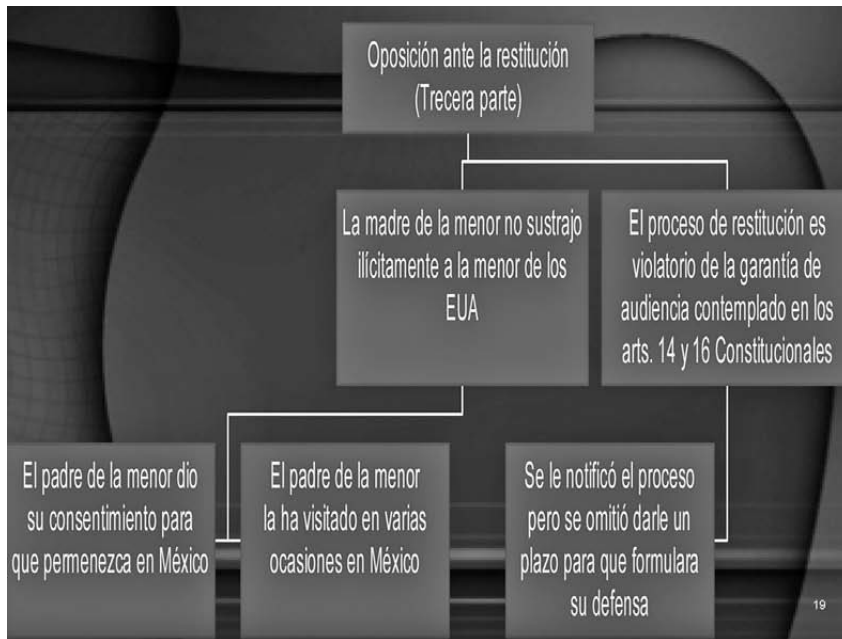
El juez acuerda de conformidad lo solicitado por la madre de la menor de edad.

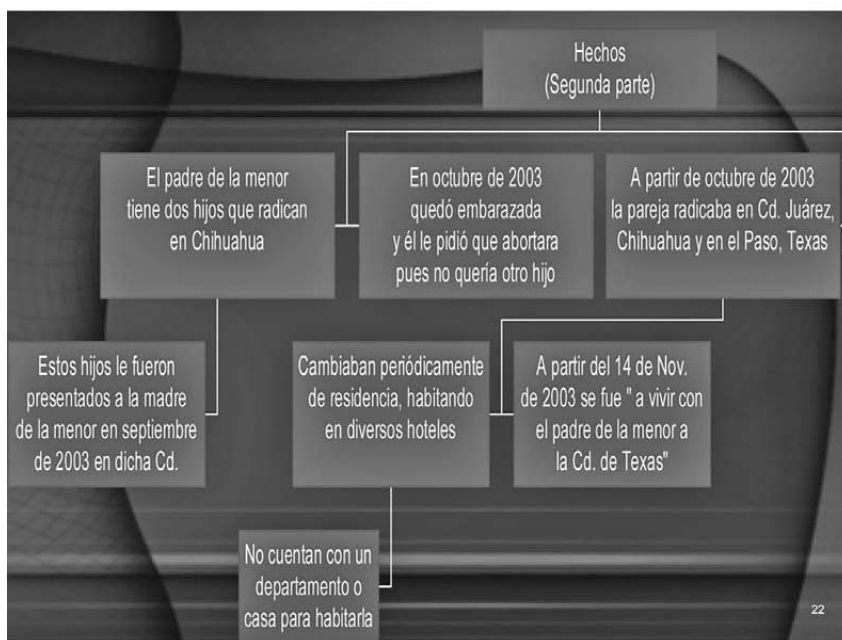
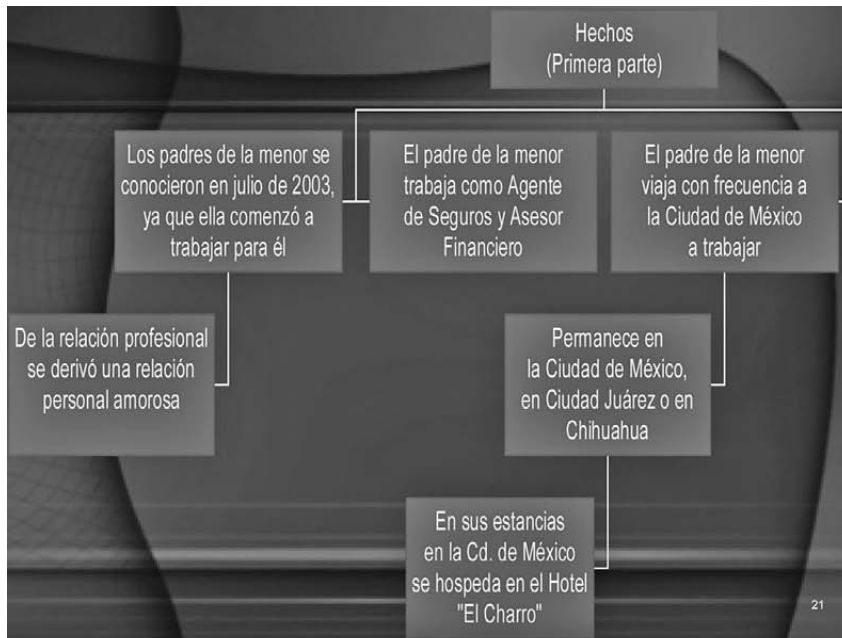
14

Defensa desplegada por la madre de la menor

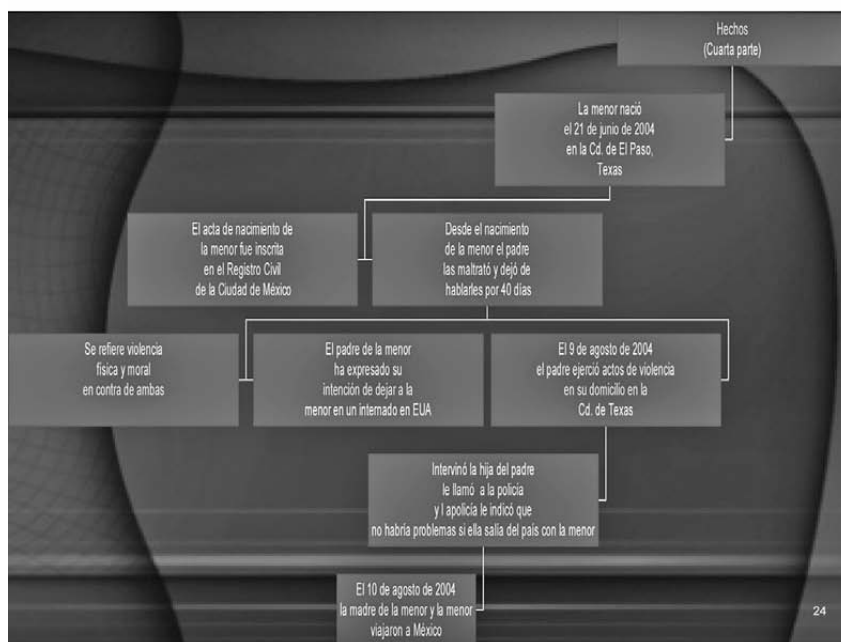
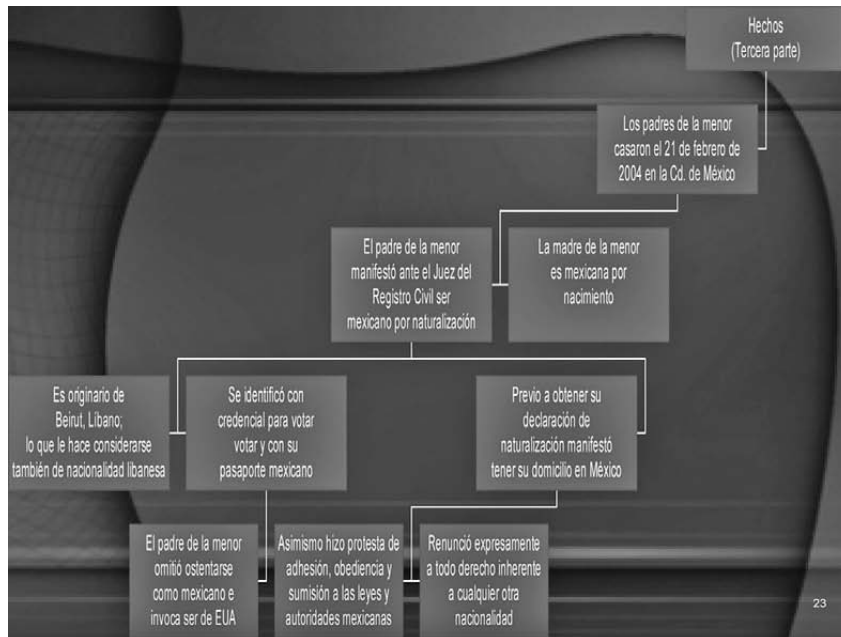


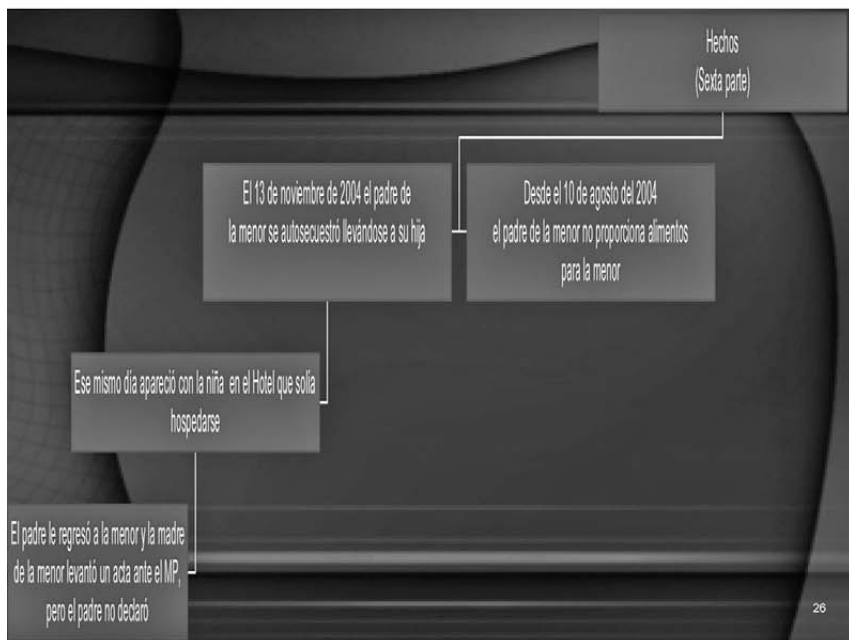
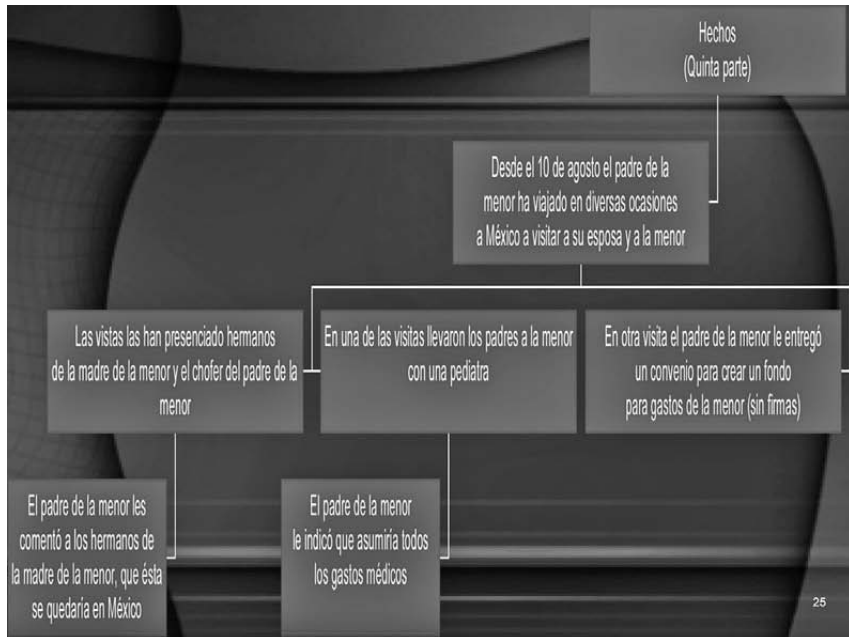






Seminario de Derecho Internacional





Sentencia

No se encuentra obligada a restituir al menor en los siguientes casos:

- a) Cuando la persona reclamante no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento del traslado;
- b) Cuando se consiente o cuando se acepta posteriormente el traslado;
- c) Cuando existe un grave riesgo de que con la restitución se ponga en riesgo o en peligro psíquico, o bien se ponga al menor en una situación intolerable.

27

Sentencia

La madre de la menor asumió la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su oposición.

Se excluye el hecho de acreditar que el demandado no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento del traslado, ya que se estaría obligándola a acreditar un hecho negativo.

28

Sentencia

Elementos de Convicción

a) Testimonios:

- Pediatra (Acreditó visita médica con el padre de la menor)
- Parientes de la madre de la menor (acreditaron visitas)
- Hija del padre de la menor (Testigo singular con el que se acreditó la violencia en EUA).

29

Sentencia

Elementos de Convicción

b) Confesional a cargo del padre de la menor:

- Acreditó las vistas y la convivencia con la menor durante su estancia en México).

c) Informes del Instituto de Migración y del Hotel

- Acreditó las estancias del padre de la menor en México

d) Copia certificada de Estudio psicológico con el que se acredita que la madre de la menor está afectada por la violencia ejercida en su contra

30

Sentencia

Por el contrario no existen constancias en el expediente de la que se deriven que el padre de la menor contaba con la custodia al momento del traslado.

Asimismo el juez consideró que no podía restituirse a un menor que contaba con 50 días de nacida, en virtud de que no se colmaba el requisito de residencia, que de acuerdo a nuestra ley debe ser por lapsos de 6 meses.

31

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

- ARTÍCULO 8

Toda persona, institución u organismo que sostenga que un menor, ha sido objeto de traslado o retención con infracción del derecho de custodia, podrá dirigirse a la autoridad central de la residencia habitual del menor, o a la de cualquier otro Estado contratante, para que con su asistencia quede garantizada la restitución del menor.

32

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

- ARTÍCULO 3

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

33

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

- ARTÍCULO 14

Para determinar la existencia de un traslado o de una retención ilícitos en el sentido del artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado requerido podrán tener en cuenta directamente la legislación y las decisiones judiciales o administrativas, ya sean reconocidas formalmente o no en el Estado de la residencia habitual del menor, sin tener que recurrir a procedimientos concretos para probar la vigencia de esa legislación o para el reconocimiento de las decisiones extranjeras que de lo contrario serían aplicables.

34

Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

• ARTÍCULO 15

Las autoridades judiciales o administrativas de un Estado contratante, antes de emitir una orden para la restitución del menor podrán pedir que el demandante obtenga de las autoridades del Estado de residencia habitual del menor una decisión o una certificación que acredite que el traslado o retención del menor era lícito en el sentido previsto en el artículo 3 del Convenio, siempre que la mencionada decisión o certificación pueda obtenerse en dicho Estado.

Las autoridades centrales de los Estados contratantes harán todo lo posible por prestar asistencia a los demandantes para que obtengan una decisión o certificación de esa clase.

35

VIII. REFLEXIONES FINALES

Al diseñar las actividades del Laboratorio tenemos presentes los cuestionamientos que Raúl GUTIERREZ SÁENZ¹⁸ formula en su libro *introducción a la didáctica*:

- ¿Es que tan sólo pretendemos que el alumno repita de memoria algunos conceptos y principios fundamentales?
- ¿Hay algo más en el aprendizaje?
- ¿Es más importante pensar que aprender de memoria?

La Facultad de Derecho está consciente de que como institución de educación superior debe reaccionar ante las demandas de la globalización, y por ello debe insertar en sus procesos de enseñanza-aprendizaje sistemas pedagógicos creativos que además sean críticos.

¹⁸ GUTIÉRREZ SÁENZ, Raúl. *Introducción a la didáctica*. Op. Cit. Pág.12.

En este sentido, coincidimos con Elías GARCÍA ROSAS¹⁹ quien sostiene que la fuente principal de la universidad debe ser la innovación, tanto en el sentido filosófico, como en el empírico. La innovación del sistema de educación superior es un reto, ya que, por una parte, implica cambiar conceptos, valores y actitudes, tener visión del futuro y conjuntar voluntades; en un marco crítico y de participación comprometida tanto de los componentes de la comunidad educativa, mediante la acción unida a la reflexión y al análisis, como de los diversos elementos del contexto social. Asimismo, las innovaciones educativas inducirán cambios en la organización y modelos académicos; modificarán usos y costumbres, cambiarán los roles tradicionales de profesores y estudiantes; y, generarán una evolución hacia nuevas formas de organización académica que integrará las funciones sustantivas de docencia e investigación.

Por último, al desarrollar nuevos métodos de enseñanza o bien al querer insertar las nuevas tecnologías en el proceso de enseñanza-aprendizaje hay que tener siempre presente que la educación es “un proceso permanente, deliberado, individual y social y que consiste en la adquisición de información, hábitos, habilidades, métodos, lenguaje, actitudes y valores, y que sirve para aprehender, convivir, cuestionar y crear... Cuestionar y crear son las capacidades mas elevadas del hombre...lograr que todos las poseamos debe ser el fin último de la educación, en un marco ético, de conciencia social”.²⁰

Dentro de este contexto es que consideramos que es posible conjuntar esfuerzos entre los profesores del Laboratorio y de Derecho Internacional para que empleando las técnicas de enseñanza y herramientas que han sido implementadas en el LEPDER, los alumnos de las referidas materias substancien expedientes de juicios ordinarios civiles en los que se involucren trámites relacionados con la *Cooperación Procesal Internacional*, como el analizado en el *Curso de actualización de profesores de Derecho Internacional Privado y de Derecho Internacional Público* organizado con éxito por el Seminario de Derecho Internacional a cargo de la Dra. María Elena Mansilla y Mejía.

¹⁹ Cfr. GARCÍA ROSAS, Elías. *Op. Cit.* Pág. 3.

²⁰ DIAZ DE COSSIO, Roger, citado por GARCÍA ROSAS, Elías. *Op. Cit.* Pág. 12.

Los organismos internacionales

Agustín Eduardo Carrillo Suárez*

SUMARIO: I. Antecedentes. II. Primera guerra mundial. III. Tratado de Versalles. IV. Segunda guerra mundial. V. El nuevo mapa geopolítico. VI. Reflexión. VII. Bibliografía.

I. ANTECEDENTES

El proceso de constitución de los organismos internacionales se inicia en la segunda mitad del siglo XIX en el continente europeo y corresponde entre otros factores, al desarrollo tecnológico y a la evolución del sistema de las comunicaciones, el telégrafo y el correo. El 17 de mayo de 1865, se funda en París la Unión Telegráfica Internacional y el 4 de octubre de 1874, la Unión Postal Universal, actualmente la sede de ambas instituciones se encuentra en la ciudad de Berna, Suiza. La creación de estos entes respondió a la necesidad de contar con organizaciones universales con vocación técnica y de asistencia a los países que de origen las formaron.

Sin embargo, existen antecedentes más remotos que demuestran la intención del hombre organizado políticamente de constituir instituciones que promuevan una convivencia armónica y justa entre las naciones. La idea de organizarse para lograr fines comunes y alejar las guerras se ha manifestado persistentemente desde los albores de la civilización moderna. A lo largo de la historia han surgido proyectos, que si bien no pueden considerarse como esquemas definitivos, son manifestaciones de un anhelo, permanentemente buscado por el hombre; basta citar el proyecto de Pierre Dubois, quien en 1306, escribió "*De Recuperatione Terrae Santa*", que trataba de la necesidad de una confederación de las entidades políticas de su tiempo para preservar la paz y liberar los lugares santos.

Observamos diversos proyectos de las naciones europeas por organizarse, influenciados por los sucesos bélicos y políticos, siendo uno de ellos la Guerra de los treinta años, librada en Europa entre los años 1618 y 1648, que tuvo como raíz

* Profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM,

un conflicto religioso entre católicos y protestantes, cuyo fondo fue la disputa por el control económico de las naciones vinculadas a la Santa Sede y a las monarquías reinantes, que veían amenazados los privilegios económicos y políticos que hasta esa fecha habían mantenido.

La firma del Tratado de Westfalia el 24 de octubre de 1648, en el ayuntamiento del mismo nombre, en Renania del Norte, Alemania, fue el primer ensayo de dotar a las naciones europeas de una organización internacional. Posteriormente, se firma el Tratado de Utrecht en 1713, que reafirma el compromiso de igualdad jurídica entre las potencias europeas adquirido en el Tratado de Westfalia y *“se inicia el sistema político de equilibrio de fuerzas, puesto que los Estados no tienen una autoridad superior a la cual recurrir en demanda de justicia, sólo queda para ellos la posibilidad de la auto tutela o algunas veces a las represalias, otras a la guerra.”*¹ Este Tratado buscaba establecer un justo equilibrio del poder entre los estados europeos. Mediante dicho instrumento se contuvieron los intereses expansionistas de los países poderosos, hasta la irrupción de la era napoleónica que terminaría por cambiar la política y la geografía en Europa.

La Ilustración es la primera manifestación de una cultura laica en la historia europea que se basa en el nuevo conocimiento científico del siglo XVIII, que generó una nueva realidad con base en la razón y el progreso, un rechazo a la autoridad absoluta y al ejercicio desmedido del poder, de igual manera trajo consigo una afirmación de los derechos del hombre, como lo expresó Juan Jacobo Rousseau, el hombre nace libre, pero en todas partes está encadenado, ideas que influyeron en la revolución francesa, que la nutre de un contenido humanista y progresista por el reconocimiento de los derechos del hombre, que resta el sustento conceptual al sistema monárquico absoluto que imperaba en Francia y otras naciones.

De igual manera el proyecto del abate Gregoire, la Declaración y Deberes de los Estados de 1795, que antecede a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en la cual se enunciaba la inalienabilidad de la soberanía de las naciones, el derecho de cada una de cambiar su forma de gobierno y entre otras, el de la renuncia a la guerra de conquista, así mismo, el de no intervención y la renuncia a los ataques contra la libertad de otras naciones.²

Este antecedente muestra la convicción ideológica plasmada en los textos de la época, para avanzar a lo que sería el parteaguas en la evolución del derecho constitucional e internacional, aunado a la Declaración de los Derechos del Hombre y del

¹ NÚÑEZ Y ESCALANTE, Roberto, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Orión, México. 1970. p. 36.

² Cfr. SEPÚLVEDA, César, *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, UNAM-Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 38.

Ciudadano de 1789, que ejercería una importante influencia en las constituciones de los países occidentales y en los instrumentos internacionales. El concepto de la dignidad humana que contiene la Declaración, obligó a los soberanos a abandonar gradualmente la práctica de disponer de territorios y de las personas.

El Congreso de Viena, conferencia internacional convocada con el objeto de restablecer las fronteras europeas tras la derrota de Napoleón I, viene a trazar la nueva geografía política tras veinte años de guerra, e incorpora la institución de la Intervención y defiende el principio de legitimidad monárquica en contra del liberalismo. Se reunió a partir de octubre de 1814 hasta 1815, y congregó a los príncipes soberanos, a cincuenta y tres representantes de príncipes y múltiples delegados, eran tan numerosas las representaciones que no se pudieron reunir jamás en sesión plenaria, sino que trabajaron en comisiones especiales para elaborar los textos y la política general, la principal denominada de las ocho potencias que agrupaba a la Gran Bretaña, Rusia, Prusia y Austria, entre otros.

Lo establecido en Viena fue plasmado en diferentes documentos encaminados a lograr la paz, y a través de la Santa Alianza, un plan efectivo para organizar a los estados del viejo continente, pues desde 1815 hasta 1870, no se registró un conflicto bélico importante.³ Cabe destacar que este conjunto de tratados vuelve adoptar la fórmula del equilibrio europeo e intenta instaurar la estabilidad del sistema continental. Posteriormente el Congreso de París, al que alude el maestro Sepúlveda de la forma siguiente: “El Congreso de París que se lleva a cabo del 25 de febrero al 20 de marzo de 1856, en el que se discutió el Tratado, tuvo una tarea ligera y agradable. Los cuatro puntos de Viena constituyeron las bases para el arreglo: el protectorado sobre los principados de Moldavia y Valaquia sería en lo sucesivo impartido por las potencias signatarias; la libre navegación por el Danubio; la revisión del Tratado de 1841, de Unkiar Skelessi; la *neutralización* del Mar Negro.”⁴

Posteriormente, con la firma del Tratado de París de 1856, se pusieron límites en cuanto al comercio marítimo internacional y por primera vez se admite a un país no cristiano en la firma de un Tratado europeo, y marca la pauta para que en un futuro también sean admitidos países del continente americano. Posteriormente en la escena mundial se constituyó la Conferencia de La Haya del 18 de mayo al 29 de julio 1899, realizada en tres etapas; la primera estuvo conformada por 26 países, entre ellos Estados Unidos de América y México. En la segunda etapa participaron cuarenta países, incluyendo diecisiete del continente americano, con la finalidad de

³ Cfr. SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional*, Porrúa, México, 1998. p. 284.

⁴ SEPÚLVEDA, César. *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, UNAM-Fondo de Cultura Económica, México, 1995. p. 56.

generar esquemas de participación más incluyentes y universales, en esta Convención y la de 1907, constituye un verdadero esfuerzo por regular el ejercicio armado y principalmente sancionar el uso desmedido de la fuerza, durante los conflictos internacionales, debido a la preocupación de los estados por el avance tecnológico al servicio en la industria del armamento que logra un efecto destructivo de mayores dimensiones. Ante tal situación se buscó limitar el uso de materiales bélicos con gran capacidad destructiva, y se integró por primera vez la codificación del Derecho de Guerra, pues no existía una prohibición expresa, en el uso y disposición de armamentos, también se distinguió entre las fuerzas armadas y la población civil, a fin de evitar que esta última no resintiera los efectos de la campaña militar, prohibiendo así los “arsenales ciegos” o armas de consecuencias incontroladas, ponderando los principios de neutralidad y de humanidad.⁵

II. PRIMERA GUERRA MUNDIAL

Como hemos visto son casi cien años de estabilidad que permite el desarrollo de las sociedades nacionales europeas y que se ven interrumpidos con un suceso que cambiaría el rumbo de la historia, el asesinato del Archiduque Francisco Fernando del Imperio Austrohúngaro a manos de Gabrilo Princip, un joven extremista de la organización radical denominada la *mano negra* el 28 de junio de 1914, que aumentó la tensión entre las potencias europeas e iniciaron la primera guerra mundial el 28 de julio de 1914.⁶

Al término de la guerra de 1914 a 1918, los países vencedores buscan estructurar una nueva organización que solucione los conflictos entre los países, siendo la Sociedad de Naciones el producto de las aspiraciones de la comunidad internacional por alcanzar una paz duradera. Existen antecedentes en Inglaterra y Estados Unidos de personajes que promovieron la constitución de asociaciones para el fomento de la paz, como es el caso de la Liga para la prevención de la guerra presidida por el diplomático e historiador Vizconde James Bryce, y la Liga para establecer la paz, conducida por el ex-presidente de los Estados Unidos, William Howard Taft. Pero fue la labor del presidente norteamericano Woodrow Willson, quien planteó en la Conferencia de la Paz de Versalles la necesidad de establecer una Liga o Sociedad de

⁵ Cfr. SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económico. México. 1998. pp. 751-752.

⁶ Cfr. GOMEZ NAVARRO, José L. Et. All. *Historia del mundo contemporáneo*. Alambra Mexicana. México. 1989. p. 204.

Naciones⁷; que es coincidente con su exposición de los catorce puntos enunciados ante el congreso norteamericano, el 8 de enero de 1918, y que marca la tendencia que se debiera seguir para alcanzar la paz entre los países, y consolida el proyecto de constituir una asociación de naciones, en ese momento histórico.

III. TRATADO DE VERSALLES

Con el Tratado de Versalles de 1919, termina la primera gran guerra, en él se establecen las reglas para los vencidos y se instituye la primera organización internacional con vocación universal, a fin de preservar la paz internacional, surge así la Sociedad de Naciones el 20 de abril de 1919, que es el proyecto más perfeccionado del hombre para buscar la paz, en contraposición a la postura tradicional motivada por las ambiciones económicas y expansionistas del núcleo que ostenta el poder del Estado, y que considera económica y políticamente admisible hacer la guerra.

El pacto de la Sociedad de Naciones fue aprobado como parte de los tratados de paz que pusieron fin a la primera gran guerra, sus principios fundamentales inspiraron las acciones en el seno de Sociedad de Naciones, como fueron la reducción de los armamentos nacionales, la restauración de la soberanía de los estados afectados por la guerra, el desarrollo autónomo de los pueblos y la desaparición de las barreras económicas, entre otras.

IV. SEGUNDA GUERRA MUNDIAL

La segunda guerra mundial 1939 a 1945, fue precedida por una escalada de agresiones militares por parte de las potencias contra naciones particularmente débiles, como fue el caso de la intervención italiana contra el pueblo de Abisinia, Etiopía, que generó una airada protesta de la opinión pública internacional, reto que tuvo que afrontar la Sociedad de Naciones y que logró el acuerdo de sus miembros el 9 de octubre de 1935, para aplicar sanciones económicas a Italia. Esta medida dejó mucho que desear, porque las sanciones no abarcaron la importación de petróleo que efectuaba la nación itálica. Un caso similar fue la intervención armada de Alemania e Italia en auxilio de las fuerzas franquistas en España, en donde los esfuerzos de la

⁷ Cfr. MEDINA ORTEGA, Manuel. *La Organización de las Naciones Unidas*. 2ª ed.. Tecnos. Madrid. 1974. p.17.

organización de naciones fueron infructuosos y se violentó el orden constitucional, así como las reglas del Derecho Internacional.

La Sociedad de Naciones permitió, por su falta de acción, sin que en nuestra opinión haya sido su deseo, la entrada de las tropas alemanas en la zona desmilitarizada del Rin en marzo de 1936, y solo el representante de la Unión Soviética intervino en forma decidida en defensa de las víctimas de la agresión, condenó a los agresores fascistas y criticó la posición anglo-francesa de inamovilidad ante la invasión.

Así fue deslizándose el mundo hacia la guerra ante la parálisis de la Sociedad de Naciones, con la excepción de la guerra soviético-finlandesa, iniciada el 30 de noviembre de 1939, y que originó la expulsión de la Unión Soviética el 14 de diciembre de ese mismo año. Por los acontecimientos mencionados se pretendió enmendar las insuficiencias de la Sociedad de Naciones con la celebración del pacto Briand-kellog, o pacto antibélico de París, que condena el recurso de la guerra y los estados renuncian a recurrir a ésta como instrumento de política nacional, pero no se establecieron sanciones en caso de su violación, lo cual tampoco sirvió para darle validez y sucumbió.⁸

Fue el inicio de la agonía de la Sociedad de Naciones, que poco después cesaría toda actividad y su disolución oficial sería acordada hasta la primavera de 1946.

La firma del Tratado de Versalles calificado de humillante por los vencidos, generó en Alemania un clima de exaltación nacionalista y de inestabilidad por parte del gobierno en la conducción de las políticas públicas, aunado a la depresión económica y desempleo generado en la década de los años treinta, que propició el escenario ideal para el desarrollo del nacionalsocialismo encarnado por su dirigente Adolfo Hitler, quién utilizó los resentimientos generados por el tratado antes señalado, fue parte de su sustento ideológico y motor para su movimiento de ascenso al poder, planteó al pueblo alemán su reivindicación, la renuncia al tratado por considerarlo injusto, la derrota del comunismo y el rechazo a los extranjeros. En forma paralela inició nuevamente la carrera armamentista que la convertirá en un peligro para el sistema europeo, y en 1939 con la invasión de Polonia, y posteriormente en la alianza con dos potencias expansionistas: Japón que contaba con un régimen fundado en el militarismo y gobernante por el Emperador Hiroito, e Italia quién mostraba claras intenciones de expandir sus zonas de influencia hacia el norte de África bajo el liderazgo de Benito Mussolini.⁹

⁸ Cfr. SILVA. Héctor. La comunidad internacional. De Palma. Buenos Aires. 1984. p. 9.

⁹ Cfr. GOMEZ NAVARRO. José L. Et al. *Historia del Mundo contemporáneo*. Alambra mexicana. México. 1989. p. 320.

Ante el avance de las potencias del Eje por dominar a Europa, África y Asia, se unen las principales naciones, y al final de la guerra dos de estas se convertirían en grandes potencias: la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas que se vio obligada a romper el pacto de no agresión germano-soviético a consecuencia de la invasión a su territorio por Alemania; y los Estados Unidos que declaró la guerra motivado por el ataque a su base naval de Pearl Harbor en diciembre de 1941, por las fuerzas armadas japonesas.

Un hecho que influyó para finalizar la contienda militar fue el desembarco en Normandía por las fuerzas expedicionarias aliadas, el 6 de junio de 1944, que logran romper la línea defensiva alemana e inician su camino hacia Berlín, aunado al avance del ejército soviético por oriente y la derrota de Benito Mussolini en la península itálica; Adolfo Hitler sin más esperanzas de resistencia por parte de las fuerzas armadas alemanas, decide quitarse la vida y días después termina la guerra en Europa, y sólo resta rendir a las fuerzas japonesas en el Pacífico, y se obtiene con el lanzamiento de dos bombas atómicas sobre las ciudades de Hiroshima y Nagasaki en agosto de 1945; el fin de la guerra mostró a la comunidad internacional la devastación en las ciudades, en la planta industrial y en su sistema de producción, así como la pérdida de cincuenta millones de vidas humanas.¹⁰

V. EL NUEVO MAPA GEOPOLÍTICO

La entrada de los Estados Unidos a la guerra en enero de 1942, cambió el rumbo de la misma, a favor de los aliados en contra de Alemania, Italia y Japón. Con el impulso de Estados Unidos e Inglaterra y de veintiséis países más se elabora la Declaración de las Naciones Unidas, que retoma los objetivos de la carta del Atlántico y manifiesta la unidad de fines para concluir la guerra, de igual forma la Declaración de Moscú del 1º de noviembre de 1943, suscrita por el Reino Unido, la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y los Estados Unidos, establece la necesidad de crear una organización internacional, basada en el principio de igualdad soberana de los estados amantes de la paz, y abierta a todos los que cumplan con esta condición para lograr la seguridad internacional.

En julio de 1944, se celebra la conferencia de Bretton Woods, que da origen al Fondo Monetario Internacional y al Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, dos instituciones del sistema económico de la posguerra, y en diciembre de ese mismo año, se reúne en Chicago la Conferencia de Aviación Civil que aprueba

¹⁰ Cfr. TAMAYO. Jorge L. *Geografía económica política*. UNAM. México 1964. pp. 316-322.

el Convenio de la Organización de Aviación Civil Internacional que daría lugar a la expansión de la aviación comercial.

Posteriormente, en Dumbarton Oaks, Estados Unidos, del 21 de agosto al 7 de octubre de 1944, se celebra la conferencia internacional a la que asisten los representantes de China, Estados Unidos, Reino Unido y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, y se prepara el proyecto de estatuto o carta de las Naciones Unidas, delineado parcialmente en la Conferencia de Yalta, por lo que hace al procedimiento de votación en el Consejo de Seguridad. El 25 de abril de 1945, representantes de cincuenta países se reunieron en San Francisco en la Conferencia de las Naciones Unidas, para redactar su carta constitutiva y los delegados deliberaron sobre la base de propuestas elaboradas por los representantes de los países antes mencionados.

Las Naciones Unidas inician su existencia oficialmente el 24 de octubre de 1945, después de que la Carta fuera ratificada por China, Francia, la Unión Soviética, el Reino Unido, los Estados Unidos y la mayoría de los demás países signatarios. Este instrumento internacional determina los derechos y obligaciones de los estados miembros y establece los órganos y sus procedimientos. En su calidad de tratado la Carta codifica los principios fundamentales de las relaciones entre las naciones, desde la igualdad soberana de los estados hasta la prohibición de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales.¹¹

La organización de Naciones Unidas desde el punto de vista de Modesto Seara Vázquez, es:

Un espacio de discusión y reflexión que ofrece a los países la posibilidad de hacer oír su voz; e instancia para dilucidar diplomáticamente las rivalidades; así mismo es un punto de encuentro de los Estados débiles, para unir fuerzas y aumentar su fortaleza en la defensa de sus intereses conjuntos frente a las grandes potencias. Medio a través del cual se realizan estudios y se difunde el conocimiento de la problemática mundial; un instrumento político, puesto que a la organización también han tratado de utilizarla las grandes potencias como instrumento legitimador de sus acciones, unilaterales o concertadas; mientras que la potencias medianas y pequeñas han depositado en la organización esperanzas a menudo desproporcionadas a los medios con que cuenta.¹²

En el preámbulo de la Carta y en su artículo primero expresa los ideales y propósitos comunes de todos los pueblos cuyos gobiernos se unieron para formar las

¹¹ Cfr. *ABC de Naciones Unidas*. Publicado por la División de Noticias y de Medios de Comunicación, Departamento de Información Pública. Nueva York.. 2006. p.4

¹² Cfr. SEARA VAZQUEZ, Modesto (compilador). *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*. Fondo de Cultura Económica. México. 1995. p. 12.

Naciones Unidas, y obtener el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, la defensa de los derechos humanos y el fomento a la cooperación internacional. Estos planteamientos respondían a las necesidades del contexto internacional de las décadas de los 40's a los 70's, pero iniciado el siglo XXI se hace necesario ampliar las competencias de la organización con la finalidad de que responda a intereses más generales y no a los de las principales potencias. La organización debe ampliar la cooperación internacional, entendiendo que la principal amenaza a la paz de los pueblos se genera por los problemas de pobreza en las sociedades nacionales y por la inequitativa distribución de la riqueza.

Naciones Unidas es la organización internacional sin duda con mayor vocación universal, con la función principal de preservar la paz y la seguridad internacional. De igual manera está presente la intención de crear un ente que promueva el desarrollo integral y pacífico de los pueblos del mundo para alcanzar una convivencia armónica entre las naciones.

Su razón de ser, se encuentra plasmada en su Carta, siendo el mantenimiento de la paz mundial, aunque la Organización no se limita sólo a ello, pues de igual manera busca el establecimiento de condiciones que aseguren el cumplimiento de las obligaciones que surgen de los Tratados como fuentes del Derecho Internacional, así como a promover el progreso social y elevar las condiciones de vida de las naciones.

En los numerales primero y segundo de la Carta de San Francisco, se encuentran los propósitos y principios que establecen las reglas de la convivencia internacional. Jorge Montaña, en su obra *Las Naciones Unidas y el Orden Mundial*, plantea que en gran medida, dichas reglas ya habían sido aceptadas y puestas en ejecución dentro de los Estados, y su proyección al ámbito internacional resultó en el primer esfuerzo significativo hacia una comunidad global.¹³

Por tanto estas aspiraciones reflejan la incesante convicción de las naciones para alcanzar una convivencia armónica y lograr un equilibrio que favorezca su desarrollo.

Los principios y propósitos consagrados en la carta de San Francisco, concretamente en su artículo primero, deben ser entendidos de la siguiente manera: Mantener la paz y la seguridad internacional, siendo ésta la mayor preocupación, que incitó a la formación de la Organización; Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto a los principios de igualdad de derechos y de

¹³ Cfr. MONTAÑO, Jorge. *Las Naciones Unidas y el orden Mundial*. 1945-1992. Fondo de Cultura Económica. México 1995. p. 24.

libre determinación de los pueblos, este principio está encaminado a preservar la paz mediante relaciones sanas entre los Estados, mismas que pueden disminuir en gran medida el surgimiento de hostilidades, y si éstas se presentan, lograr hacerles frente de manera conjunta para sofocarlas; cooperar en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural y humanitario, así como estimular el respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales, de igual manera, generar un ambiente prospero para las relaciones entre Estados es una de las mayores preocupaciones de la Organización, a fin de lograr un equilibrio del orden mundial. Estos son a mi juicio los principios fundamentales que rigen a la comunidad internacional a partir de la constitución de naciones unidas.

La Organización se basa en la igualdad soberana de todos sus miembros, en el arreglo de sus controversias internacionales por medios pacíficos, en la abstención de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra cualquier otro Estado. Es importante señalar que: ninguna disposición de la Carta autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados¹⁴.

La motivación que inspira a la Organización es institucionalmente encaminada al mantenimiento de la paz mundial, de igual modo también se debe propiciar que las obligaciones derivadas de instrumentos internacionales lleguen a buen término, así como promover el progreso social y elevar las condiciones de vida en el mayor número de naciones. Como ya lo mencionamos en los dos primeros artículos se establecen los propósitos y principios que sientan las bases de las reglas de la convivencia internacional.¹⁵ Como lo explica Jorge Montaña, estas proyecciones no son innovaciones sino el resultado de la práctica reiterada a cargo de los Estados dentro y fuera de sus fronteras para así mejorar la interacción entre los pueblos del mundo.¹⁶

VI. CONCLUSIÓN

La naturaleza jurídica de esta organización responde a intereses colectivos dirigidos por los países más relevantes, es imperfecta por ser un producto del hombre

¹⁴ Cfr. *ABC de Naciones Unidas*. Publicado por la División de Noticias y de Medios de Comunicación, Departamento de Información Pública. Nueva York. 2006. p. 5.

¹⁵ Cfr. SILVA, Héctor. *La comunidad internacional*. De Palma. Buenos Aires. 1984. p. 14

¹⁶ Cfr. MONTAÑO, Jorge. *Las Naciones Unidas y el orden Mundial. 1945-1992*. Fondo de Cultura Económica. México 1995. p.24.

organizado socialmente, pero a la fecha es lo mejor que se ha propuesto y diseñado por la comunidad de estados. El modelo de Naciones Unidas cuenta con un instrumento regulador de la fuerza, y puede aplicarla previa autorización en beneficio de la comunidad de naciones, es el Consejo de Seguridad quien realiza estas funciones, y su integración de origen otorgó el derecho de veto a los cinco países más desarrollados y con mayor fortaleza militar. Ha respondido a las exigencias de diversos momentos históricos, al utilizar la fuerza para resolver asuntos relativos al mantenimiento de la paz, los más recientes y polémicos Irak y Afganistán. El actuar del consejo de seguridad no esta exento de crítica, por diversas razones, una de ellas, es el número de países que lo componen: cinco permanentes y diez no permanentes, por eso me formulo la siguiente pregunta y la hago extensiva ¿es viable una reforma que amplíe el número de los miembros permanentes?, es decir, necesitamos un Consejo más democrático y plural después de cincuenta y cinco años de existencia de Naciones Unidas, gracias.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ABC de Naciones Unidas*. Publicado por la División de Noticias y de Medios de Comunicación, Departamento de Información Pública. Nueva York.. 2006.
- GÓMEZ NAVARRO, José L. Et. All. *Historia del mundo contemporáneo*. Alambra Mexicana. México. 1989.
- MEDINA ORTEGA, Manuel. *La Organización de las Naciones Unidas*. 2ª ed.. Tecnos. Madrid. 1974.
- MONTAÑO, Jorge. *Las Naciones Unidas y el orden Mundial*. 1945-1992. Fondo de Cultura Económica. México 1995.
- NÚÑEZ Y ESCALANTE, Roberto, *Compendio de Derecho Internacional Público*, Orión, México. 1970.
- SEARA VÁZQUEZ, Modesto (compilador). *Las Naciones Unidas a los cincuenta años*. Fondo de Cultura Económica. México. 1995.
- SEPÚLVEDA, César. *El derecho de gentes y la organización internacional en los umbrales del siglo XXI*, UNAM-Fondo de Cultura Económica, México, 1995.
- SEPÚLVEDA, César. *Derecho Internacional*, Porrúa, México, 1998.
- SILVA, Héctor. *La comunidad internacional*. De Palma. Buenos Aires. 1984.
- SORENSEN, Max. *Manual de Derecho Internacional Público*. Fondo de Cultura Económico. México. 1998.
- TAMAYO, Jorge L. *Geografía económica política*. UNAM. México 1964.

Comentarios sobre la incorporación del estatuto de Roma

Javier Dondé Matute*

INTRODUCCIÓN

El objetivo del siguiente comentario es expresar las ideas centrales que expuse en mi participación en el Curso de Actualización de Profesores de Derecho Internacional Privado y Derecho Penal Público que se realizó en la Facultad de Derecho a invitación de la Dra. María Elena Mansilla y Mejía; a quien agradezco la consideración que me tuvo para participar en este evento.

El tema preliminar que se me pidió abordar fue el de la Corte Penal Internacional; sin embargo, al tratarse de un curso de actualización, no tenía sentido tocar los temas que se han abordado desde las conferencias de Roma. Igualmente, creí ocioso hablar sobre la reforma al actual párrafo octavo del artículo 21 de la Constitución Federal, pues se trata de un tema, que si bien todavía implica mucha discusión, no puede decirse que es parte de la agenda pendiente (aunque la insuficiencia del precepto lo ameritaría). Por estas razones consideré más apropiado tratar el tema de la incorporación del Estatuto de Roma al sistema jurídico mexicano.

Consecuentemente opté por abordar el tema de los cambios que la legislación secundaria requiere para la debida incorporación del Estatuto de Roma. Este tema se puede dividir en los siguientes aspectos que lo componen: puntos de partida, es decir la Constitución Federal y el propio Estatuto de Roma; el proyecto de ley de cooperación con la Corte Penal Internacional y los asuntos que aún quedan pendientes por resolver.

* Profesor-Investigador del Instituto Nacional de Ciencias Penales, doctor en Derecho penal internacional y comparado por la Universidad de Aberdeen (Escocia), javierdondé@derechopenalinternacional.com, www.derechopenalinternacional.com

1. PUNTOS DE PARTIDA

1.1 ESTATUTO DE ROMA

El primer punto que se debe tomar en cuenta es el propio Estatuto de Roma. Como cualquier tratado internacional es importante establecer qué obligaciones contiene para México y el alcance de las mismas. El Estatuto prevé una obligación general de cooperación con la Corte que debe ser el primer aspecto a tomar en cuenta (art. 86). Esta obligación de cooperar no incluye la tipificación de conductas o la incorporación de formas de intervención (autoría y participación) que pudieran ser necesarias para homologar el sistema jurídico-penal mexicano con el internacional y evitar lagunas de impunidad; es decir, aspectos estructurales que impidan la persecución nacional de quienes sean acusados de haber cometido crímenes competencia de la Corte.

La cooperación ante la Corte tiene dos facetas distintas: la entrega de acusados y las demás formas de cooperación, lo cual incluye desde la notificación de resoluciones hasta congelamiento de cuentas bancarias (art. 93).

Una revisión de los artículos que regulan la entrega (arts. 89-92) hacen evidente que hay muchas similitudes con la extradición; inclusive el artículo 91 señala que los requisitos para la entrega no pueden ser más gravosos que los que se establecen para la extradición. Evidentemente, pueden ser igual de onerosos (art. 91(2)(c)). Es importante notar, sin embargo, que a diferencia de la extradición, las autoridades nacionales no tienen poder de decisión alguno, sino que deben limitarse a verificar que la información proporcionada por la Corte sea suficiente para entregar a la persona.

El otro aspecto, que son todas las demás formas de cooperación tiene temas por demás interesantes. De entrada hay dos excepciones a la obligación general de cooperación: violación a los principios fundamentales de derecho y la seguridad nacional. Es decir, cuando un Estado considere que la solicitud de cooperación vulnere alguno de estos dos intereses, puede negarse a cumplirla.

Ahora bien, esta negativa no es absoluta, pues el Estatuto de Roma prevé un régimen de consultas (art. 93.3), que ante la negativa del Estado a realizar la entrega, éste y la Corte deberán celebrarlas. En virtud de las consultas, se buscará que la Corte modifique su solicitud de cooperación de tal forma que se salvaguarden los principios fundamentales de derecho del Estado en cuestión y la seguridad nacional del mismo.

Así, los Estados deberán facultar a alguna de las autoridades nacionales para participar en las consultas. Este mecanismo es sumamente interesante pues es una manera de atenuar la siempre conflictiva discrepancia que pudiera haber entre el

derecho nacional y las obligaciones internacionales asumidas. En el caso particular de México, se pudiera aprovechar el término “principios fundamentales de derecho” para someter a consulta algún aspecto que pudiera resultar inconstitucional o, en su defecto, señalar cuáles son estos.

Es importante señalar que si de las consultas no se llega a algún acuerdo, la Corte podrá proceder con su solicitud y obligar al Estado a cumplirla, pero deberá considerar modificarla como lo pidió el propio Estado.

Estos son los aspectos que deben tomarse en cuenta al momento de elaborar la legislación secundaria en materia de cooperación que plantea el Estatuto. Sin embargo, es importante hacer algunas puntualizaciones en torno al principio de complementariedad.

El principio de complementariedad es el eje operativo de la Corte Penal Internacional. Básicamente implica que la competencia de la Corte se activa solamente cuando el Estado que originariamente tuviera competencia para conocer de los hechos no tuviera la voluntad o la capacidad para hacerlo (art. 17). Si bien la falta de capacidad pudiera implicar la tipificación de conductas; es decir, no se puede procesar porque el tipo penal no existe en la legislación penal nacional, esta opción queda excluida en virtud del artículo 20 del propio Estatuto que permite que los Estados lleven a cabo procesos por delitos nacionales. La única exigencia es que sean debidamente sustanciados.

No obstante el hecho de que no hay una obligación de tipificar conducta alguna o establecer formas de participación estos cambios podrían ser necesarios, no sólo para evitar las brechas de impunidad, sino como una medida de política criminal.

1.2 CONSTITUCIÓN FEDERAL

Además de las disposiciones del Estatuto de Roma relativas a la cooperación que deben tomarse en cuenta, está, por otro lado, la propia Constitución Federal. Como ya se mencionó, se incorporó un párrafo al artículo 21 que señala lo siguiente: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.”

Este párrafo, es el punto de partida para la incorporación del Estatuto de Roma, sin embargo no está exento de críticas. De inicio, se trata de una norma de derecho interno que pudiera ocasionar el incumplimiento de una obligación internacional. En este sentido, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados señala: “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.”

Así, esta disposición de derecho interno (aunque tenga rango constitucional) condiciona la efectividad del Estatuto de Roma lo cual contraviene el propio tratado internacional. En este tenor, constituye incumplimiento porque la obligación de cooperación no está sujeta más que a las excepciones planteadas en el apartado anterior.

Hay dos maneras de eliminar esta situación. La primera y la más deseable es eliminando la reforma constitucional proponiendo una nueva que permita una recepción del Estatuto de Roma de una forma compatible con las obligaciones que este tratado internacional establece. La segunda y más viable es matizando esta disposición en la legislación secundaria. En particular, es importante restringir a través de definiciones los términos “caso” y “jurisdicción” empleados en el texto constitucional ya transcrito.

Otro punto de crítica es el papel de las procuradurías. En la reforma se establece que la aprobación de la competencia de la Corte Penal Internacional deberá hacerse por el Ejecutivo y el Senado. La lógica de lo anterior es que son las instancias encargadas de la política exterior del país. No obstante ello, la lógica del principio de complementariedad exige una participación más activa de la Procuraduría General de la República, pues esta instancia está en una mejor posición para determinar si hay un proceso en marcha en México y si se está realizando debidamente. Esta intervención debió incorporarse desde la Constitución.

2. PROYECTO DE LEY DE COOPERACIÓN CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

2.1. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA PROPUESTA

El 26 de noviembre de 2006 el Ejecutivo Federal presentó una iniciativa de ley de cooperación con la Corte Penal Internacional, formalmente denominada Ley Reglamentaria del párrafo quinto del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta iniciativa de ley resuelve muchas de las interrogantes inicialmente planteadas en este comentario, pero también deja otras incógnitas.

Esta iniciativa está estructurada de la siguiente manera. En primer lugar se establecen los principios básicos de aplicación de la ley, como son las definiciones, la legislación supletoria (que será el Código Federal de Procedimientos Penales) y las facultades genéricas de la Secretaría de Relaciones Exteriores, incluyendo la

mención de que será la instancia que llevará a cabo las gestiones necesarias ante la Corte Penal Internacional.

A continuación establece lo relativo a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, incluyendo la participación de la Secretaría de Relaciones Exteriores y el Senado. En este apartado destacan las definiciones de “caso” y “jurisdicción” que se destacaron líneas arriba. Estas están contempladas en el artículo 8 que a la letra señala:

Artículo 8. Para efectos de lo dispuesto en el artículo 21, párrafo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se entenderá por:

I. Caso: Los hechos presuntamente delictivos que sean competencia del Estado mexicano de conformidad con la legislación aplicable.

II. Jurisdicción de la Corte: La etapa procesal a partir de la cual el Fiscal de la Corte notifique su decisión de iniciar una investigación de conformidad con el Estatuto.

Este precepto tiene la intención de que la aprobación de la competencia solamente proceda en virtud de casos en los cuales México sería competente y hasta que se inicia una investigación por parte del Fiscal de la Corte Penal Internacional. Consecuentemente, podría cooperarse con la Corte en instancias previas al inicio formal de la investigación o cuando los hechos no sean de la competencia de los tribunales nacionales sin necesidad de llevar a cabo el proceso de aprobación de la competencia.

En seguida, se establecen los mecanismos que se deberán llevar a cabo para atender una solicitud genérica de la Corte Penal Internacional. Igualmente, se establece el procedimiento de entrega. De este último aspecto destaca que mientras en la extradición la decisión está a cargo de la Secretaría de Relaciones Exteriores, tomando en cuenta la opinión del Poder Judicial de la Federación; en el caso de la entrega la decisión la toma un juez de Distrito. Este cambio es importante destacarlo por la judicialización del proceso y la despolitización del mismo, que es lo que ocurre cuando son instancias gubernamentales y administrativas las que toman decisiones netamente jurídicas (art. 32).

En los siguientes apartados se encuentra la regulación de las formas de cooperación en específico, la ejecución de sanciones en territorio nacional (incluyendo multas y decomisos), la reparación del daño ordenada por la Corte, la protección de la información que afecte la seguridad nacional o sea confidencial, los gastos de cooperación y de la difusión y capacitación para hacer cumplir la ley.

2.2 ASPECTOS PARTICULARES DE LA INICIATIVA

Desde mi punto de vista, la presente ley tiene aspectos muy loables y de gran relevancia; sin embargo, es importante hacer notar que hay otros puntos que merecen atención y omisiones importantes.

En cuanto a las omisiones es importante destacar que no se prevé el supuesto en virtud del cual el Fiscal realiza una diligencia en territorio nacional. Si bien la mayoría de las formas de cooperación no requieren de la presencia del Fiscal, existe la posibilidad de que este supuesto se dé. Esto es un problema pues en México el Ministerio Público tiene el monopolio de la acción penal y el Fiscal estaría integrando una investigación directamente, sin facultades. Me parece que esto se solucionaría si en la ley de cooperación se establece que cuando el Fiscal participe directamente en una investigación deberá hacerlo con la compañía o coadyuvancia de un agente ministerial.

Tampoco está previsto el supuesto en el que las consultas se realicen cuando se vea afectado algún principio fundamental de derecho. Si bien el artículo 15 de la iniciativa establece que se solicitará a la Corte la realización de consultas cuando se ponga en riesgo “la vida, la seguridad o la salud de cualquier persona”, no se puede afirmar que estos sean los únicos principios fundamentales de derecho en México. Establecer un listado amplio o simplemente referir a la Constitución Federal parecen ser las maneras más adecuadas para determinar lo que esta frase implica o contiene.

Hay otros aspectos de la iniciativa que merecen ser comentados. El artículo 3 establece que la cooperación con la Corte se realizará de conformidad con los “tratados aplicables”. Lo que resulta incongruente es que en este proceso el Estatuto de Roma es el único tratado aplicable. En todo caso, el propio Estatuto prevé los supuestos en los cuales otros tratados internacionales pudieran ser aplicables. Por ejemplo, el artículo 90 establece lo que ocurre en casos de solicitudes concurrentes, lo cual implica un conflicto entre un tratado de extradición y el Estatuto. Igualmente, el artículo 21 establece que son aplicables otros tratados internacionales a los procesos ante la Corte, siempre y cuando sean relevantes. Consecuentemente, el propio Estatuto ya agota los supuestos de interacción con otros tratados, lo que convierte a esta referencia en irrelevante.

Un punto de interés es el artículo 6, el cual establece que si la Corte está investigando casos de los que México pudiera ser competente, entonces la Secretaría de Relaciones Exteriores le solicitará a la Procuraduría General de la República que le informe si hay procesos que se lleven a cabo por los mismos hechos. De no ser así, la iniciativa facultaría a la Secretaría a denunciar los hechos ante el propio Ministerio Público Federal.

Esta disposición es complicada, pues tiene la intención de dar cumplimiento al principio de complementariedad al dar inicio a una investigación que pudiera eliminar la posibilidad de que la Corte resuelva que hay una falta de voluntad por parte del Estado Mexicano para llevar a cabo un proceso por crímenes de su competencia. Sin embargo, la Corte podría determinar que la medida es ilusoria pues el Estado Mexicano no debió de haber esperado a que la Corte iniciara el análisis de la información proporcionada, sino que debió haber actuado sin este impulso para sostener que el proceso es adecuado y no una forma de evadir responsabilidades internacionales.

Otro aspecto que merece análisis es la fracción II del artículo 18 de la iniciativa que establece que la cooperación se puede negar cuando se viole la inmunidad de un Estado. Esta hipótesis normativa es incorrecta pues uno de los postulados fundamentales del Estatuto de Roma es que la Corte Penal Internacional solamente tiene competencia para conocer de hechos cometidos por individuos, no Estados. Así, los supuestos en los cuales la inmunidad de un Estado o sus bienes se pudiera ver afectada se reducen al absurdo. El único supuesto posible es que el Estado (a través de sus agentes) o sus bienes estén involucrados o sean el producto de la comisión de crímenes internacionales. En este caso los argumentos de inmunidad serían inaplicables en virtud del propio derecho internacional, incluyendo el Estatuto de Roma.

CONCLUSIÓN

En el curso que motivó la elaboración del presente ensayo se exploraron las obligaciones internacionales y constitucionales que establecen el marco jurídico de la colaboración con la Corte Penal Internacional. Sin embargo, no es un trabajo que pretenda ser exhaustivo (por ejemplo, no se abordaron los temas de derecho penal sustantivo).

Se trata de un ensayo en el que se pretenden exponer los puntos de mayor interés, con la ventaja de que ya existe una iniciativa de ley de cooperación que sirve de referencia y actualizar a quienes tengan interés en conocer el estado actual de la relación entre México y la Corte Penal Internacional.

Sin embargo, será un comentario útil si resuelve algunas dudas y despierta el interés en los temas de Derecho penal internacional, Corte Penal Internacional y recepción del Derecho internacional, en los asistentes al curso y en los lectores de estas líneas.

Solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN.

Análisis de casos prácticos

Carlos H. Reyes Díaz*

SUMARIO. 1. Las controversias multilaterales y regionales. 2. Tratado de Libre Comercio de América del Norte. 3. Diferencias entre procedimientos del Capítulo XIX del TLCAN y del Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. 4. Análisis de casos. 4.1. El caso del Cemento. 4.2. El caso de la Fructosa. 4.3. El caso de la Madera blanda. 5. Conclusiones.

1. LAS CONTROVERSIAS MULTILATERALES Y REGIONALES

La solución de los conflictos ha constituido desde siempre el pilar esencial de las relaciones internacionales y las relacionadas con el comercio multilateral y regional cobran mayor relevancia por el elevado número de conflictos que se plantean anualmente en los diversos foros nacionales e internacionales.

A la fecha, el mecanismo establecido por la Organización Mundial del Comercio (OMC) para la solución de diferencias, es el más recurrido en el mundo para arreglar las disputas comerciales de los 153 Estados Miembros que al día de hoy la componen. Hasta hoy se han iniciado 380 diferencias ante la OMC desde el año de su creación en 1995 y hasta septiembre de 2008. En tanto, en el marco del Acuerdo General sobre Aranceles y Comercio (GATT), desde 1948 y hasta 1994, se resolvieron en total 207 casos.

De los 380 Acuerdos Comerciales Regionales notificados a la OMC, "300 fueron notificados de conformidad con el artículo XXIV del GATT de 1947 o el GATT de 1994; 22 de conformidad con la Cláusula de Habilitación; y 58 de conformidad con el artículo V del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS, por sus siglas en inglés).

* Doctor en Derecho por la UNAM, profesor de Carrera, Titular de Tiempo Completo Definitivo, de las materias Régimen Jurídico del Comercio Exterior y Derecho de la Integración Económica, ambas en la Facultad de Derecho de la UNAM.

Si se tienen en cuenta los ACR que están en vigor pero no han sido notificados, los que se han firmado pero todavía no están en vigor, los que se están negociando y los que se encuentran en la fase de propuesta, el número de ACR cuya aplicación está prevista de aquí a 2010 asciende a cerca de 400. De éstos, los acuerdos de libre comercio (ALC) y los acuerdos de alcance parcial representan más del 90 por ciento y las uniones aduaneras menos del 10 por ciento¹.

De este número, de acuerdo con cifras proporcionadas por la propia OMC, sólo se han notificado 223 Acuerdos Comerciales Regionales (ACR) hasta el 15 de septiembre de 2008.

El esquema en el que se muestra la distribución de estos acuerdos es el siguiente:

**Acuerdos Comerciales Regionales Notificados al GATT/OMC
y su entrada en vigor**

Notificaciones/Proceso de Consideración
Al 15 de Septiembre de 2008

Notificaciones de ACRS en vigor en el GATT/OMC			
	Adhesiones	Nuevos ACRs	Total
GATT Art. XXIV (Áreas de Libre Comercio)	2	126	128
GATT Art. XXIV (Uniones Aduaneras)	6	7	13
Cláusulas de Habilitación	1	25	26
GATS Art. V	3	53	56
Total	12	211	223

Fuente: www.wto.org/

En 1996, precisamente por la gran cantidad de foros alternativos para solucionar las controversias comerciales, el Consejo General de la OMC estableció el Comité de Acuerdos Comerciales Regionales, con la finalidad de llevar un control de los distintos acuerdos, además de que todos estos acuerdos deben tener congruencia con los principios generales de la OMC. A partir de la creación de este Comité, la OMC se ha dado a la tarea de mejorar paulatinamente el control, registro y seguimiento de todos estos acuerdos, y desde 2006, se creó el “Mecanismo de Transparencia para

¹ Ver http://www.wto.org/spanish/tratop_s/region_s/region_s.htm

los Acuerdos Comerciales Regionales” (WT/L/671), por el cual se ha revisado la labor del Comité.

2. TRATADO DE LIBRE COMERCIO DE AMÉRICA DEL NORTE

Uno de estos acuerdos regulados por la OMC lo constituye el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN)², constitutivo de la zona de libre comercio más grande del mundo, tanto por el número de habitantes como por el comercio que existe entre sus socios comerciales. Además, es el único tratado comercial suscrito por México que tiene un capítulo específico sobre la solución de controversias derivadas de prácticas desleales de comercio internacional. Otros acuerdos de esta naturaleza tienen capítulos específicos sobre prácticas desleales, pero no de solución de controversias en esta materia. Por último, existen tratados comerciales que no regulan ninguno de los dos temas antes mencionados y se limitan a remitir a las partes a los mecanismos establecidos en la Organización Mundial del Comercio cuando de su comercio bilateral derivan conflictos por la realización de prácticas desleales de comercio internacional.

El siguiente esquema sobre los tratados de libre comercio suscritos por México hasta esta fecha, muestra lo antes referido:

TLC's SUSCRITOS POR MÉXICO	CAPÍTULO DE PRÁCTICAS DESLEALES	Capítulo de Solución de Controversias por PRÁCTICAS DESLEALES	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE LA OMC
NAFTA (Canadá y Estados Unidos)	No tiene	XIX Específico para prácticas desleales	Permite ambos foros
G3 ³ (Colombia y Venezuela)	Capítulo IX	XIX (No específico)	Permite a uno o a otro foro

² DOF, 20 de Diciembre de 1993, entró en vigor el 1 de Enero de 1994 y lo constituyen Canadá, Estados Unidos y México.

³ El 23 de mayo de 2006, el Gobierno de Venezuela notificó a los Gobiernos de Colombia y México, así como a la Secretaría General de ALADI, su decisión de denunciar el Tratado de Libre Comercio del Grupo de los Tres. La denuncia surtió efecto a partir del 19 de noviembre de 2006, esto es, 180 días después de recibida la comunicación correspondiente, de conformidad con el Artículo 23-08 del Tratado.

TLC's SUSCRITOS POR MÉXICO	CAPÍTULO DE PRÁCTICAS DESLEALES	Capítulo de Solución de Controversias por PRÁCTICAS DESLEALES	SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ANTE LA OMC
COSTA RICA	No tiene	XVII (No específico)	Permite a uno o a otro foro
BOLIVIA	Capítulo VIII	XIX (No específico)	Permite a uno o a otro foro
NICARAGUA	Capítulo IX	XX No específico	Permite a uno o a otro foro
CHILE	No tiene	Remite a la OMC	Único
UNIÓN EUROPEA (25)	No tiene	Remite a la OMC	Único
EFTA (AELC) (Suiza, Noruega, Islandia y Liechtenstein)	No tiene	Remite a la OMC	Único
ISRAEL	No tiene	No existe	Único
TRIÁNGULO DEL NORTE (Salvador, Guatemala, y Honduras)	Capítulo IX	XIX (No específico)	Permite a uno o a otro foro
JAPÓN	No tiene	Remite a la OMC	Único
URUGUAY	Capítulo VII	Remite a la OMC	Único

Los conceptos sustantivos relacionados por las así llamadas “prácticas desleales”, entiéndase por ellas al *dumping* o discriminación de precios, (conforme la Ley de Comercio Exterior mexicana) y a las subvenciones o subsidios, tienen su referente jurídico en los acuerdos respectivos derivados de la Ronda Uruguay de negociaciones del GATT, por la cual además se crea la OMC. En esta ocasión la descripción de estos conceptos deberá sobreentenderse para llegar directamente a la explicación del mecanismo de solución de controversias establecida en el Capítulo XIX del TLCAN, aunque para lograrlo, considero apropiado puntualizar las diferencias entre estos procedimientos y los de la OMC. No existe, desde luego, ninguna relación entre ambos, pero precisamente por ello las diferencias se hacen más evidentes y no hay que olvidar que ambos foros pueden revisar controversias sobre la misma materia.

3. DIFERENCIAS ENTRE PROCEDIMIENTOS DEL CAPÍTULO XIX DEL TLCAN Y DEL ÓRGANO DE SOLUCIÓN DE DIFERENCIAS DE LA OMC

	TLCAN Capítulo XIX	OMC Grupos Especiales
1.	No requiere consultas obligatorias	Requiere consultas
2.	Establece el derecho de las partes a un panel	El OSD establece el panel por consenso negativo
3.	No propone mecanismos alternativos de solución de controversias (buenos oficios, conciliación, etc.)	Los propone durante la fase de consultas
4.	Ambas partes en el procedimiento pueden solicitar el panel	Sólo la parte agraviada puede solicitarlo
5.	Propone lista de panelistas, que deben reunir ciertos requisitos	Igual
6.	Cada parte selecciona dos panelistas de su país, y ambas partes acuerdan sobre el quinto, o por mayoría de los panelistas	El Secretariado de la OMC propone los panelistas y las partes acuerdan su designación
7.	Panel de 5 miembros	Regla general: 3 miembros; por excepción: 5 miembros
8.	Los Panelistas deben ser de la nacionalidad de los contendientes	La nacionalidad de los Panelistas debe ser diferente de la de los contendientes
9.	Prevé la recusación de árbitros	Igual
10.	Contempla etapa escrita y oral	Igual
11.	Las actuaciones son confidenciales	Igual
12.	El tercer Estado del TLCAN puede participar como tercero interesado y participar en las audiencias y elaborar y recibir escritos	Los Estados Miembros de la OMC deben solicitar ser Terceros en la controversia
13.	El panel elabora sólo un reporte final	Reporte de inicio y otro final
14.	Permite opiniones disidentes de los panelistas (práctica común en el <i>common law</i>)	Permite opiniones disidentes (W.2.3A.1 Estados Unidos-Algodón americano (Upland), párrafo 631 (WT/DS267/AB/R))

	TLCAN Capítulo XIX	OMC Grupos Especiales
15.	Las decisiones del panel no tienen que ser aceptadas por otro órgano, son obligatorias para las partes (excepto Impugnación Extraordinaria)	El OSD es el que adopta la resolución por consenso negativo, no las partes, quienes no tienen posibilidad de alterarlo
16.	La única forma de apelar la decisión del panel es por el Comité de Impugnación Extraordinaria, pero es excepcional	Existe el Órgano de Apelaciones del OSD, que opera de forma regular, no como excepción
17.	Prevé la suspensión de beneficios por incumplimiento de las resoluciones del panel	Igual, con alternativa de compensación voluntaria
18.	Las partes pueden solicitar la revisión del monto de la suspensión de beneficios	Igual
19.	Las partes supervisan el cumplimiento de la resolución por la contraparte	Igual, pero el OSD puede ejercer esta acción de manera excepcional
20.	Prevé un plazo de no más de 315 días para la resolución final del panel, más otros 210 días para poder suspender beneficios	El tiempo normal son 6 meses, o 9 como máximo, más otros 60 días para la adopción del reporte. Con apelación, dura en total 15 meses, más 30 días para adoptar la decisión del Órgano de Apelaciones. En total 16 meses
21.	Las partes no pueden modificar el procedimiento del panel por simple acuerdo	Es flexible porque las partes pueden acordar los términos de referencia del Panel, pero no pueden modificar nada más (incluyendo límites de tiempo)
22.	Este capítulo se encarga de revisar un procedimiento anterior (igual que el Órgano de Apelaciones del OSD)	Es el procedimiento inicial
23.	El Panel no está influenciado por cuestiones políticas	Puede haber influencia política, pero se limita por el consenso negativo de los miembros
24.	Prevé conclusiones obligatorias, imposibilita la duplicidad del procedimiento ante otro foro, evita ventajas tácticas de las partes, y dificulta la posibilidad de que las partes elaboren una ley comercial con carácter de represalia.	Sólo se acerca en algunos casos

4. ANÁLISIS DE CASOS

Desde la entrada en vigor del TLCAN, a octubre de 2008 se han iniciado 124 controversias en el marco del Capítulo XIX, de las cuales 112 ya fueron concluidas y 12 siguen pendientes. De los casos resueltos, 22 fueron iniciados por informes emitidos por las Agencias canadienses, 75 por informes de Agencias estadounidenses y 15 por informes de la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la Secretaría de Economía de México. Sólo para el registro, en casi 15 años del TLCAN se han interpuesto 3 casos de Impugnación Extraordinaria, todos ellos por los Estados Unidos de América, mismos que confirmaron lo resuelto por el panel, es decir, fueron contrarios a los intereses estadounidenses⁴.

Dejando a un lado el rigor numérico de los casos, es necesario referir algunos de ellos que pueden vincularse de manera simultánea con procedimientos planteados ante paneles del Capítulo XIX y ante el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Algunas discusiones de han iniciado recientemente acerca de la concurrencia o no de estas controversias a la luz de ambos mecanismos internacionales. El planteamiento que se presenta ahora contiene argumentos a favor de la posible concurrencia.

4.1. EL CASO DEL CEMENTO

En el marco del TLCAN, el 23 de agosto de 1990, la Comisión estadounidense determinó que una industria regional en los Estados Unidos estaba siendo dañada de manera importante por las importaciones de cemento *Portland Gris y Clinker* provenientes de México, por ser presuntamente vendidas por debajo de su valor normal.

El 2 de agosto de 1999, se llevó a cabo la primera revisión quinquenal para analizar si la revocación de la resolución que impuso cuotas compensatorias por discriminación de precios al cemento proveniente de México podría llevar a la continuación o repetición de un daño importante. Después, el 27 de octubre de 2000, la Comisión determinó que la revocación de la resolución podría llevar a una continuación o repetición de un daño importante a una industria regional en los Estados Unidos, dentro de un plazo razonablemente previsible.

El 21 de noviembre de 2000, CEMEX presentó una solicitud de revisión ante un Panel Binacional, de conformidad con el Capítulo 19 del TLCAN. GCCC lo siguió

⁴ Cfr. www.nafta-sec-alena.org/

con la presentación de su propia solicitud, el 22 de noviembre de 2000. El 21 de diciembre de 2000, CEMEX y GCCC presentaron reclamaciones independientes, alegando en general, que la decisión de la Comisión en la revisión quinquenal por extinción de daño no estaba fundada en una evidencia sustancial o de otra manera, que era contraria a derecho.

El Panel confirmó en parte la decisión de la Autoridad Investigadora y devolvió algunos puntos para que la Comisión emitiera una determinación no incompatible con la decisión e instrucciones del Panel.

El procedimiento ante la OMC comenzó el 3 de febrero de 2003, cuando México solicitó la celebración de consultas con los Estados Unidos en relación con varias medidas *antidumping* impuestas por los Estados Unidos a las importaciones de cemento procedentes de México.

México consideró que las medidas *antidumping* mencionadas eran incompatibles con algunos artículos del Acuerdo *Antidumping*, del GATT de 1994 y del Acuerdo sobre la OMC.

El 29 de julio de 2003, México solicitó el establecimiento de un grupo especial, que fue establecido por el OSD el 29 de agosto de 2003. Nuevamente, el 24 de agosto de 2004, México solicitó al Director General que estableciera la composición del Grupo Especial, y el Director General los estableció el 3 de septiembre de 2004.

El 1º de marzo de 2005, el Grupo Especial informó al OSD de que no podría concluir su labor dentro del plazo de seis meses contados a partir de la fecha de su composición, entre otras cosas, debido al gran número de alegaciones formuladas, a la complejidad de las cuestiones y a determinados aplazamientos en el calendario del Grupo Especial, y de que éste esperaba concluir su labor para fines de octubre de 2005. El 3 de octubre de 2005, el Grupo Especial informó al OSD que, habida cuenta de que el Grupo Especial seguía examinando las cuestiones planteadas en esta diferencia, no le sería posible completar sus trabajos para fines de octubre, y de que el Grupo Especial esperaba concluir su labor en enero de 2006.

El 16 de enero de 2006, el Presidente del Grupo Especial informó al OSD de que, en el marco de las negociaciones para encontrar una solución mutuamente aceptable de esta diferencia, México había solicitado al Grupo Especial que suspendiera su procedimiento, de conformidad con el párrafo 12 del artículo 12 del ESD, hasta nuevo aviso. El Grupo Especial accedió a esa solicitud.

*Comité de Impugnación Extraordinaria*⁵

Estados Unidos solicitó su instalación el 13 de abril de 2000, con la finalidad de que éste revisara una de las catorce determinaciones emitidas por el Panel Binacional, respecto de la Quinta Revisión Administrativa del Departamento de Comercio estadounidense, del 9 de abril de 1997.

Este procedimiento fue el primero en su tipo en el marco del TLCAN, porque con anterioridad se habían llevado a cabo tres procedimientos similares, aunque bajo los auspicios del Acuerdo de Libre Comercio, celebrado entre Estados Unidos y Canadá, instrumento éste considerado como antecesor del actual TLCAN.

Los argumentos estadounidenses para solicitar la instalación de este Comité, consistieron en la violación del Panel al Artículo 1904.13 (a)(iii) del TLCAN, en virtud de que aquél se excedió ostensiblemente en sus facultades al rechazar la definición de “producto similar extranjero” hecha por el Departamento de Comercio estadounidense (en adelante DOC, por sus siglas en inglés), con lo que se valdría la autoridad nacional para calcular la cuota compensatoria a las importaciones mexicanas. Con ello –en argumento de los empresarios estadounidenses– se afectó materialmente el fallo del Panel, y en consecuencia, se amenazó su integridad.

El Comité de Impugnación Extraordinaria (integrado por dos estadounidenses y un mexicano), en su decisión del 30 de Octubre de 2003, concluyó que los solicitantes estadounidenses no lograron demostrar que “el Panel Binacional se ha “excedido ostensiblemente en sus facultades, autoridad o jurisdicción” o que la decisión del Panel en el asunto específico a que se refiere la solicitud “amenaza la integridad del proceso de revisión del Panel Binacional”. En tanto que estos requisitos no se han cumplido, la solicitud es denegada y la decisión emitida el 18 de junio de 1999 por el Panel Binacional no será afectada”.

Acuerdo México-Estados Unidos sobre Comercio de Cemento

El revés aplicado a los estadounidenses por el Comité de Impugnación Extraordinaria, además de los efectos desastrosos del huracán *Katrina* en el año 2005, propiciaron la celebración del “Acuerdo sobre Comercio de Cemento entre la Secretaría de Economía de los Estados Unidos Mexicanos y la Oficina del Representante

⁵ Cfr. Archivo del Secretariado No. ECC-2000-1904-01USA. Quinta Revisión Administrativa (8/15/94-7/31/95).

Comercial de los Estados Unidos y el Departamento de Comercio de los Estados Unidos de América”⁶.

México es uno de los principales países exportadores de cemento del mundo, y tan solo las exportaciones de Cementos Mexicanos (Cemex) representan dos terceras partes del total destinado a los Estados Unidos. La cuota arancelaria que pagan los exportadores mexicanos al entrar al territorio estadounidense es de 26.28 dólares por tonelada, lo que representa aproximadamente una tarifa de 55%. Con el acuerdo recién celebrado se disminuiría la tarifa arancelaria a 3 dólares por tonelada, lo que permite mayor penetración de cemento mexicano al mercado estadounidense, aunque con la carga para México de permitir, en respuesta, mayores importaciones de cemento estadounidense a su territorio, eliminando las barreras no arancelarias actualmente impuestas por México.

Este Acuerdo entró en vigor el 3 de abril de 2006. En él, se establece la posibilidad de que México realice exportaciones de cemento al territorio estadounidense, sujeto a algunas restricciones. Se establecieron tres períodos de exportación: el primero, que va del 3 de abril de 2006 al 31 de marzo del 2007; el segundo, desde el 1 de abril del 2007 al 31 de marzo del 2008; y el tercero, desde el 1 de abril del 2008 al 31 de marzo del 2009.

La entrada en vigor del Acuerdo quedó sujeta a la terminación de los procedimientos de solución de controversias ante paneles binacionales que estuvieren pendientes, así como del procedimiento iniciado por México ante la OMC (WT/DS281). De igual forma, tampoco podrá iniciarse ningún procedimiento de revisión quinquenal del presente asunto, la cual quedará suspendida mientras dure el presente Acuerdo, salvo que alguna importación de cemento mexicano se haya llevado a cabo o pretenda realizarse mediante “Elusión”⁷.

⁶ Cfr. www.economia.gob.mx

⁷ El mismo Acuerdo, en el numeral I.H, conceptualiza la elusión como:

1. “La exportación de Cemento Mexicano que realice a una Subregión un Productor de Cemento Mexicano, cualquier persona o empresa en México, o cualquier persona o empresa fuera de México actuando, de hecho y de derecho, a nombre de un Productor de Cemento Mexicano:
 - a. que no vaya acompañada de un Permiso de Exportación;
 - b. para la cual no se haya emitido una Licencia de Importación, una vez que se haya implementado el sistema de Licencias de Importación de Estados Unidos; o
 - c. que exceda en cantidad los Límites de Exportación para cualquier Subregión o los Derechos de Exportación asignados por la SE al productor de ese cemento; o
2. Enviar Cemento Mexicano de México a Estados Unidos, a través de terceros países, que no vaya acompañado de un Permiso de Exportación, excepto cuando se trata de exportaciones que no tengan consecuencias, sean accidentales, o que no impidan que se cumplan sustancialmente los objetivos del presente Acuerdo”.

Este Acuerdo establece la posibilidad de que México pueda continuar exportando cemento a Estados Unidos, aunque con restricciones regionales, a fin de evitar un daño a la producción estadounidense. Para ello, también se establecen límites máximos anuales de exportación (3 millones de toneladas métricas para el primer período, que podrá incrementarse mediante autorización de la autoridad estadounidense para casos de aumento de la demanda de cemento debida a alguna emergencia nacional ocasionada por desastres), así como licencias de importación que deberá emitir la autoridad estadounidense, y permisos de exportación que deberá emitir la autoridad mexicana (Secretaría de Economía).

Un aspecto importante del Acuerdo consiste en la obligación establecida para ambos gobiernos de que, para el caso de que el Acuerdo se mantenga en vigor para el 2 de enero del 2007, deberán notificar al OSD de la OMC que han llegado a una solución mutuamente aceptable respecto de la diferencia conforme al Artículo 3.6 del Entendimiento, conforme al caso WT/DS281.

Esta obligación nacida de este Acuerdo pone en evidencia la conexión del caso planteado ante uno y otro foro, de lo contrario no se pediría hacer del conocimiento de la OMC lo que las partes han acordado por el intercambio comercial de una mercancía realizado en el marco de un tratado regional como lo es el TLCAN.

De no existir ninguna coincidencia entre uno y otro foro, el presente Acuerdo no habría exigido a sus suscriptores la obligación de desistirse de los procedimientos ante Panel Binacional del TLCAN y Grupo Especial de la OMC, como tampoco se exigiría no iniciar procedimientos de revisión ante instancias nacionales. El vínculo de los asuntos llevados ante un foro y otro es evidente, por más que sean diferentes las partes y la causa llevada en cada uno de ellos.

El acuerdo sobre cemento, según lo han expresado las autoridades mexicanas (Secretaría de Economía) “satisface a nuestra industria y al gobierno mexicano”⁸. Es posible que el acuerdo satisfaga al gobierno mexicano y con mayor razón, a los exportadores mexicanos de cemento ya que este acuerdo representa la posibilidad de ingresos millonarios.

La duda que surge con este convenio es si debe prevalecer el interés comercial y económico por encima de dieciséis años de litigios desgastantes que terminaron por no concluir en nada. Un convenio de esta naturaleza puede verse como un gran logro si se toma en cuenta la premisa de que “vale más un mal arreglo que un buen pleito”, pero visto desde otra perspectiva no puede soslayarse que este acuerdo re-

⁸ “Entrevista al Secretario de Economía, Sergio García de Alba”, *Revista Poder y Negocios*, México, Año 2, Edición número 03, 30 de enero de 2006, p. 23.

presenta también el fracaso de los mecanismos de solución de controversias, tanto del TLCAN como de la OMC, porque no fueron capaces de dar solución satisfactoria a los contendientes, quienes prefirieron pactar en privado una solución motivada por las consecuencias de la furia de la naturaleza.

4.2. EL CASO DE LA FRUCTOSA

La controversia inició en 1998, cuando la Unidad de Prácticas Comerciales Internacionales de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, publicó la resolución final en la que se declaró la existencia de *dumping* por las importaciones estadounidenses a México de Jarabe de Maíz de Alta Fructosa.

En ese mismo año los productores estadounidenses pusieron en marcha el Capítulo XIX del TLCAN y solicitaron la instalación de un panel, alegando irregularidades por parte de las autoridades mexicanas en el procedimiento de investigación.

Argumentos de México en la OMC

De acuerdo con lo visto ante los grupos especiales de la OMC, México objetó que los Estados Unidos hubiera hecho referencia en este procedimiento de acciones tomadas por México en el marco de actuaciones referidas en un memorial presentado por México ante un procedimiento ante paneles del capítulo XIX del TLCAN.

Para México, lo actuado ante el panel del TLCAN no tiene que ser materia de análisis por el Grupo Especial porque son argumentos que no corresponden a la revisión que el Grupo Especial realizará en la controversia que se le ha presentado. Además, los derechos protegidos en el marco del TLCAN no necesariamente coinciden con los que debe examinar el Grupo Especial; y que en el TLCAN está involucrada la industria en controversia, mientras que en el GE no. Por último, México argumentó que el caso en el TLCAN aún estaba pendiente de resolver, por lo que el GE no puede tomar en cuenta las pruebas y argumentos presentados ante el panel, porque todavía no tienen fuerza probatoria al no haber sido avalados por otro foro.

El argumento de México, contrario al de los Estados Unidos, consistió en que, el mandato de los paneles difiere del de la OMC, ambos tienen criterios de revisión diferentes y tienen distinto alcance; las partes en ambos procedimientos no son las mismas; y por lo tanto, México no presentaría en ambos procedimientos argumentos iguales

Argumentos de los Estados Unidos

Los argumentos estadounidenses consistieron en que el grupo especial debería aceptar las pruebas presentadas y valorarlas, ya que "la medida en litigio en ambos procedimientos es la misma, muchas cuestiones son las mismas, y tanto al Grupo como al Panel se les ha sometido la misma determinación, basada en el mismo expediente". Esto es verdad, aunque sólo a medias, porque las medidas de litigio no corresponden a una misma situación, ya que en el TLCAN se revisa la ilegalidad de la resolución respecto del derecho mexicano, mientras que en la OMC se revisa la ilegalidad de la resolución respecto de los acuerdos de la OMC.

Para Estados Unidos muchos de los puntos que se impugnan en los dos procedimientos son idénticos, involucran al mismo instrumento jurídico (el Acuerdo *Antidumping*) y se basan en el mismo expediente administrativo compilado por SECOFI durante la investigación *antidumping*. Por esta razón los Estados Unidos citaron el expediente del TLCAN, con la finalidad de ayudar al GE a comprender la situación específica de manera global.

Estados Unidos argumentó que la facultad del Grupo Especial para conocer de las pruebas presentadas por ellos mismos ante el panel del TLCAN está clara, de conformidad con el Artículo 13 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias (ESD), además de que el GE deberá otorgarles a estas pruebas un valor considerable. Con ello, siguen diciendo, el GE no se estaría excediendo en su mandato como lo argumentó México, porque sólo al GE le corresponde considerar el valor probatorio que tendrán los documentos presentados por las partes.

Observación del Panel

En este caso particular el panel resolvió, en primer lugar, haciendo referencia de lo dispuesto por el Artículo 11 del ESD, que dispone que cada Grupo Especial debe hacer una evaluación objetiva del asunto, de los hechos, y de la aplicabilidad de los acuerdos abarcados pertinentes.

El mismo Grupo Especial, en una referencia a un informe del Órgano de Apelación (Estados Unidos-Camarones), decidió que le corresponde a los Grupos Especiales determinar la admisibilidad y pertinencia de las pruebas ofrecidas por las partes en una controversia, por lo que el Grupo Especial no puede excluir las pruebas presentadas relativas al procedimiento seguido ante el panel del TLCAN, y no se le concede importancia a las diferencias presentadas en ambos memoriales ante ambos foros.

4.3. EL CASO DE LA MADERA BLANDA

El conflicto que más controversia ha causado en la región de América del Norte, y no precisamente o por lo menos no de manera exclusiva en el ámbito del TLCAN, ha sido hasta ahora el derivado de las importaciones a Estados Unidos de ciertos productos de Madera Blanda (*softwood lumber*) procedentes de Canadá. Este conflicto inició desde 1982 por solicitudes de investigación por *dumping* y subvenciones, por separado⁹.

La importancia mayor de esta controversia es la dependencia que tiene la industria canadiense de las exportaciones a los Estados Unidos de la madera blanda. Para Canadá el comercio de madera blanda a los Estados Unidos es vital para su economía, y esta es la razón de los alcances a los que la controversia ha llegado y se ha mantenido por más de 23 años.

En total ha habido cuatro procedimientos sobre el caso de madera blanda desde 1982. El primero, surgió del debate de si algunas provincias canadienses cobraban a las compañías locales un precio menor que el normal por cortar árboles, derivado de la aplicación de subsidios. La conclusión fue que no porque el precio cobrado no era diferenciado para las compañías encargadas del trabajo, es decir, a las tres compañías que realizaban el trabajo se les cobraba de igual forma.

La industria de la madera blanda estadounidense nuevamente inició otra controversia en 1985, por las mismas razones. El Departamento de Comercio de los Estados Unidos condenó la existencia de subsidios a la industria canadiense. La industria canadiense no quiso hacer demasiado conflicto por el caso y prefirió suscribir un memorando de entendimiento con el gobierno estadounidense, por el que decidió aplicar un impuesto a las exportaciones canadienses de madera blanda dirigidas a los Estados Unidos con la finalidad de remediar el supuesto subsidio.

El Gobierno canadiense dio por terminado el memorando de entendimiento en 1991, debido a que las empresas canadienses habían incrementado sus impuestos en la producción, lo que redujo el supuesto subsidio alegado por los estadounidenses. El Departamento de Comercio de los Estados Unidos inmediatamente inició otra investigación, pero esta vez de oficio, es decir, sin esperar a que la industria estadounidense solicitara el apoyo gubernamental para iniciar la investigación. La

⁹ Para mayor información del caso cfr. Macrory, Patrick F.J., *op. cit.*, pp. 478-483; HOBERG, George and HOWE, Paul, "Law, Knowledge, and National Interests in Trade Disputes. The Case of Softwood Lumber", *Journal of World Trade*, Great Britain, vol. 34, no. 2, Kluwer Law International, 2000, pp. 109-130.

autoridad investigadora estadounidense encontró nuevamente la existencia de un subsidio de aproximadamente 6.5 por ciento, que fue lo que se aplicó a las importaciones canadienses de madera blanda.

Canadá solicitó la instalación de un panel binacional (en este caso, ya bajo los auspicios del Acuerdo Bilateral celebrado entre ambos países en 1989, que fue el antecedente inmediato del actual TLCAN). El panel binacional le dio la razón a los canadienses y ordenó al Departamento de Comercio estadounidense rectificar su decisión y considerar otras causas para determinar el cálculo que había establecido para determinar la existencia de subsidios.

El caso no deja de generar suspicacias, ya que el panel en esta ocasión estaba conformado por tres canadienses y dos estadounidenses, y en este caso en particular los dos panelistas estadounidenses disintieron del fallo final por considerar que el panel se había extralimitado en sus funciones, una de las razones para acudir al Comité de Impugnación Extraordinaria.

El Gobierno Estadounidense solicitó la integración de un Comité de Impugnación Extraordinaria, alegando que el panel había realizado un análisis erróneo del caso y que dos panelistas canadienses tenían conflicto de intereses con el caso analizado. Nuevamente, la conformación del Comité estuvo representada por dos canadienses y un estadounidense. Ambos canadienses rechazaron las quejas presentadas en el caso. También en este caso el ex juez estadounidense miembro del Comité emitió un voto particular en disenso, con grandes exclamaciones de vituperio en contra del Capítulo XIX del TLCAN y del procedimiento en particular, así como de la poca capacidad de los panelistas y miembros del Comité de Impugnación para entender e interpretar la legislación estadounidense.

Este aparatoso disenso no fue suficiente para modificar la decisión del Comité, puesto que éste puede adoptar las decisiones por mayoría. Sin embargo, los airados comentarios del juez en disenso incrementaron los ánimos entre las partes y, particularmente, de los estadounidenses, que no se daban por vencidos ante lo que ellos consideraban un robo del caso por la conformación de los tribunales que en todas las ocasiones los desfavorecieron.

La entonces recién terminada Ronda de Uruguay del GATT arrojaba resultados importantes dentro de los que destacaron la aprobación de acuerdos multilaterales como el Acuerdo *Antidumping* y el Acuerdo Sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

Con este nuevo marco la industria estadounidense pretendía iniciar otra investigación, pero Canadá se adelantó, quizá por sus temores acerca del cambio jurídico que había operado como resultado de la Ronda Uruguay, firmó un acuerdo con los Estados Unidos, por el que se incrementaban las tarifas a las exportaciones de

madera blanda hacia los Estados Unidos. Este acuerdo tenía una vigencia de cinco años, es decir, hasta abril de 2001.

A punto de expirar el convenio, la industria estadounidense inició un nuevo procedimiento de investigación por subsidios, y por primera ocasión, también por *dumping* de las importaciones de madera blanda procedente de Canadá. Para 2002, el Departamento de Comercio Estadounidense determinó en su resolución final la existencia de *dumping* y aplicó cuotas compensatorias a las importaciones canadienses; asimismo, encontró subsidios gubernamentales. El análisis realizado por Estados Unidos había cambiado radicalmente su criterio desde los anteriores casos analizados, de forma que afectó irremediablemente a la industria canadiense por el criterio deformado de su análisis. Para terminar de complicar las cosas, la Comisión de Comercio Internacional (autoridad estadounidense encargada de analizar la existencia de daño a la producción nacional, mientras el Departamento de Comercio se encarga de analizar la existencia de *dumping* o subvención) determinó que las importaciones canadienses no habían causado daño a la producción nacional. Esta circunstancia podría considerarse suficiente para eliminar la existencia de una práctica desleal, pero existía la amenaza de daño, que de acuerdo con el orden jurídico internacional comercial es razón suficiente para determinar la existencia de la práctica desleal.

Canadá decidió acudir al Capítulo XIX del TLCAN y solicitar la instalación de un panel binacional. El panel decidió enviar a la autoridad estadounidense el mandato de modificar sus cálculos por considerar que estaban hechos con errores. De igual forma, se ordenó a la Comisión de Comercio Internacional modificar su análisis de determinación de amenaza de daño porque no presentaban evidencia sustancial de la amenaza. La Comisión de Comercio Internacional ha intentado defender en varias ocasiones su dicho bajo el argumento de haber presentado evidencia sustancial que soportaba la existencia de amenaza, pero a la fecha el panel no ha emitido su decisión al respecto.

Fue en agosto de 2001, poco después de que Estados Unidos decidió iniciar nuevamente las investigaciones nacionales por prácticas desleales, cuando Canadá solicitó el establecimiento de consultas bilaterales en el marco de la OMC.

Estados Unidos acudió a la OMC y se limitó a solicitar al Grupo Especial que rechazara todos los argumentos presentados por Canadá en el procedimiento, pero no hicieron especial énfasis al procedimiento que se había llevado a cabo o estaba pendiente de resolver ante el panel del Capítulo XIX del TLCAN.

Por su parte, en el procedimiento realizado conforme al Capítulo XIX del TLCAN no se hicieron referencias a los procedimientos llevados ante la OMC sobre esta misma controversia.

El 1° de julio de 2006, los responsables de comercio de Canadá y de los Estados Unidos llegaron a un acuerdo por el que se pretende concluir el conflicto.

En total, respecto de este conflicto se han promovido diez paneles de solución de controversias en el marco del capítulo XIX del TLCAN, por ocho en el marco de la OMC. Además, se han iniciado diversos procesos judiciales en cortes internas.

El convenio preveía concluir con todos los procedimientos judiciales en curso, al tiempo que se establece un plazo de 18 meses para que ambos países acuerden políticas para eliminar las restricciones al comercio de madera blanda.

Este convenio no requiere la aprobación del congreso estadounidense, a diferencia del congreso canadiense. El convenio tiene una vigencia de 5 años, aunque no existe impedimento para que cualquiera de los países lo den por terminado anticipadamente, mediante notificación escrita con, por lo menos, un mes previo, con el compromiso, además, de no iniciar ninguna disputa en esta materia en los subsiguientes 12 meses.

La conclusión de esta disputa comercial no derivó en un choque de resoluciones entre la OMC, el TLCAN y la jurisdicción nacional de ninguno de los países. Sin embargo, no es la primera vez que se celebra un convenio de este tipo sobre esta misma materia, y en anteriores ocasiones se han reactivado los procedimientos contenciosos.

La importancia económica que implica esta materia mantiene latente la posibilidad de que se reactiven los conflictos de intereses y se acuda de nueva cuenta a cualquiera de los procedimientos que elijan las partes, sin que exista obstáculo alguno para que se sometan de manera indiscriminada a varios de ellos, incluso de manera simultánea.

En este caso, de nueva cuenta la controversia tuvo que resolverse por convenio antes que por una resolución de los tribunales encargados de su análisis. Es verdad que en todo momento debe privilegiarse un acuerdo de voluntades, siempre que el mismo sea resultado de una negociación conveniente para ambas partes, no porque haya fallado el mecanismo de solución de controversias al que le fue encomendada la solución del caso.

El 12 de septiembre de 2006, los funcionarios de comercio de Estados Unidos y Canadá firmaron el acuerdo de referencia. Este convenio tiene una vigencia de siete años, con posibilidad de extenderse dos años más. Asimismo, el convenio no tuvo que ser aprobado por el congreso estadounidense¹⁰. El 12 de octubre de 2006,

¹⁰ Cfr. www.iqom.com.mx

Canadá y EE.UU. implementaron el acuerdo que dará acceso al mercado estadounidense a las importaciones procedentes de Canadá de madera suave.

5. CONCLUSIONES

Los elementos principales para identificar a dos controversias como jurídicamente concurrentes, –lo cual implica que dos foros distintos están resolviendo una misma disputa– son los siguientes: a) mismas partes en conflicto; b) mismos puntos litigiosos; y c) mismos puntos petitorios.

En los casos analizados en este trabajo se identifican claramente los foros que han resuelto las aparentemente mismas controversias: paneles del Capítulo XIX del TLCAN y Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. La conclusión preliminar se obtiene de manera casi inmediata al analizar los elementos descritos en el párrafo anterior:

- a) Mientras en las controversias del TLCAN intervienen particulares (importadores, exportadores y productores nacionales), en la OMC sólo Estados.
- b) En el TLCAN se revisa el apego del análisis que hizo la autoridad nacional en su resolución, a los ordenamientos jurídicos del Estado al que pertenece la misma autoridad investigadora; en tanto que en el marco de la OMC se realiza un análisis del apego de los actos de las autoridades de un país con los acuerdos abarcados de dicho organismo, sean éstos multilaterales o plurilaterales de la OMC que obligan al Estado Miembro.
- c) Lo que se le solicita a los paneles del Capítulo XIX del TLCAN, de conformidad con lo dispuesto por su artículo 1904 párrafo 8, es que, el Panel devuelva a la Autoridad que emitió la resolución impugnada la resolución definitiva para que adopte las medidas compatibles con la Resolución del Panel; en tanto que al OSD de la OMC, de conformidad con el Artículo 11 del Entendimiento de Solución de Diferencias, se le solicita que emita recomendaciones al Estado que hubiere incumplido para tomar las acciones conducentes a poner en conformidad los actos del Estado que hubieren vulnerado las disposiciones contenidas en los Acuerdos Abarcados.

Como puede verse, en ningún caso parece haber coincidencia entre lo revisado por ambos foros, sin embargo la conclusión hasta este punto sería demasiado simplista. Es de sobra sabido que los actos que toman los gobiernos, sean derivados de políticas internas o del cumplimiento de resoluciones nacionales o internacionales,

siempre tendrán un efecto directo sobre los gobernados. No puede analizarse una resolución en el marco del TLCAN o de la OMC como si el Estado afectado fuera un sujeto pasivo y corpóreo que debe cumplir la resolución. Aún en los casos en los que un Estado, al cumplir con lo dispuesto por el OSD de la OMC, debe modificar algún ordenamiento interno para ponerlo en concordancia con los Acuerdos Abarcados, su modificación traerá consecuencias para importadores, exportadores y productores nacionales. En los casos estudiados, son las empresas mexicanas, estadounidenses y canadienses las que ven afectados sus intereses para poder exportar o importar mercancías en (o de) el territorio del país en el que tienen socios comerciales. Como empresarios, si un foro condena la violación de disposiciones de un acuerdo internacional, la repercusión será el pago o la exención de pago de aranceles o cuotas compensatorias a los mismos empresarios. El país puede contabilizar su situación particular como una estadística favorable o no en su historial de solución de conflictos, pero difícilmente repercutirá en un demérito de su patrimonio, como sucede irremediabilmente con los particulares.

Problemas del derecho internacional privado

María Elena Mansilla y Mejía

SUMARIO. 1. Derecho internacional privado; 2. Problemas del derecho internacional privado; 2.1. Relaciones jurídicas; 2.1.1. Relaciones absolutamente nacionales; 2.1.2. Relaciones relativamente internacionales; 2.1.3. Relaciones absolutamente internacionales; 2.2. Consideraciones previas a la teoría de los derechos adquiridos; 2.3. Teoría de los derechos adquiridos; 2.4. Orden público; 2.5. Institución desconocida; 3. Orden público, institución desconocida e institución análoga; 3.1. Orden público; 3.2. Institución desconocida; 3.3. Institución análoga; 4. La institución desconocida y la institución análoga en el derecho mexicano y en la II convención interamericana de derecho internacional privado; 4.1. Derecho mexicano; 4.2. II convención interamericana de derecho internacional privado; Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Dentro de los problemas que se presentan en el Derecho Internacional Privado, y, concretamente en la técnica indirecta conocida como Sistema Conflictual Tradicional, hay tres aspectos que están muy relacionados:

- El Orden Público.
- La Institución Desconocida, y;
- La Institución Análoga.

Explicar estos tres problemas exige, previamente, determinar en forma somera que es el Derecho Internacional Privado.

Si bien es cierto que el auditorio es conocedor del derecho y del Derecho Internacional Privado, la lógica jurídica de toda exposición exige partir de ese punto, en tal sentido el orden a seguir será el siguiente:

- Derecho Internacional Privado.

- Los problemas del Derecho Internacional Privado.
- Orden Público, Institución Desconocida e Institución Análoga.
- La Institución Desconocida y la Institución Análoga en el derecho mexicano y en la II Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado
- Conclusiones.

1. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Dentro de este punto son varios los aspectos a tratar:

El primero de ellos es la denominación

¿Por qué llamar a este conocimiento jurídico derecho internacional privado?

La respuesta es clara, por que la complejidad de sus problemas es tal, que abarca situaciones privadas que a la vez implican una relación internacional, tal conexión llevó a uno de sus estudiosos a darle el nombre de Derecho Internacional Privado, una vez que Story le aplicó tal denominación, otro estudioso de área tan compleja, Foelix, escribió la primera obra bajo el título de Derecho Internacional Privado, cuyo objeto de estudio serian los problemas que surgieran por el tráfico jurídico internacional de las personas, de un país a otro.

Tal movimiento se enfrento a la problemática de que la interrelación señalada propiciaba un doble conflicto:

- El primero se refería a la contraposición de intereses de las partes, conocido como problema sustantivo o de fondo.
- El segundo era el propio del Derecho Internacional Privado, consistente en determinar el derecho que habría de aplicarse al problema sustantivo, cuya solución estaría supeditada a la previa certeza del derecho aplicable al fondo del asunto.

Dada la naturaleza del conflicto, éste sólo tendría solución mediante la aplicación de una técnica jurídica que determinara, con una base lógico-jurídica, el derecho que hiciera justicia a las partes involucradas en el conflicto.

Fue así como surgió el Sistema Conflictual dentro del cual se enmarcan los problemas a presentar que como ya se expuso son:

- El Orden Público
- La Institución Desconocida.
- La Institución Análoga.

Pensar que en el siglo XXI, en que todo tiende a globalizarse, se aluda a una institución desconocida resulta insólito; por lo que cabe preguntar.

¿Qué debe entenderse por Institución Desconocida?

¿Por qué se le denomina así?

¿Recibe tal nombre porque realmente no se le conoce, o simplemente porque no es parte de un sistema jurídico concreto?.

¿En qué momento se determina que una institución jurídica no existe dentro de un Estado?

¿Por qué es necesario determinar que una institución existe en un ordenamiento jurídico y en otro no?

Dar respuesta a tales cuestionamientos conduce al análisis de algunos problemas del derecho internacional privado entre los que destacan: las relaciones jurídicas y la teoría de los derechos adquiridos.

2. PROBLEMAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

2.1. RELACIONES JURÍDICAS

Un autor clásico, Jitta¹ en el estudio realizado sobre el método del Derecho Internacional Privado, expone que existen tres clases de relaciones jurídicas:

2.1.1. *Relaciones absolutamente nacionales.*

Son aquéllas que desde el punto de vista del Estado en que se realizan, se llevan a efecto entre nacionales en su propio Estado. Estas relaciones quedan fuera del campo del Derecho Internacional Privado.

2.1.2. *Relaciones relativamente internacionales.*

Estas se presentan cuando para un Estado son nacionales y para otro internacionales, ésto en atención a que se establece una vinculación con el derecho de otro Estado. Tal supuesto comprende las relaciones que surgen entre personas de la misma

¹ Cfr. JITTA, J.- *Método del Derecho Internacional Privado.*- S.N.E.- Editorial La España Moderna.- Madrid.- págs. 207 y ss.

nacionalidad, realizadas en su propio Estado y que sin embargo sus consecuencias dan lugar a un problema, respecto a su validez o efectos, en otro Estado.

Aquí el acto realizado en el Estado es nacional, en tanto que el cuestionamiento sobre su validez o efectos es relativamente internacional por ocurrir en otro Estado.

Tal sería el caso de un contrato celebrado en México por nacionales y cuyos efectos o validez, al vincularse con el derecho de otro Estado dieran lugar a un conflicto respecto al derecho que debiera resolverlo.

2.1.3 Relaciones absolutamente internacionales.

Estas se actualizan cuando el acto jurídico que le dio origen, se llevó a efecto entre personas de diferente nacionalidad y además existe una conexión con el derecho de otro u otros Estados, situación que es aun más compleja.

De estas tres relaciones las que interesan al Derecho Internacional Privado, son las relativas y las absolutamente internacionales por ser las que plantean el conflicto de:

¿Qué derecho ha de aplicarse?,

¿El derecho del lugar donde se presenta el conflicto? o; ¿El derecho donde se realizó el acto original?

El mismo autor Jitta, sostiene que de no aplicarse el derecho del lugar donde surgió el conflicto, se desconocería tal normatividad, lo que podría resultar inadmisibile.

Jitta en el desarrollo del problema también sostuvo que, de aplicarse el derecho bajo el cual se realizó el acto que dio origen al conflicto, habría la imposición de un derecho ajeno.

¿Cómo resolver el problema entonces?.

Fue en busca de la solución que surgió la teoría de los derechos adquiridos.

2.2. CONSIDERACIONES PREVIAS A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

¿Qué son los derechos adquiridos?

Contestar esta pregunta requiere analizar previamente a la norma jurídica. Por lo tanto recuérdese que todo orden jurídico se compone de normas y estas se forman de un supuesto y una consecuencia, en tal sentido una vez que se realiza la hipótesis normativa se dará la consecuencia jurídica.

Atento a lo anterior la realización de un supuesto indefectiblemente dará lugar a una consecuencia que debe ser reconocida en sus efectos, los que pueden

consistir en el surgimiento de un derecho, su extinción, su modificación, e incluso la consecuencia puede ser una sanción.

De acuerdo a lo anterior una vez realizado un supuesto que otorga un derecho, el reconocimiento de sus efectos es indispensable, ya que de lo contrario el derecho sería nugatorio. Este reconocimiento no implica problema alguno cuando la norma se aplica a las relaciones absolutamente nacionales, el conflicto surge en las relaciones relativa y absolutamente internacionales en las que el derecho se adquiere de acuerdo con la norma de un Estado y se pretende su reconocimiento y eficacia en otro Estado, por ser ya un derecho adquirido.

2.3. TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

La teoría sostiene que los derechos adquiridos, para ser reconocidos y respetados, deben reunir los cuatro requisitos siguientes:

- La existencia de un derecho creado por la ley; esto implica una situación general y abstracta.
- La realización de un acto que le de vida al supuesto.

En este punto ya se está en una situación concreta que da origen a un derecho subjetivo.

- Este derecho subjetivo para ejercerse debe ser reconocido
- El derecho adquirido una vez que se reconoce, debe causar sus efectos, es decir, debe ser eficaz.

Aunque lo justo sería que todo derecho nacido en un Estado, debiera ser reconocido en cualquiera otro, tal razonamiento que sin duda es deseable, no siempre es posible, debido a que existen las siguientes reglas respecto a la aplicación del derecho:

- En el territorio de un Estado, sólo es derecho el que es creado en él.
- El derecho de un Estado no puede tener vigencia en otro.
- Es inadmisibles que un Estado pretenda regular conductas realizadas más allá de sus fronteras²

² TRIGUEROS S., Eduardo. "La aplicación de leyes extrañas. El problema fundamental". *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*. S.N.E. Edit. Jus. México 1941. pág. 18.

De lo expuesto se desprende que el derecho es territorial, por lo que sólo tendrá reconocimiento, validez y eficacia en el territorio en que surgió.

Sí bien el derecho fundamentalmente es territorial tal situación no es absoluta ya que la existencia de una multiplicidad de Estados y las relaciones que se establecen entre sus nacionales dan lugar a vínculos jurídicos, relativa o absolutamente internacionales, y es aquí donde surge la pregunta.

¿Cómo se protegerán las situaciones creadas bajo el derecho de un Estado cuyo reconocimiento y eficacia dependen de las normas de otro Estado?.

Lo anterior implica un dilema, ya que por un lado el derecho es territorial, y, por otro no reconocer y no dar eficacia a derechos u obligaciones surgidos bajo las disposiciones de otro Estado, es contrario al mínimo principio de justicia.

La teoría de los derechos adquiridos busca resolver el dilema planteado y al efecto invoca que su objeto no es dar origen a nuevos derechos, ya que lo único que se pretende es respetar los derechos ya existentes, derechos que ya forman parte de la esfera jurídica de la persona.

En tal sentido la teoría de los derechos adquiridos sostiene que el respeto a tales derechos se lleva a efecto mediante el reconocimiento y la eficacia que el derecho de otro Estado debe darles.

En apoyo de esta teoría, Niboyet³ sostiene que el reconocimiento de los derechos adquiridos exige determinar con precisión:

- ¿En qué momento hay un derecho adquirido? y;
- ¿Qué efectos producirá ese derecho adquirido?.

Hay un derecho adquirido, dice Niboyet, cuando se satisfacen dos condiciones:

- Una interna y
- Otra internacional.

Internamente, el derecho adquirido debe existir.

Internacionalmente el derecho debe haberse adquirido bajo una ley competente.

Satisfechas las dos condiciones, el derecho surgido bajo la norma de un Estado será reconocido y respetado al invocarse en un segundo Estado.

El reconocimiento de los derechos adquiridos conllevaría dos situaciones:

³ NOBOYET, J.P.- *Principios de Derecho Internacional Privado*.-S.N.E.-Editora Nacional S. de R.L.- México.- 1957.- págs. 271 y ss.

- La primera, sería la transposición del derecho adquirido, de los límites de su propio Estado y;
- La segunda, consistiría en la transposición de los límites del Estado cuyo reconocimiento se solicita.

De esta forma se habría logrado la aceptación, el reconocimiento y la eficacia del derecho extranjero.

El reconocimiento y la ejecución del derecho extranjero si bien son un problema también dan lugar a beneficios en aras de la justicia, ya que evitan la impunidad y dan certeza jurídica.

Pese a las bondades del reconocimiento y respeto al derecho extranjero mediante la aceptación de los derechos adquiridos, tal teoría tampoco es absoluta, ya que tiene dos excepciones:

- El Orden Público y;
- La Institución Desconocida.

2.4. ORDEN PÚBLICO

El Orden Público es una figura jurídica del Derecho Internacional Privado.

En forma simplista se le ha definido como la no aplicación del derecho extranjero, tal enunciado en realidad lo que destaca es el efecto del orden público, más no dice lo que realmente es; en consecuencia no lo define ni determina su naturaleza jurídica.

El orden público es una institución protectora del derecho interno cuyo fin es evitar la violación a instituciones fundamentales de un Estado.

El orden público es una excepción ante la obligación que asume un Estado de reconocer y respetar el derecho extranjero, su objetivación se manifiesta en una cláusula que se incluye en todas las Convenciones de Derecho Internacional Privado, cuya finalidad es evitar que en un caso concreto, se aplique una disposición extranjera que esté totalmente en contra de una institución fundamental de ese Estado.

2.5. INSTITUCIÓN DESCONOCIDA

El enunciado Institución Desconocida en forma alguna implica la ignorancia de su existencia, lo que significa es su ausencia en el derecho interno de un Estado.

Es una figura jurídica poco estudiada por diversa razones, dentro de las cuales se pueden destacar:

- La tendencia actual de crear un derecho uniforme que proporcione seguridad jurídica y evite, dentro de lo posible, situaciones de conflicto; su escaso estudio puede obedecer también a que suele confundirse o suplirlo con la institución análoga o con el orden público, ya que las tres instituciones tienen en común como función no aplicar el derecho extranjero.
- La institución desconocida es una excepción al reconocimiento y eficacia de un derecho extranjero y por lo mismo está en íntima relación con los derechos adquiridos; por lo que en este punto para unir estos dos elementos, será necesario retomar la teoría de los derechos adquiridos.

Recuérdese que el reconocimiento y eficacia de los derechos adquiridos exige:

- Que el derecho que se invoca como adquirido, realmente exista dentro de las normas extranjeras y;
- Que ese derecho se haya adquirido bajo una ley competente.

Niboyet consideró que la existencia del derecho adquirido era un elemento interno, en tanto que denominó elemento internacional a que la norma fuera competente.

Cabe aclarar que ambas normas son internas, y que el elemento internacional surgirá en el momento en que se solicite a un segundo o tercer Estado, el reconocimiento y eficacia del derecho adquirido, lo que sólo procederá si la institución o derecho a los que se haya de reconocer y dar eficacia existen en el Estado requerido.

3. ORDEN PÚBLICO, INSTITUCIÓN DESCONOCIDA E INSTITUCIÓN ANÁLOGA

3.1. ORDEN PÚBLICO

De acuerdo a lo expuesto en los puntos anteriores se precisa que, si la institución existe pero es totalmente contraria al derecho que se invoca, se estará frente al orden público por lo que en consecuencia no se aplicara el derecho extranjero.

3.2. INSTITUCIÓN DESCONOCIDA

En el mismo orden de ideas, si la institución que se invoca como derecho adquirido no existe, se estará ante la institución desconocida, en este supuesto el derecho extranjero ya adquirido no será reconocido, respetado ni tendrá eficacia alguna.

Atento a lo anterior, una institución será desconocida cuando no exista en un ordenamiento jurídico concreto, lo que puede ocurrir por una laguna de la ley o porque el legislador considero innecesario incluirla en su sistema jurídico por ser contraria a las necesidades o cultura jurídica de la comunidad.

La institución desconocida no existe en el Estado solicitado por lo tanto, la petición que se le dirija para que reconozca un derecho adquirido en el extranjero, no procedería por ningún motivo ya que:

¿Cómo podría un Estado reconocer un derecho que proviene de una institución a la que sus propios nacionales son ajenos?

A la institución desconocida se le ha querido atribuir la calidad de una imposibilidad moral para aplicar el derecho extranjero y se le ha denominado imposibilidad material.

Procede considerar que la imposibilidad para reconocer y dar eficacia a un derecho subjetivo, proveniente de una institución desconocida o para llevar adelante un procedimiento totalmente ajeno, de ninguna manera debe calificarse como imposibilidad material o moral, ya que sin duda la imposibilidad de aplicar el derecho extranjero es totalmente jurídica.

Es atribución del legislador crear y regular las instituciones jurídicas, por lo que si una institución no ha sido creada, no existe y de lo inexistente no puede derivar ningún efecto, por lo tanto será imposible reconocer y dar eficacia a un derecho que el legislador del Estado solicitado no ha introducido en su régimen jurídico.

3.3. INSTITUCIÓN ANÁLOGA

A fin de centrar lo que debe entenderse por institución análoga, es necesario determinar que se entiende por analogía.

La analogía es una técnica por la cual se aplica a una situación no prevista concretamente en la ley, la misma norma que regula una situación semejante, lo cual implica una adecuación de la norma existente al caso no previsto.

Esta adecuación de la norma para aplicarla a un supuesto no previsto, generalmente implica modificaciones o limitaciones, en función de que la situación no regulada es similar pero no igual, en consecuencia dos situaciones serán análogas

cuando entre ellas exista una identidad parcial, esto es, cuando presente ciertos elementos comunes.

La analogía consiste en atribuir a dos situaciones parcialmente idénticas, una de ellas prevista por la ley y la otra no, las mismas consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso regulado.

En el estudio de la institución desconocida se ha llegado a sostener que la imposibilidad para reconocer y dar eficacia a un derecho podría ser sólo parcial, ya que al presentarse la situación de que ambos Estados tuvieran instituciones análogas reguladas en distintos términos sería injusto desconocer la existencia de tal semejanza.

Sobre la base de que en efecto, sería una injusticia desestimar el reconocimiento y eficacia parcial de un derecho adquirido, de existir cierta semejanza en las instituciones interna y extranjera, se consideró necesario reconocer y dar eficacia al derecho extranjero por ser instituciones análogas.

Esta situación de similitud entre la norma nacional y la extranjera es lo que permite reconocer parcialmente, los derechos adquiridos en otro Estado.

De acuerdo a lo anterior no debe confundirse la institución desconocida con la institución análoga ya que es evidente que se trata de dos figuras totalmente distintas.

En este orden de ideas ante la petición del reconocimiento y eficacia de un derecho extranjero, el juez tendría que realizar un análisis de su normatividad y un juicio de valor en el que, mediante la comparación entre el derecho que se invoca como adquirido y el derecho al que se acude, determine si la institución de la que proviene el derecho cuyo reconocimiento y eficacia se solicita, existe o no en el Estado solicitado, y si de existir es susceptible de reconocerse y darle eficacia total o parcialmente. De este juicio de valor pueden derivar tres situaciones:

- Si la institución que se invoca como derecho adquirido existe pero es contraria al orden jurídico del Estado al que se solicita el reconocimiento y eficacia, tal derecho no se aplicará en función del orden público.
- Si la institución que se invoca como derecho adquirido no existe en el sistema jurídico del Estado al que se solicita su reconocimiento y eficacia se estará ante la institución desconocida y;
- Si la institución existe en el ordenamiento jurídico del Estado ante el cual se solicita el reconocimiento y eficacia de un derecho adquirido, aún cuando tal institución presente diferencias o limitaciones, se estará ante la institución análoga, y en consecuencia se le reconocerá y dará eficacia parcial.

4. LA INSTITUCIÓN DESCONOCIDA Y LA INSTITUCIÓN ANÁLOGA EN EL DERECHO MEXICANO Y EN LA II CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

4.1. DERECHO MEXICANO

Respecto a la institución desconocida y la institución análoga, el artículo 14 del Código Civil Federal y del Distrito Federal establecen:

“No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos”

Esta norma parece insinuar la institución desconocida, sin embargo es incompleta y se limita a regular la figura de la institución análoga, aunque bien podría regular ambas instituciones con sólo eliminar la palabra inicial NO e intercalar la palabra SALVO.

En tal sentido y con el fin de regular las dos instituciones, ambos artículos 14 de los Códigos Civil Federal y del Distrito Federal deberían estar en los siguientes términos:

“Será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, SALVO si existen instituciones o procedimientos análogos”.

4.2. II CONVENCIÓN INTERAMERICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

La II Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado celebrada en Montevideo Uruguay el 8 de mayo de 1979, de la que México es parte, en el artículo 3°

En relación con la institución desconocida y la institución análoga establece lo siguiente:

“Cuando la ley de un Estado Parte tenga instituciones o procedimientos esenciales para su adecuada aplicación y no estén contempladas en la legislación de otro Estado Parte, éste podrá negarse a aplicar dicha ley, siempre que no tenga instituciones o procedimientos análogos”

Como claramente se puede percibir, el artículo transcrito regula tanto la institución desconocida como la análoga y las distingue perfectamente bien, lo que no ocurre en el artículo 14 del Código Civil Federal ni en el Código Civil del Distrito Federal ya que ambos son una copia infiel del artículo 3° de la II Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado.

CONCLUSIONES

1. El Orden Público es el medio jurídico que permite a un Estado no reconocer ni aplicar el derecho extranjero, en una situación concreta, por ser contrario a su régimen jurídico interno.
2. Un Estado, no tiene que reconocer y dar eficacia a derechos adquiridos bajo una institución que para él es desconocida por no contemplarla en su régimen jurídico.
3. El Orden Público y la Institución Desconocida tienen como elemento común no reconocer, aplicar y dar eficacia a normas o derechos adquiridos bajo disposiciones extranjeras.
4. Cuando dos Estados regulan instituciones semejantes, pueden entre sí, reconocer y dar eficacia a derechos adquiridos en la medida que lo permita la institución análoga.
5. La Institución Desconocida y la Institución Análoga son totalmente distintas, ya que la primera no reconocerá ni dará eficacia a derechos adquiridos, por no regular la institución de la que provienen. En tanto que la Institución Análoga siempre permitirá un reconocimiento y eficacia parciales.
6. Los Códigos Civiles Federal y del Distrito Federal sólo regulan la Institución Análoga, por lo que es necesario incluir la Institución Desconocida.
7. La II Convención Interamericana de Derecho Internacional Privado regula tanto la Institución Desconocida como la Institución Análoga.

El derecho internacional en las telecomunicaciones

Salvador Pasquel Velasco*

1. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.1 INTRODUCCIÓN

No tendría sentido el hacer un análisis del Derecho positivo de las telecomunicaciones sin entender las causas profundas que han generado su evolución de un derecho especial regulador, que obedecía a una situación jurídica que podemos denominar mercados cautivos, a un derecho que combina el ánimo liberalizador con el mínimo común denominador de una regulación necesaria e imprescindible.

El nuevo escenario, creado por el impulso acelerado de la revolución tecnológica, llevó a la Comisión de las Comunidades Europeas a plantearse una importante cuestión, que ya la corte de justicia de Luxemburgo había detectado y dejado abierta en su interpretación, a saber la compatibilidad o incompatibilidad de los monopolios de derecho con el Tratado de Roma.

La autoría del monopolio natural, estaba sustentada sobre los cimientos de unos principios filosóficos, económicos y jurídicos de la post-guerra y que era alimentada por intervencionismo del sector público en sectores estratégicos de la economía, se ponían por primera vez por la Comisión en tela de juicio.

1.2 LAS CAUSAS DE LA LIBERACIÓN

- Naturaleza tecnológica
- La digitalización de la información

* Egresado de la Facultad de Derecho, UNAM, con estudios de postgrado en Dirección de Alto Nivel en Telecomunicaciones en la Universidad Tecnológica de Ericsson en Estocolmo, Suecia. Catedrático de las materias de Derecho de las Telecomunicaciones y Derecho Empresarial en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

- Causas económicas
- Otras de contenido político

1.2.1 La digitalización de la información

Existe un monocódigo para la transmisión y el almacenamiento de cualquier tipo de información, y éste es un elemento absolutamente nuevo desde el punto de vista tecnológico que está marcando consecuencias sociales importantísimas.

Estamos acostumbrados a tener diversos tipos de información con alfabetos distintos, con códigos distintos que han dado lugar a terminales distintas, a redes de transmisión distintas. Pero hoy en día la información viaja a través de las nuevas redes, siendo irrelevante su naturaleza, dado que toda la codificación es la misma.

Se transmite por cualquier tipo de red, cualquier tipo de información, fax, teléfono, imagen, datos: por consiguiente pierden su razón de ser las distintas redes de información, fax, teléfono, imagen, datos (triple y cuatro play), por consiguiente pierden su razón de ser las distintas redes especializadas.

1.2.2 Causas económicas

Las telecomunicaciones que ya en la década de los sesenta eran consideradas el tejido nervioso de las sociedades avanzadas; y en los ochentas sus sistemas circulatorio, son consideradas hoy el motor de las economías modernas y se convierten en una industria de industrias.

Nos gustaría destacar que la mayoría de las tecnologías existentes para a puesta en práctica de los servicios avanzados de telecomunicación, no son una ficción, sino una realidad. Pero la técnica por si sola no es suficiente, es necesaria la iniciativa empresarial que conjugue y sepa aprovechar esa tecnología y que rentabilice sus avances.

Es necesario que se cree la dinámica oferta-demanda y que el empresario avezado aproveche esa oportunidad de negocios que le brinda el nuevo marco de las telecomunicaciones.

1.2.3 Causas Políticas

Dentro de las primeras causas han considerado el fenómeno desde la óptica de la desaparición de las fronteras. Las segundas, han profundizado en sus raíces intros-

pectivas; y las terceras como argumento político que ha permitido con fuerza en la doctrina, se plantea la pérdida de función social, lo que necesariamente conlleva que estos acarreen más inconvenientes que ventajas.

1.3 RESEÑA HISTÓRICA

En México tenemos como antecedentes el otorgamiento de dos concesiones de operación de telefonía, una en el año 1894 otorgada a la compañía Mexicana que pertenecía a la ITT y la otra en el año de 1904, que fue otorgada a la compañía sueca Ericsson.

En 1945, nace Teléfonos de México en base a las dos operadoras antes mencionadas con capital privado y capital invertido en la bolsa de valores. Dada esta situación en el año de 1973, el Gobierno Federal vía bolsa, obtiene más del 51 por ciento de las acciones de Telmex, convirtiéndola en un organismo descentralizado dentro del sector de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

En 1990, se vuelve a privatizar Telmex a través de la compra por el Grupo Carso, France Telecom y South Western Bell, cuyas posiciones accionarias han variado teniendo el Grupo Carso la mayoría y cotizándose en la Bolsa Mexicana de Valores y de Nueva York.

En Europa, en 1984, el Consejo de Ministros de la Comunidad Europea recomienda: promover la creación de una infraestructura avanzada de telecomunicaciones en el terreno comunitario.

Facilitar la creación de un mercado común de servicios y equipos y lograr un sector competitivo en el mercado mundial de la industria y los servicios de telecomunicaciones.

Estos tres grandes objetivos se pueden considerar como la respuesta al desarrollo lanzado por Estados Unidos y Japón en aquellos años que se manifestaba específicamente en el campo de las telecomunicaciones.

Posteriormente, en el año de 1987, se publicó y fue aprobado un año más tarde, el libro verde que respondía al último objetivo mencionado, pero además representa por sí mismo, las grandes líneas de la política comunitaria de las telecomunicaciones, al incluir propuestas para impulsar la transformación tecnológica de Europa que permitiera el ingreso de la economía comunitaria en la nueva era de la información.

2. LA ORDENACIÓN INTERNACIONAL DE LAS TELECOMUNICACIONES. MODELOS DE REGULACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Los modelos de regulación en la ordenación internacional de las telecomunicaciones, obedecen al desarrollo de las distintas líneas de política jurídica instrumentadas por la Comisión de las Comunidades Europeas y por los distintos estados miembros de esa comunidad:

2.1 MODELO CONTINENTAL

Este modelo asienta sus postulados sobre la idea de interconectividad e interoperabilidad de los medios de telecomunicaciones, poniendo de manifiesto que estos conceptos no son aislados, sino que están correlacionados con el de servicio universal de telecomunicaciones.

2.2 MODELO ANGLOSAJÓN

Esta tesis parte del principio de autosuficiencia del mercado. Y es precisamente este principio el que ha recibido más críticas del otro sector de la doctrina por entender que era imposible llegar a una liberación basada únicamente en el principio de la desregulación sobre la autosuficiencia del mercado, sin tener en cuenta los postulados previos de estandarización y armonización.

2.3 EL DESARROLLO DE LAS INFRAESTRUCTURAS GLOBALES

La naturaleza, cada vez más internacional de las telecomunicaciones, ha tenido un fuerte impacto en los órganos reguladores. Así pues encontramos las autoridades regionales e internacionales de regulación y las autoridades encargadas de la competencia y del comercio internacional reguladas por la Comisión Europea y la Unión Internacional de las Telecomunicaciones.

3. ORGANISMOS INTERNACIONALES DE TELECOMUNICACIONES

3.1 ORGANISMOS INTERNACIONALES

3.1.1 *La UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones)*

Que la primera organización intergubernamental fundada en 1865, dedicada al sector de las telecomunicaciones. Se convirtió en 1947, en una agencia especializada de las Naciones Unidas en materia de telecomunicaciones, constituida inicialmente por 20 países y teniendo actualmente, 186 estados miembros de este organismo internacional.

Los tres sectores específicos de actuación son los siguientes:

- El sector de radio comunicación
- El sector de normalización
- El sector de desarrollo de las telecomunicaciones

3.1.2 *La CCITT (International Telegraph and Telephone Consultative Committee)*

Este organismo es la principal institución para la definición de estándares técnicos internacionales de carácter global, frente a otros organismos como el ETSI y que tienen un área de actuación de circunscripción europea.

3.1.3 *AHCIET (Asociación Hispanoamericana de Centros de Investigación y Empresas de Telecomunicación)*

Esta asociación desempeña un importante papel reconocido no sólo por la propia comunidad latinoamericana, sino también por la Unión Europea en áreas de tanto interés y proyección tecnológica, como son la promoción de proyectos de I+D (Investigación y Desarrollo), la telefonía pública, la telefonía rural, la transmisión de datos entre otros, jugando así mismo un importante rol en el tema de la normalización.

3.1.4 APT (*Asia Pacific Telecommunity*)

Este organismo tiene su ámbito de actuación en la región Asia-Pacífico y mantiene una estrecha relación con la Organización de Naciones Unidas, teniendo su sede social en Bangkok. Son miembros de ese organismo, 28 países.

En esta área, encontramos también el Comité Especial en Telecomunicaciones de la APEC (*Asia Pacific Economic Convention*).

3.2. ORGANISMOS EUROPEOS

3.2.1 ETNO (*European Telecommunications Network Operators*)

3.2.2 CEPT (*Conférence Européenne Des Postes et Téléphones*)

3.2.3 ETSI (*European Telecommunications Standard Institute*)

3.2.4 EURESCOM (*Instituto Europeo de Investigación y Estudios Estratégicos de Telecomunicaciones*)

3.3. ORGANISMOS INTERNACIONALES DE COMUNICACIÓN POR SATÉLITE

3.3.1 INTELSAT (*Organización Internacional para Telecomunicaciones por Satélite*)

3.3.2 EUTELSAT (*Organización Europea de Telecomunicaciones Regionales por Satélite*)

3.3.3 IMERSAT (*Organización de Telecomunicaciones Marítimas por Satélite*)

La competencia judicial internacional. Dos aspectos para reflexionar

Sonia Rodríguez Jiménez*

SUMARIO. I. Notas introductorias. II. Sectores constitutivos del contenido del Derecho Internacional Privado. III. La importancia de la competencia judicial internacional. IV. La norma de competencia judicial internacional autónoma/convenional. Atribuir y distribuir. V. La norma de competencia judicial internacional *ad intra* y *ad extra*. 1. Ventaja de un sistema competencial autónomo monista. 2. Desventajas de un sistema competencial autónomo monista. 3. Necesidad de una regulación competencial internacional armónica *ad intra*. VI. La norma de competencia judicial internacional sustantiva y adjetiva. VII. Conclusión: Necesidad de algunos parámetros en la normativa competencial actual. VIII. Bibliografía.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Queremos proponer en estas líneas una reflexión sobre dos aspectos que en la actualidad se muestran en el contexto mexicano ciertamente débiles a la hora de regular la competencia judicial internacional, entendida ésta como el primer sector constitutivo del Derecho Internacional Privado (DIPr., en adelante). Una reflexión sobre dos puntos torales que constituyen la base necesaria e imprescindible para contar con una regulación competencial clara y certera; esto es, una previsión normativa actualizada y contextualizada a los distintos supuestos de hecho a los que en la actualidad el DIPr. debe dar respuesta ante su constante planteamiento; en definitiva, una regulación que genere seguridad y previsibilidad jurídica para todos y cada uno de los operadores jurídicos involucrados en un supuesto de hecho con matiz internacional.

* Doctora en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. Sistema Nacional de Investigación, Nivel I. Profesora de la asignatura Derecho Internacional Privado I en la Facultad de Derecho de la UNAM. Profesora de la asignatura de Derecho Internacional Privado en el ITAM y profesora de asignatura en la maestría de Derecho de los Negocios internacionales en la Universidad Iberoamericana.

En concreto, los dos focos rojos que queremos abordar en estas líneas, que justifican y aclaran el título de este trabajo son:

- A) Por un lado, demostrar la necesidad de repensar el actual sistema monista competencial en sus dos frentes: *ad intra/ad extra* y sustantivo/adjetivo, desde que, a nuestro parecer, esta opción no es la vía normativa óptima para regular el sector de la competencia judicial internacional; en este sentido, creemos que la previsión normativa más recomendable sería contar con un sistema dualista que abarque todas las aristas de toda norma competencial: el reparto de manera independiente y contextualizada de la competencia judicial internacional respecto de la competencia judicial interna (territorial), así como la especificación de manera adecuada de las cuestiones sustantivas y adjetivas que se desencadenan alrededor de la determinación de la competencia judicial internacional. Así las cosas, abogamos por la existencia de un sistema dualista que responda de manera específica y particularizada a los problemas que se suscitan en el concreto ámbito regulador de cada una de estas esferas competenciales
- B) Por otro lado, queremos poner de manifiesto la necesidad de repensar la actual normativa autónoma que regula la competencia judicial internacional al hacerlo por exceso y por defecto. Esta última afirmación, aún cuando en sus términos pueda parecer contradictoria son las dos caras de la moneda que en la actualidad presenta la norma competencial mexicana de origen autónomo o común; a lo anterior se le une una problemática más, a saber, la regulación competencial mexicana se realiza de manera esparcida y completamente diferenciada a través de los distintos Códigos de Procedimientos Civiles (en adelante, CPC) que están vigentes en cada una de las entidades federativas y el Distrito Federal. Lo anterior produce, a nuestro juicio, una esquizofrenia jurídica que reduce en extremo la seguridad y, sobre todo, la previsibilidad jurídica.

La regulación competencial por exceso entendemos que se produce cuando un mismo supuesto de hecho puede ser encuadrado en varias fracciones de un mismo artículo, con resultados competenciales diametralmente opuestos (en este sentido podemos mencionar como ejemplo la figura de la ausencia o de la adopción). La regulación por defecto entendemos que se genera cuando buscando respuesta competencial a un determinado supuesto de hecho ésta no se encuentra en la normativa competencial aplicable (por ejemplo, restitución internacional de menores, tráfico internacional de menores, consumidores o seguros, entre otros).

La mencionada esquizofrenia jurídica entendemos que se produce al considerar la materia competencial de carácter local o estatal y no de carácter federal, o, en su caso, no tener un Código único que regule y determine la competencia judicial internacional. El que se considere materia local o estatal es el resultado lógico de la suma de los artículos 73 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM, en adelante). Lo anterior no nos resultaría llamativo ni problemático si todas las entidades federativas y el Distrito Federal contemplaran los mismos criterios competenciales para atribuirse competencia en el plano internacional; esto es, si todas los CPC predeterminaran con los mismos criterios su competencia judicial internacional.

Así las cosas, observamos que estamos ante efectos igualmente nocivos, producidos por la notable ausencia de una normativa competencial *ex nova* y *ex professa*, destinada a regular el primer sector constitutivo del contenido del DIPr.; en definitiva, nuestro objetivo final es la propuesta de una norma competencial autónoma que aborde de manera acertada los cuatro frentes problemáticos que mencionamos arriba.

Para entender en toda su amplitud la problemática que planteamos, estas líneas deben partir de asentar aquellos conceptos básicos y generales que han de estar presentes en toda regulación competencial en aras de conseguir certeza, seguridad y previsibilidad jurídica; generalidades que deben servir para afinar la regulación normativa ideal del primer sector constitutivo del contenido del DIPr.; las conclusiones que se extraen de esta primera aproximación general nos darán la idea de cómo debe ser la regulación competencial y, por ende, nos ayudará a determinar si la previsión normativa actual mexicana se acerca, o no, al estado ideal de una buena y aceptable norma de competencia judicial internacional. Si partimos de señalar los parámetros mínimos en los que se debe mover toda regulación de la competencia judicial internacional podemos ser conscientes del estado en el que se encuentra ésta en el contexto mexicano y si ésta es óptima para resolver de forma correcta un supuesto de hecho privado e internacional.

Así, partimos de analizar la ubicación que debe tener la competencia judicial internacional respecto al resto de sectores que conforman el contenido del DIPr. (Derecho aplicable, reconocimiento y ejecución de pronunciamientos judiciales extranjeros) con la consiguiente reubicación de los otros dos que han estado (y siguen estando) como partes del contenido (nacionalidad y extranjería). La correcta ubicación de este sector servirá para asentar las bases sólidas que consideramos debe tener el instrumento regulador de este primer sector, la norma de competencia judicial internacional. Así las cosas, debemos analizar los elementos, requisitos, características que ha de contener toda norma de competencia judicial internacional para poderlos aterrizar después en la normativa mexicana. Una norma que debe dar respuesta al

plano internacional de manea diferenciada al nacional; debe tener cubierto el plano sustantivo (los supuestos de hecho) y el adjetivo (los problemas procesales derivados de su aplicación); debe regular de manera armónica y uniforme la atribución de competencia judicial internacional al interior de la República mexicana.

La suma de todos estos elementos nos ayudará a dar una respuesta global y adecuada a la regulación que debe presidir toda norma que pretenda responder de manera actual y contextualizada a las necesidades crecientes que surgen en el sector competencial del DIPr. mexicano.

No queremos terminar esta breve introducción sin advertir que las críticas que se vierten en las próximas líneas se realizan con el único objetivo de construir un sistema normativo competencial mejor, más adecuado y necesario para la realidad mexicana.

II. SECTORES CONSTITUTIVOS DEL CONTENIDO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Partimos de afirmar que el contenido del DIPr. está compuesto por la suma de tres sectores, los cuales actúan de forma concatenada y condicionada. Nos referimos particularmente a: a) La competencia judicial internacional; es decir, a la pregunta de “quién” es la autoridad nacional, que se declarará con competencia en el plano internacional, para entrar a conocer y resolver el fondo de una determinada pretensión jurídica; este primer sector es también conocido como competencia judicial directa, b) El Derecho aplicable; es decir, a la resolución del interrogante de “cómo” esa autoridad nacional que se declaró competente a nivel internacional va a resolver el fondo de la pretensión; y, c) El reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras; es decir, los requisitos *sine qua non* que cada ordenamiento jurídico determina como necesarios y suficientes para poder llevar a cabo el proceso de reconocimiento, *exequatur* y ejecución propiamente dicha; este tercer sector es también denominado como competencia judicial indirecta, como contrapunto y complemento al primer sector mencionado.

La anterior afirmación implica necesaria y conscientemente la exclusión de dos sectores considerados tradicionalmente por la doctrina mexicana como constitutivos del contenido de esta disciplina jurídica en el contexto en el que nos hallamos:¹ El derecho de la nacionalidad y la condición jurídica de los extranjeros.

¹ El mantenimiento de estos inerciales sectores no deja de ser objeto de inquietud incluso entre la doctrina mexicana. En este sentido encontramos a Perezniето Castro quien afirma al hablar del

No es éste el momento de abordar con profundidad la explicación respecto a la adopción de esta postura excluyente respecto a dos sectores históricamente encajados en el contenido del DIPr. mexicano; nada más señalaremos que a nuestro juicio el anclaje de ambas aristas tiene más lógica si lo concretamos en otras disciplinas jurídicas tales como el Derecho Constitucional (al regularse ambos aspectos en los artículos 30 a 33 de la CPEUM), como el Derecho Administrativo (por la característica de su proceso de corte administrativo), como el Derecho Civil (por ser afirmado como un “atributo de la persona física”, por ejemplo, de conformidad con el artículo 35.IV del Código Civil para el estado de Coahuila) o, de manera más ambiciosa, por una rama que se denomine, por ejemplo, Derecho de la Nacionalidad y Extranjería o, sencillamente, Derecho Migratorio. Cualquiera de estas ramas jurídicas está más legitimada a nuestro juicio para abordar el estudio de estos dos sectores que el DIPr.

Nuestro impulso para justificar esta exclusión parte de la esencia misma del objeto del DIPr. del cual, de manera unánime, se afirma que son las relaciones jurídicas a las que se les suma *cumulativamente* dos adjetivos: privadas e internacionales. Por lo que respecta al primer adjetivo “privadas” éste viene atribuido en función de las personas que intervienen en una relación jurídica objeto de estudio por esta rama (personas físicas, jurídicas o incluso al Estado cuando éste está actuando con su potestad *iure gestionii*). Por lo anterior, afirmamos que las relaciones jurídicas típicas del DIPr. se dan en un plano horizontal en el que se garantiza la plena igualdad entre las partes que intervienen. En este sentido Calvo Caravaca y Carrascosa González señalan que “es una situación “privada” aquella en la que los sujetos de la misma ocupan una “posición de igualdad”: son “relaciones jurídicas horizontales”. Los sujetos intervinientes deben ser, por tanto, sujetos “privados” o que actúen en calidad de tales”.² Entendemos que la anterior afirmación en torno al

derecho a la nacionalidad que “su objeto es estudiar la relación de una persona en razón del vínculo político y jurídico que la integra a la población constitutiva de un Estado. Se trata de una relación de derecho público y, por tanto, rebasa la naturaleza propia del DIPr. La razón de su inclusión entre los temas que se examinan en esta obra es que en México se han seguido tradicionalmente los planes de estudio de las universidades en Francia, en donde el derecho de la nacionalidad, como ya se mencionó, constituye un tema previo para abordar la técnica o método conflictual, Pereznieta Castro, L.: *Derecho Internacional Privado*, Parte General, Oxford, México, séptima edición, 1999, p. 6.

² CALVO CARAVACA, A-L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, Granada, España, sexta edición, 2005, p. 11. De opinión concordante encontramos a FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, primera edición, Civitas, Madrid, España, 1999, pp. 28 y 29.

objeto de estudio del DIPr. se desvirtúa por completo si introducimos el análisis de las relaciones jurídicas en las que impera una indiscutible verticalidad (entendida ésta como imposición) entre las partes implicadas; este es el caso de la nacionalidad y, por ende, de la extranjería, donde las partes que intervienen, un Estado y el nacional de otro Estado, no están sino en una relación caracterizada por el sometimiento y aceptación por parte de este último de las condiciones impuestas estatalmente. Por tanto, a nuestro juicio, cuando hablamos de nacionalidad y extranjería estamos moviéndonos en el terreno de lo público, no de lo privado.

Al anterior razonamiento se le adiciona que la nacionalidad no debe ser el criterio relevante, a la hora de configurar un ordenamiento jurídico en la parcela normativa que se refiere al DIPr.; así, no creemos que deba ser la solución normativa, al menos en solitario, para determinar la suerte ni de la competencia judicial internacional, ni del Derecho aplicable, ni del reconocimiento y ejecución de pronunciamientos judiciales extranjeros; lo anterior debido al actual contexto social y cultural caracterizado por la incesante y creciente movilidad de las personas, de indiscutible sello transfronterizo, los matrimonios mixtos, los divorcios igualmente híbridos o, los flujos laborales internacionales; por este motivo entendemos que deben tomar el relevo otros criterios para la solución de cualquiera de los tres interrogantes que plantea una relación jurídica privada e internacional y, que por tanto, resuelve el DIPr. Asistimos en este contexto actual al declive de la nacionalidad como criterio único para solucionar el núcleo del DIPr., con el correlativo ascenso de otros criterios como el de domicilio y el de residencia habitual (del menor, del cónyuge, del cónyuge abandonado o del consumidor, entre otros).

En estas afirmaciones debemos contextualizar la importancia que en la actualidad debe otorgarse al Convenio Interamericano sobre domicilio de las personas físicas en el DIPr., firmado y ratificado por México.³ Lo anterior debido principalmente a que regula el marco teórico-conceptual de uno de los criterios que afirmamos que en la actualidad debe cobrar relevante protagonismo para concretar tanto la declaración competencial como la normativa que resolverá global e integralmente una situación jurídica privada e internacional. En este sentido el artículo 2 convencional expone que “el domicilio de una persona física será determinado, en su

³ Las fechas que se manejan por la OEA son el 2/11/87 como firma y ratificación y el 6/12/87 como depósito del instrumento. Cabe mencionar que México a la hora de firmar y ratificar realiza una declaración interpretativa al artículo 3 de este instrumento y en este sentido señala: “que en caso de abandono de incapaces por parte de sus representantes legales, el domicilio de aquéllos se determinará en base a lo establecido por el Artículo 2 de la Convención”. Véase <http://www.oea.org/juridico/spanish/firmas/b-44.html>.

orden, por las siguientes circunstancias: 1. El lugar de la residencia habitual; 2. El lugar del centro principal de sus negocios; 3. En ausencia de estas circunstancias, se reputará como domicilio el lugar de la simple residencia; 4. En su defecto, si no hay simple residencia, el lugar donde se encontrare". Es necesario destacar en este punto que el contenido del mencionado artículo 2 coincide plenamente con la definición autónoma de este concepto en los Códigos Civiles de Baja California Sur (art. 29); Distrito Federal (art. 29); Durango (art. 29); Guerrero (art. 234) y Querétaro (art. 29). Por otro lado, encontramos el concepto de "domicilio" definido con alguna variación en su alcance y elementos constitutivos en los Códigos Civiles de: Aguascalientes (art. 25); Baja California (art. 29); Campeche (art. 33); Coahuila (art. 71); Colima (art. 29); Chiapas (art. 27); Chihuahua (art. 29); Guanajuato (art. 28); Hidalgo (art. 29); Jalisco (art. 72); México (art. 2.17); Michoacán (art. 26); Nayarit (art. 29); Nuevo León (art. 28); Oaxaca (art. 29); Puebla (art. 57); Quintana Roo (art. 552); San Luís Potosí (art. 23); Sinaloa (art. 29); Tabasco (art. 40); Sonora (art. 124); Tamaulipas (art. 24); Tlaxcala (art. 35); Veracruz (art. 37) y Yucatán (art. 20); en estos instrumentos normativos encontramos una redacción que establece que "el domicilio de una persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él; a falta de este, el lugar en que tiene el principal asiento de sus negocios; y a falta de uno y otro, el lugar en que se halle", eliminando así el criterio de la "simple residencia" contemplado en el Convenio. Finalmente, encontramos dos Códigos Civiles que definen el concepto de "domicilio" de una manera completamente diferente. Hablamos en concreto del Código Civil de Morelos (art. 65 donde se hace referencia al domicilio de la persona jurídica. No hemos encontrado definición autónoma de "domicilio" para la persona física) y del Código Civil de Zacatecas (art. 33 el cual a la letra señala que "el domicilio es el lugar que se fija a las personas para el normal cumplimiento de sus obligaciones y para el ejercicio de sus derechos). Del análisis anterior destacamos que algunos estados han hecho mejor que otros la tarea a la hora de definir y delimitar el concepto "domicilio" al apearse literal o aproximadamente a lo establecido en un instrumento de jerarquía aplicativa superior (art. 133 Constitucional). Otros, cuantitativamente en minoría, han decidido dar una definición alejada en extremo de la ofrecida por la Convención Interamericana citada. El problema que se suscita en este punto radica en la armonización de aquellas definiciones que resultan dispares; entendemos que la solución pasa por establecer una clara jerarquía aplicativa entre los instrumentos normativos de origen autónomo y de origen convencional. Así las cosas, entendemos en primer lugar que debe prevalecer el concepto de "domicilio" sostenido en la Convención interamericana respecto a aquellos Estados que también la tengan ratificada y, en segundo lugar, debe hacerse valer el concepto de "domicilio" contenido en estos

dos Códigos Civiles para aquellos casos relacionados con un Estado tercero respecto de este instrumento convencional.

Volvamos al punto de la obsolescencia de la nacionalidad como criterio determinante en solitario de la solución de uno o de varios de los interrogantes que plantea el contenido del DIPr.; en este orden de ideas no tardamos en comprobar que su desuso es manifiesto si observamos en el plano autónomo los puntos de conexión utilizados para la atribución de la competencia judicial internacional, en los distintos CPC, así como para el señalamiento del Derecho aplicable, en los distintos Códigos Civiles. Idéntico comentario cabe realizar si observamos los distintos Convenios internacionales, que procedentes de la Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado (CIDIP-OEA) o de La Haya, México tiene en la actualidad firmados y ratificados.

Como clara consecuencia de lo anterior, al afirmar que la composición del contenido del DIPr. es tripartita nos sumamos a la corriente que de forma mayoritaria se sigue en la doctrina española,⁴ apartándonos así de la que se sigue originalmente en Francia y, por adopción, en México.

Si retomamos entonces la idea original, la estructura tripartita del contenido del DIPr., sostenemos que el primer sector constitutivo del mismo está conformado por la conocida como “competencia judicial internacional”. El objetivo final de este sector es determinar el tribunal nacional que debe entrar a conocer y resolver el fondo de un supuesto de hecho caracterizado por la suma *cumulativa* de dos adjetivos: privado e internacional (norma competencial sustantiva). La respuesta a este primer interrogante se ofrece a través de una única técnica de reglamentación denominada norma de competencia, la cual, en el contexto mexicano, presenta una doble génesis⁵: por un lado, puede tener un origen autónomo, esto es, nos estamos refiriendo al CPC de cada una de las entidades federativas más el del Distrito Federal; por otro lado, puede tener un origen convencional (concretamente dando respuesta al sector competencial de manera temática encontramos instrumentos convenciona-

⁴ Entre otros véase, CALVO CARAVACA, A.L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., *op. cit.*, y Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*

⁵ Encontramos aquí una importante diferencia respecto a las fuentes normativas que se manejan en el contexto comunitario. Así, en la Unión Europea se manejan tres fuentes: el DIPr. autónomo, el DIPr. convencional y el DIPr. institucional. Lo anterior desde que en la Unión Europea existe un poder legislativo supranacional que, a través de Reglamentos comunitarios o Directivas comunitarias, prevé normativamente relaciones jurídicas privadas e internacionales, y cuya incorporación es, en principio, obligatoria para todos los Estados miembros. Lo anterior ocasiona una red normativa elevada, que complica la aplicabilidad de las distintas normas, de no tener el cuidado y conocimiento requerido.

les en materia de alimentos, adopción y restitución internacional de menores. De manera general encontramos la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras). Igualmente de este sector se espera que de respuesta a los problemas procesales que en la afirmación competencial puedan levantarse, como por ejemplo, litispendencia o conexidad internacional, entre otros, (norma competencial adjetiva).

El segundo sector constitutivo del contenido del DIPr. es el denominado “Derecho aplicable” o el mal llamado “norma de conflicto” si se hace una simplificación ciertamente desatinada; este sector responde a la inquietud de saber qué norma material dará solución al fondo de la pretensión planteada pues de ella depende la suerte de la resolución final (norma de derecho aplicable sustantiva); ahora bien, su función va más allá del simple señalamiento de una norma material y así vemos que este sector también debe ofrecer una solución a los problemas que puedan suscitarse con motivo de la aplicación de un Derecho extranjero (bien de su norma de Derecho aplicable o de su norma material). A este interrogante, a diferencia del anterior, se le encauza a través de tres técnicas de reglamentación, a saber, la norma de conflicto (técnica de reglamentación indirecta), la norma material especial (técnica de reglamentación directa) y la norma de extensión (técnica de reglamentación mixta). Podríamos en este punto añadir la discusión existente acerca de si la norma material imperativa, la cual encarna el concepto y contenido del orden público, es también una técnica de reglamentación del DIPr. en este segundo sector. Bastaría como ejemplo señalar dos concepciones doctrinales que parecen contrapuestas; por un lado encontramos a Calvo Caravaca y Carrascosa González quienes determinan que estas normas materiales imperativas no deben ser encuadradas en el DIPr. y para sostener su afirmación señalan, entre otros argumentos, que “1) estas normas se redactan por el legislador con el objetivo de regular situaciones “internas”, no situaciones “internacionales”. Si fuera así, el legislador lo afirmaría, cosa que no hace. Aplicar tales normas a situaciones “internacionales” supone tergiversar la voluntad del legislador y estrangular el entero sistema de DIPr. 2) hacer de toda norma prevista para “casos internos”, una potencial norma aplicable a “supuestos internacionales”, atenta contra la más elemental seguridad jurídica...”.⁶ Por otro lado encontramos a Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo quienes señalan que “las normas materiales imperativas participan normalmente, en el Derecho internacional privado, de la imperatividad más estricta y excepcional que se define en la noción de “orden

⁶ CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I..., *op. cit.*, p. 159.

público internacional”, frente al “orden público interno”.⁷ Entrar a comentar con detenimiento estas afirmaciones, sin demeritar su notable importancia, estimamos excede con creces el objetivo y proyección de este trabajo. En el contexto mexicano este segundo sector constitutivo del contenido del DIPr. se soluciona a través de la norma de génesis autónoma o común, esto es, los distintos Códigos Civiles de las entidades federativas y del Distrito Federal, así como a través de la norma de génesis convencional; en este sector y contextualizado a México encontramos concretamente Convenios en materia de obtención de alimentos, adopción internacional de menores y contratos internacionales, así como la Convención interamericana sobre normas generales de DIPr.

La tercera arista de esta disciplina jurídica es la conformada por la categoría específica que representa el reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras. Este sector tiene como finalidad determinar si el pronunciamiento judicial emitido en un Estado (Estado de origen) puede o no ser reconocido y ejecutado en otro foro nacional distinto (Estado requerido) y, en caso de ser positiva la respuesta, cuáles son los requisitos mínimos y necesarios (*sine qua non*) para poder darle los efectos necesarios; en concreto, nos referimos a los efectos de cosa juzgada (formal y material), título constitutivo (con eventuales actos de ejecución impropios) y título ejecutivo, a dicho pronunciamiento judicial, a fin de que tenga pleno sentido hablar de un “eco extraterritorial”. Este tercer sector, como viene siendo habitual, se responde igualmente a través de dos fuentes normativas de distinto orden jerárquico aplicativo; por un lado, volvemos a encontrar los distintos CPC de las entidades federativas y del Distrito Federal y, por otro lado, el único Convenio internacional firmado y ratificado por México a la fecha, el Convenio bilateral entre España y México sobre reconocimiento y ejecución de sentencias y laudos arbitrales extranjeros de 1989, así como la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros.

A este tercer sector se le puede anexar la cooperación procesal civil internacional entre autoridades, denominada por la doctrina como el “cuarto pilar”⁸ del contenido del DIPr. Que sea denominado como el cuarto sector del contenido del DIPr. o bien se considere como un anexo del tercero, a la competencia judicial indirecta, no impide que reconozcamos la creciente importancia de la cooperación entre autoridades, principal y específicamente si nos referimos a la materia familiar. Sin duda, de no

⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 168.

⁸ DURÁN AYAGO, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico*, Colex, España, 2004, p. 25.

existir cooperación (judicial o administrativa por las denominadas Autoridades Centrales) entre los Estados a través de las autoridades señaladas sería imposible darle sentido pleno al DIPr., y concretamente al DIPr. de enfoque familiar como representa, por ejemplo, la adopción internacional de menores; la restitución/sustracción internacional de menores; el reconocimiento de la obligación de alimentos para menores, cónyuges, excónyuges, parientes colaterales cuarto grado menores o incapaces, concubinos y en filiación adoptiva; divorcio; nulidad matrimonial; separación matrimonial, tutela de menores, impedimentos para contraer matrimonio derivados de la minoría de edad o de la existencia de vínculos familiares, entre otros.

Las notas finales que podemos sacar de las líneas anteriores se resumen de la siguiente manera:

- A) El contenido del DIPr. debe ser actualizado y contextualizado tanto social como normativamente, en función de las realidades y relaciones jurídicas de “reciente aparición”, acoplándose de esta forma a las nuevas exigencias. En este sentido, si bien la nacionalidad y la extranjería pudieron servir de puntos de contacto fundamentales en otras épocas (citamos, por ejemplo, a Niboyet y Pillet⁹), para solucionar uno o varios de los sectores constitutivos del contenido de esta disciplina jurídica, entendemos que hoy deben ser superados, principalmente si éstos se contemplan de forma única. Así, sostenemos que en caso de contemplarse la nacionalidad y la extranjería como soluciones válidas para solventar los interrogantes del DIPr. no debería hacerse aisladamente; por el contrario, si se contemplan como una opción para resolver la competencia judicial internacional o el Derecho aplicable, debe hacerse necesariamente de manera complementaria a otros criterios, como pudiera ser el de residencia habitual o domicilio del demandado, o de la parte débil de una relación jurídica, o el domicilio conyugal, por poner algún ejemplo.
- B) Los tres sectores constitutivos del contenido del DIPr. son enumerados en un orden aplicativo lógico-urídico siguiendo el camino práctico para cualquier

⁹ NIBOYET, J.P. y PILLET, A.: *Derecho Internacional Privado*, Traducción de A. Ramón RODRÍGUEZ, Editora nacional, México D.F., México, 1951. En este sentido, en la selección de la segunda edición francesa el manual de los autores mencionados se define al DIPr. como “la rama del Derecho público que tiene por objeto fijar la nacionalidad de los individuos, determinar el derecho de los extranjeros, resolver los conflictos de leyes referentes al nacimiento o a la extinción de los derechos, asegurar, por último el respeto a estos derechos”.

litigio. Así, la primera presentación de una demanda en un determinado foro nacional pone en marcha en primer lugar la norma de competencia judicial internacional (autónoma o convencional) de dicho tribunal a efectos de que éste se declare competente o incompetente. De ser la declaración competencial el resultado obtenido de dicha aplicación, el tribunal acudirá a su norma de Derecho aplicable (autónoma o convencional, de extensión, conflictual o material especial) y así determinará el Derecho material que resolverá el fondo de la controversia, el cual puede ser, atendiendo a un resultado apegado a la justicia material, la *lex fori* (la norma material del tribunal que se declaró con competencia) o la norma material de un tercer Estado. Al término de esta doble operación tendríamos un pronunciamiento judicial del cual restaría determinar el camino y los requisitos *sine qua non* para el reconocimiento y ejecución de un pronunciamiento judicial extranjero.

- C) De esta nota se derivan dos características que no se pueden desconocer. Una primera nota descansa en afirmar que en el contexto mexicano se proclama el denominado “principio de predeterminación legal de la competencia”; esta máxima quiere decir que el tribunal nacional al que se le presenta una demanda o solicitud se declarará competente o incompetente, únicamente en función de su normativa competencial; concretamente, en razón del cumplimiento o incumplimiento del requisito (personal, territorial o mixto) previsto y requerido por su normativa competencial vigente y aplicable, autónoma o convencional. De esta forma, la declaración competencial de un tribunal nacional mexicano no está condicionada más que por el cumplimiento cabal del criterio establecido en su propia normativa competencial. Lo anterior desemboca en la segunda nota característica que queremos resaltar, a saber, que en el contexto mexicano la competencial judicial no depende de la competencia legislativa; es decir, la competencia del tribunal mexicano no está condicionada por la aplicación de su norma material de cara a la resolución del fondo de la pretensión. Así, se descarta en nuestra regulación el denominado *forum legis*¹⁰ al no hacer depender la declaración

¹⁰ Cfr., CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, *op. cit.*, p. 55; Garau Sobrino, F.: *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universitat de les Illes Balears, España, 2003, pp. 27-28 y Virgós Soriano, M y Garcimartín Alférez, F. J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Civitas, España, 2000, p. 44. Pérez Vera, E., *et al.*: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, UNED, España, 2001, p. 309; Silva, J.A.: *Derecho Internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, Mc Graw Hill, 1997, pp. 74 y 81. Este último autor sostiene que “aunque los estudios sobre la competencia orgánica no han sido tan intensos como los enfocados a la

competencial del tribunal mexicano de la aplicación de su norma sustantiva, de su Código Civil. El *forum legis* implica una ecuación simple: si la norma material aplicable al fondo es la del foro (*lex fori*), el tribunal nacional es como consecuencia directa competente para conocer de un supuesto de hecho privado e internacional; *a sensu contrario*, si la norma material aplicable para resolver el fondo es la de un tercer Estado, el tribunal nacional es incompetente para conocer de ese supuesto de hecho. Esta simple operación le ha valido el “sobrenombre” de “jurisdicción dependiente del derecho aplicable” o “*forum causae*”.¹¹ De haberse seguido en México la figura del *forum legis* tendría sentido invertir el orden de las operaciones que nosotros sostenemos para resolver todo supuesto de DIPr.; lo anterior desde que, por lógica, tendría prioridad saber qué norma material resuelve el fondo a efectos de determinar a continuación la competencia judicial nacional mexicana. Por ello, el orden lógico para entrar a conocer y resolver una situación jurídica privada e internacional, en función del principio de predeterminación legal de la competencia, es fijar primero la competencia judicial internacional, a continuación el Derecho aplicable y, en caso de ser necesario, el reconocimiento y la ejecución de un determinado pronunciamiento judicial.

- D) En este mismo contexto, y derivado de las ideas anteriores, debemos afirmar que estos son los tres sectores han de ser estudiados de manera global en orden a dotar de pleno sentido a una relación jurídica objeto de estudio del DIPr. En este sentido y como afirma la doctrina “los tres sectores que componen el contenido del DIPr. presentan relaciones recíprocas de naturaleza

competencia legislativa, no es posible minimizar el estudio de la primera temática. Existen estudiosos que minimizan el estudio de la competencia orgánica, afirmando que sólo se trata de una cuestión previa y “menos importante que la elección de la ley competente para ser aplicada al hecho”, aunado a un argumento mal entendido, según el cual la norma de competencia orgánica o jurisdiccional es esencialmente territorial”. De parecida opinión es Espinar Vicente, J.M.: *Curso de Derecho Internacional Privado Español, Derecho Procesal Civil Internacional*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993, p. 5; Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, p. 43 quienes afirman que “en un plano lógico, la cuestión de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles se erige como el primer sector del Derecho internacional privado”; y Miaja de la Muela, A.: *Derecho Internacional Privado I, Introducción y Parte General*, novena edición revisada, España, 1985, p. 17.

¹¹ Cfr., BOGGIANO, A.: *Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Abeledo-Perrot, Argentina, 2001, p. 125. Se ha puesto de manifiesto por la doctrina que es un punto funcional, Silva, J.A.: *Derecho Internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial...*, *op. cit.*, p. 87.

lógico-jurídica. Sólo respondiendo a los tres interrogantes se proporciona una disciplina jurídica *global y completa* de las situaciones privadas internacionales”.¹²

- E) La obligada y necesitada respuesta global a un supuesto de hecho privado e internacional, a través de los tres sectores constitutivos del DIPr., se encuentra fragmentada en dos cuerpos normativos autónomos, los CPC y los Códigos Civiles, así como en distintos Convenios internacionales, tanto sectoriales *ratione materiae*, como generales, dando como resultado final una interesante red normativa. A la relación jurídica existente entre estos cuerpos normativos no se les aplica la máxima *lex posterior derogat lex anterior*, lo anterior desde que la relación existente entre ellos no es de derogación-validez; por el contrario, hablamos de una relación de jerarquía aplicativa entre ellos. Si aplicáramos la máxima anterior tendríamos problemas de lagunas normativas de difícil solución y que podrían poner en apuros a los operadores jurídicos en su función de darle una solución final a un determinado planteamiento jurídico. Así las cosas, esta dispersión en la red reguladora de los tres sectores del DIPr. se caracteriza por presentar una distinta jerarquía aplicativa, la cual podría dificultar su correcta aplicación de no interpretarse el artículo 133 Constitucional de una manera lógica, en función de dos parámetros: el cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos con la firma y ratificación de los múltiples Convenios internacionales, así como la responsabilidad internacional derivada de una inaplicación o aplicación incorrecta de esos compromisos internacionales; hablamos de aplicar a este artículo la lógica a la esfera de lo jurídico desde que su redacción actual nos parece ciertamente deficiente y ambigua, la cual eleva considerablemente el grado de inseguridad jurídica y falta de previsibilidad. Lo anterior sin desconocer los esfuerzos que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha realizado en dos momentos concretos para esclarecer el enredo literal que este artículo presenta. En este punto nos preguntamos si en vez de hacer pequeñas “cirugías interpretativas” al artículo 133 de la CPEUM no sería mejor realizar, de una vez y para siempre, una nueva redacción que deje asentado sin lugar a dudas la jerarquía aplicativa entre los distintos instrumentos normativos que configuran el ordenamiento jurídico mexicano y que se encuentran necesariamente involucrados en una relación jurídica privada e internacional.

¹² CALVO CARACAVA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, *op. cit.*, p. 19.

III. LA IMPORTANCIA DE LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

Realizadas las afirmaciones introductorias, que consideramos básicas para el entendimiento de lo que está por afirmarse, centraremos nuestra atención en el primero de los tres sectores que mencionamos al principio.

En este contexto estimamos que la competencia judicial internacional es el pilar fundamental sobre el que se asentarán los otros dos sectores que conforman el contenido del DIPr. Lo anterior se entiende desde que la determinación de la competencia judicial internacional influye decisivamente sobre los otros dos sectores.

Por un lado, respecto al Derecho aplicable, sostenemos que si la competencia judicial internacional se resuelve en sentido negativo no tendrá lugar ni sentido entrar a preguntarle a ese foro nacional por su normativa de Derecho aplicable y la hipotética resolución al fondo que éste hubiera emitido. De esta forma, la apertura del interrogante sobre el Derecho aplicable para resolver el fondo de una determinada pretensión depende de que el sector competencial se resuelva positivamente en función de ese foro. Esta es la operación que alegamos debe realizarse: el primer foro en el que se lleva a cabo la presentación de la demanda o solicitud pone en marcha su normativa competencial (autónoma o convencional); el resultado que se puede obtener de esta sencilla operación es que el tribunal nacional se declare competente o incompetente en función del cumplimiento o incumplimiento del requisito normativo previsto en su norma competencial (predeterminación legal de la competencia). En caso de que el tribunal nacional se declare competente se preguntará a éste mismo foro por el Derecho aplicable y así, recurriendo a la aplicación de su norma conflictual, material especial o de extensión (artículos 13 a 15 del Código Civil del Distrito Federal), aplicará una determinada norma material, la cual necesariamente dará solución al fondo de la pretensión jurídica inicialmente solicitada. El resultado final de esta sencilla operación es que la norma material aplicable al fondo puede proceder de dos distintos ordenamientos jurídicos: a) que resuelva la norma del Estado que se declaró competente (*lex fori*); ello supone una absoluta correlación *foro-ius*, coincidiendo así el Derecho vigente con el Derecho aplicable en ese foro; b) el otro resultado igualmente admitido puede ser que el tribunal nacional declarado competente recurra a la aplicación de la norma material de otro Estado, vinculado suficientemente con el supuesto de hecho por algún punto de contacto razonable, siendo ésta la que de respuesta al fondo. En este último supuesto al aplicar el tribunal nacional la norma material de un tercer Estado no hace coincidir el *foro* con el *ius* y por ende el Derecho aplicable con el Derecho vigente. Cualquiera que sea la resolución final en la aplicación de una u

otra norma material debemos afirmar que ambas han de ser igualmente probables y admitidas.

En definitiva, si la competencia judicial internacional no se concreta afirmativamente en un determinado foro nacional no tiene sentido continuar preguntándole sobre su Derecho aplicable y, correlativamente, por el Derecho material o sustantivo que resuelve el fondo de una determinada pretensión jurídica. Así, la pregunta por la norma de Derecho aplicable y su correlativa norma material tiene sentido que se formule únicamente en el foro nacional donde habiéndose presentado la demanda o solicitud éste se haya declarado con competencia judicial internacional al encontrar predeterminada legalmente su competencia en su normativa de competencia judicial internacional.

Por otro lado, respecto al reconocimiento y ejecución de pronunciamientos judiciales extranjeros, la competencia judicial internacional tiene un efecto y peso de incuestionable valor. Así, no en balde se denomina a la competencia judicial internacional como competencia directa y, al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras como competencia indirecta. Lo anterior se justifica en el contexto mexicano por la ausencia de una confianza a la hora de realizar las operaciones de reconocimiento, *exequatur* y ejecución. Ausencia que se refleja tanto en el plano autónomo (artículos 599 y ss del CPCDF) como en el plano convencional (Convenio bilateral España y México en su artículo 4 y la Convención interamericana sobre eficacia extraterritorial en su artículo 2 así como el artículo 1 de la Convención interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras). En este sentido, sostenemos que el tribunal nacional que funge como el de destino de un pronunciamiento (en este contexto nos referiremos únicamente a los de origen judicial) entrará a revisar la competencia del tribunal nacional de origen con la única finalidad de conceder o no dicha eficacia extraterritorial. De esta forma, si la competencia judicial directa no está sustentada en criterios atributivos “próximos”, “lógicos” y “razonables”, esto es, si la declaración competencial está cimentada en los denominados foros “exorbitantes”, se puede esperar una garantizada frustración del reconocimiento y la ejecución de dicho pronunciamiento judicial. Por ello, estimamos que es fundamental que el tribunal nacional se declare competente en función de los criterios competenciales “neutrales”, “lógicos”, “próximos” y “razonables” que deben aparecer establecidos en su norma competencial. Ahora bien, el resultado exitoso del reconocimiento y ejecución de un pronunciamiento judicial no depende del tribunal nacional sino más bien del poder legislativo, el cual tiene en sus manos el diseño de la normativa competencial autónoma y por ende de los criterios atributivos de competencia judicial internacional. Aún cuando el camino a recorrer en el

diseño de los puntos competenciales y su determinación como “neutrales” o como “exorbitantes” parezca estar teñido de amplia subjetividad podemos señalar que en el actual contexto internacional-privatista su grado es mínimo. En este sentido hemos asentado que algunos criterios que consideramos “débiles” o “exorbitantes” para atribuir competencia judicial internacional son, entre otros, el lugar de celebración del matrimonio para un supuesto de divorcio o separación matrimonial, o, el lugar de fallecimiento del autor de la herencia para una acción de petición de la herencia, acciones contra la sucesión antes de la partición y adjudicación de los bienes así como para acciones de nulidad, rescisión o evicción de la partición de la herencia. En este orden de ideas consideramos necesario hacer una matización y así mencionamos que un mismo criterio competencial puede ser considerado como “neutral” o “exorbitante” de conformidad con el supuesto de hecho en el que se inserten. Como ejemplo se nos ocurre mencionar el criterio competencial del “lugar donde se encuentra o se presupone que se encuentra un menor”, el cual es un criterio competencial “próximo”/“razonable” en un supuesto de restitución o tráfico internacional de menores y, “débil”/“exorbitante” en un supuesto de obtención de alimentos internacionales para menores.

Para concluir con esta idea podemos mencionar que el diseño competencial existente en otros Estados y los consecuentes resultados en el reconocimiento y ejecución de sus pronunciamientos judiciales, pueden ser guías útiles y necesarias para diseñar otra normativa competencial, asegurándose que ésta esté caracterizada por las notas de “proximidad” y “razonabilidad”, en orden a garantizar la necesaria continuidad de los pronunciamientos judiciales.

No es el momento de entrar a analizar el peso que la excepción de orden público (nacional o internacional) tiene para impedir o bien autorizar el reconocimiento y ejecución de un pronunciamiento judicial extranjero. De forma breve afirmaremos que para que un pronunciamiento judicial sea reconocido y ejecutado en un Estado distinto al que se emitió es necesario que el juez de destino revise dos puntos concretos: declaración competencial del tribunal de origen y la necesaria adecuación con el orden público del tribunal de destino. Al no existir, como sucede en el ámbito comunitario, un principio de “confianza comunitaria”, toda decisión que sea emitida por un tribunal mexicano será revisada en dos puntos claves: a) en la declaración competencial y b) en el orden público.

Si unimos las afirmaciones vertidas hasta este punto necesariamente concluimos que la primera exigencia en DIPr. es que la competencia judicial internacional se encuentre bien cimentada a través de un correcto diseño de la normativa competencial; lo anterior en aras de dar pleno sentido al sector del Derecho aplicable y del reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales extranjeras. Las consecuencias

de contravenir esta sencilla exigencia son claras y contundentes: si la norma de competencia recoge puntos de conexión débiles no tendrá sentido responder (razonada y motivadamente) al segundo sector, puesto que dicho defecto tendrá una sanción indirecta al llegar al reconocimiento y ejecución. De poco o nada sirve tener una decisión bien fundada y motivada en Derecho si existe un defecto en la atribución de competencia del tribunal nacional que emitió dicho razonamiento canalizado en un pronunciamiento judicial. De esta forma, si la competencia *ad extra* no está bien determinada el pronunciamiento judicial emitido en función de la misma no será reconocido y ejecutado en ningún otro foro extranjero. Si la competencia judicial internacional está bien fundada, en criterios “neutrales”, se ofrece la garantía de que cualquier pronunciamiento judicial, salvo que su contenido sea contrario al orden público, será reconocido y ejecutado en otro Estado.

Las anteriores afirmaciones cobran sentido al sustentarse que el fin último del DIPr. es dar solución a la “discontinuidad”¹³ que se produce en el espacio por la existencia en el supuesto de hecho con un contacto relevante con más de un Estado; este objetivo se alcanza cuando el pronunciamiento emitido en un foro tiene el debido seguimiento en otro, a través del reconocimiento y la ejecución del mismo. Así las cosas, sostenemos que todo pronunciamiento que no resista el “paso de frontera” se clasificará como un “pronunciamiento claudicante” el cual deja sin sentido el objetivo global del DIPr., al desvirtuar por completo la función de esta rama jurídica, a la par que deja sin sentido el principio de economía procesal, dando origen a dilaciones indebidas o un excesivo gravamen para la parte actora. Lo anterior desde que las partes tendrán que dar inicio a un nuevo proceso, habiendo gastado inútilmente tiempo, dinero y esfuerzos.

IV. LA NORMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL AUTÓNOMA Y CONVENCIONAL. ATRIBUIR Y DISTRIBUIR

Por lo que se refiere a la norma de competencia judicial internacional, única técnica normativa que da respuesta al sector competencial afirmamos en este apartado que ésta puede tener una doble génesis: autónoma y convencional.

Respecto a la normativa competencial autónoma sostenemos que ésta viene pincelada, diseñada, de conformidad con los intereses y concepciones de cada uno de los poderes legislativos estatales. Así, cada poder legislativo determina cuándo

¹³ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado...*, op. cit., p. 24.

su poder judicial se declarará con competencia judicial internacional y cuando, *a sensu contrario*, debe declararse incompetente en este concreto plano internacional. El poder legislativo puede ser unitario y centralizado (España y su Ley Orgánica del Poder Judicial) o descentralizado (México y los diversos CPC).

En el contexto mexicano esta vertiente autónoma se encuentra determinada en los CPC de las distintas entidades federativas y del Distrito Federal, al ser ésta una materia de carácter local o estatal y no federal como resultaría más lógico. Lo anterior se afirma como resultado de la suma del artículo 124 y 73 Constitucional. Mientras el artículo 124 señala que toda facultad no conferida expresamente a la federación se entenderá, por exclusión, otorgada a los estados, el listado de materias, *numerus clausus*, recogidos en el artículo 73, al no comprender el DIPr., o, concretamente, los supuestos de hecho típicos de esta rama, da como resultado (ilógico) que estamos ante una materia de carácter estatal. De esta forma, en el contexto mexicano, la norma competencial autónoma depende de la concepción soberana de cada entidad federativa y del Distrito Federal. Lo anterior comprende *pros* y *contras* que no podemos desconocer y a las que nos referiremos en líneas posteriores.

Respecto a la norma competencial convencional hemos señalado que tenemos Convenios sectoriales, por razón de la materia (concretamente alimentos, adopción y restitución internacional de menores) y un Convenio de carácter general como es la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras. Una normativa convencional que en materia de alimentos y adopción internacional de menores cuenta en México con sendas declaraciones interpretativas cuyo contenido y alcance resulta más que cuestionables.¹⁴

De esta primera clasificación se derivan importantes consecuencias que van más allá de una discusión meramente semántica. Nos referimos a la ecuación: norma autónoma-atribuye y norma convencional— distribuye. Así las cosas, queremos iniciar con el concepto ideal de reparto de cada una de las normas dependiendo de su origen para que, en segundo lugar, podamos analizar (a la par que proponer) el encabezado del actual artículo 156 del CPC del Distrito Federal al llevar congé-

¹⁴ Véase RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.: *Eficacia extraterritorial de las sentencias mexicanas en materia de alimentos. Especial consideración a la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias*, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol. VII, 2007, pp. 281-313 y *Las declaraciones interpretativas de las Convenciones Interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción*, Memorias del II Seminario Taller Internacional de Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada, IJ-Porrúa, México, *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coord.), pp. 123-154.

nito un defecto de redacción, en todo punto subsanable, al invertir el orden de la mencionada ecuación y así distribuir la competencia en el orden internacional. No todos los CPC de las entidades federativas repiten el defecto que manifestaremos en relación al CPC del Distrito Federal. Como muestra mencionamos el artículo 40 del CPC de Coahuila, el cual menciona en su encabezado que: “es órgano judicial competente por razón de territorio en el estado de Coahuila”. De esta sencilla redacción vemos que la normativa competencial autónoma del CPC de Coahuila atribuye competencia, realiza un reparto unilateral, respetando el binomio señalado.

De una lectura al artículo 156 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal se observa que la norma competencial autónoma realiza un reparto distributivo, bilateral; lo anterior se produce al señalar de manera genérica que “será juez competente” y no aterrizarlo al juez del Distrito Federal; así, tras este encabezado no se realiza un reparto unilateral, atributivo, de la competencia judicial internacional, como debiera ser. Con este encabezado podemos concluir que la normativa competencial autónoma acepta facultades propias de la normativa competencial convencional. De esta forma se rebasan los límites congénitos de toda normativa competencial autónoma.

Veamos un ejemplo del efecto atributivo limitado que presenta (o debe presentar) la normativa competencial de origen autónomo; el artículo 156. XIII del CPC del Distrito Federal señala: “Es Juez competente: XIII. En los juicios de alimentos, el del domicilio del actor o el del demandado, a elección del primero”.¹⁵ Supongamos un caso de alimentos entre particulares (situación jurídica privada) donde el domicilio del acreedor de alimentos está en México y el del deudor está en España (situación jurídica con elemento de internacionalidad). Observamos como primer rasgo general que la situación descrita presenta los dos adjetivos *cumulativos* (privado e internacional) propios de una situación jurídica objeto de estudio por el DIPr. La segunda generalidad es que el artículo transcrito es una normativa competencial de origen autónomo, afirmación que se traduce en que este artículo inserto en el CPC del Distrito Federal debe presentar un efecto atributivo de competencia judicial internacional de alcance limitado. Derivado de esta segunda afirmación observamos que la teoría general del DIPr., impone que esta normativa debe presentar un carácter unilateral, atributivo, de competencia judicial internacional, limitándose a declarar la competencia en la esfera internacional de sus tribunales nacionales, o, *a sensu contrario*, la incompetencia judicial internacional. A pesar de lo anterior se puede observar que el artículo 156 del CPC transcrito es una norma que distribuye

¹⁵ Adicionada, D.O.F. 3 de enero de 1990.

competencia judicial internacional; es decir, es una norma que realiza un reparto bilateral y no unilateral como es de esperar.

Las dos hipótesis que se abren con la actual redacción del 156 del CPC señalado son:

- a) Si el actor elige el domicilio del acreedor (México) para presentar su demanda de alimentos estaría señalando a los tribunales mexicanos como los competentes. Así la potencialidad de la competencia de los tribunales mexicanos se materializa y concreta; se reúne en el tribunal mexicano la predeterminación legal de la competencia y la presentación de la demanda, es decir, los dos requisitos necesarios para declararse competente y entrar en el conocimiento del fondo del supuesto de hecho y emitir consecuentemente un pronunciamiento judicial. Esta primera posibilidad resulta viable y lógica, así, el tribunal mexicano se va a declarar competente en virtud del señalamiento que realiza su propia normativa autónoma. Hasta aquí no hay razón para el sobresalto y la confusión.
- b) Por el contrario, y en función de la posibilidad otorgada por esta norma competencial, en el supuesto de que el actor eligiera el domicilio del deudor de alimentos, esto es España, como el juez con competencia judicial internacional para conocer del supuesto de alimentos, toparía con el absoluto desconocimiento por parte de los jueces españoles del señalamiento específico que realiza la normativa competencial autónoma mexicana. El juez español no se declarará con competencia judicial internacional por las disposiciones competenciales establecidas en la normativa autónoma mexicana. Cuestión distinta es si su propia normativa competencial (la Ley Orgánica del Poder Judicial española) le atribuye competencia judicial internacional, en cuyo caso será en virtud de su normativa competencial (y no de la normativa competencial autónoma mexicana) que declare su competencia judicial en la esfera internacional. Así, aún cuando el resultado competencial sea el mismo y en sentido afirmativo, el camino argumentativo no sería igual. En este sentido debemos alegar el cuidado que deben tener los tribunales nacionales tanto en la forma (la norma competencial alegada como aplicable) como en el fondo (el criterio de conexión) de cara a la declaración competencial.

En función del artículo establecido como ejemplo creemos que su redacción podría ser diferente para poder evitar equívocos y pudiera ser ésta en los siguientes términos: “en el orden civil los tribunales mexicanos del Distrito Federal serán competentes: XIII. En materia de alimentos cuando el acreedor de los mismos tenga

su residencia habitual o su domicilio en territorio mexicano". Con esta propuesta se está garantizando que no existe una extralimitación del poder legislativo a la hora de atribuir competencia al poder judicial mexicano. Extralimitación que creemos que se produce con la actual redacción del 156 del CPC del Distrito Federal.

Debemos advertir que esta normativa reparte competencia por razón del territorio y es una norma expedida por el poder legislativo del Distrito Federal para tener sentido, alcance y aplicación de manera exclusiva dentro del Distrito Federal. Por lo anterior, afirmamos que este artículo competencial no puede declarar la competencia de otros tribunales que no sean específicamente los del Distrito Federal. La mencionada extralimitación se materializa en el supuesto de que el domicilio de una de las partes esté situado en otra entidad federativa o en otro Estado, en cuyo caso se está señalando como competente a los tribunales de esa otra entidad federativa o de ese otro Estado. Este señalamiento debe ser considerado como nulo y sin efectos en el intento de multilateralizar la atribución de competencia judicial internacional.

En resumidas cuentas, la normativa competencial autónoma debe repartir unilateralmente la competencia judicial internacional, debe atribuir. De esta forma el cumplimiento del punto de conexión inserto en la normativa competencial actúa como una condición *sine qua non* para la declaración de la competencia judicial internacional; si se reúne en los tribunales mexicanos la condición inserta en la normativa competencial declarará su competencia; *a sensu contrario*, si el tribunal mexicano no reúne el punto de conexión lanzado por la normativa competencial autónoma se supone que no tiene su competencia predeterminada debiendo declarar necesariamente su incompetencia sin poder extender más allá sus facultades.

En este orden de ideas señalamos que no es aconsejable que la redacción de la normativa competencial autónoma sea multilateral. Ahora bien, el profesor Fernández Arroyo ha suavizado las anteriores afirmaciones señalando que "la formulación aparentemente multilateral de las normas de jurisdicción contenidas en los sistemas autónomos no debe confundirnos. (...). Esto significa que por más que en algunos sistemas estatales las normas de jurisdicción internacional se redacten de forma multilateral, debemos tomarlas como reglas unilaterales, exclusivamente dirigidas a los jueces del Estado que las dicta".¹⁶

Siguiendo esta corriente se ha llegado a establecer la distinción entre el verbo "enviar" y el verbo "asumir" respecto a la característica unilateral que debe re-

¹⁶ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (coord.): *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalia, Argentina, 2003, p. 151

vestir toda norma de competencia judicial de génesis autónoma. En este sentido se señala la posibilidad de que una norma de competencia judicial internacional autónoma establezca la competencia de un tribunal extranjero no traduciendo necesariamente en una asunción de competencia judicial internacional por parte de este tercer tribunal. No creemos que esa posibilidad ayude a alcanzar la seguridad jurídica en cuanto al señalamiento de la competencia. Sostenemos que el “envío” que realiza la normativa competencial autónoma a los tribunales nacionales de un tercer Estado tiene poca relevancia así como una nula aceptación por terceros órganos jurisdiccionales. Lo anterior con una importante salvedad, a saber, que la norma de competencia judicial internacional de carácter autónomo de ese tercer Estado le atribuya competencia judicial internacional a sus tribunales nacionales. En este caso, la declaración de competencia de ese órgano jurisdiccional se producirá de conformidad con su normativa competencial autónoma mas no con el referente de la normativa competencial del primer Estado.¹⁷

En todo caso lo único que está haciendo la norma de competencia autónoma es *reconocer unilateralmente*¹⁸ la competencia de un tribunal extranjero, reconocimiento que sólo tendrá eco y recepción si la norma de competencia de ese Estado igualmente le predetermina su competencia. Esa atribución tendrá siempre un carácter unilateral, es decir, para el Estado que lo predetermina en su normativa competencial autónoma, no se bilateralizará en ningún caso; cuestión distinta es que exista una correlación exacta entre las normas de competencia judicial internacional de los Estados implicados.

En resumidas cuentas, estimamos que para evitar confusiones innecesarias la norma autónoma no debe presentar una redacción multilateral que pueda conllevar

¹⁷ En este sentido el profesor Silva ha señalado que “agreguemos a la vez en el caso de las normas internas, que no es posible pensar que una ley interna pueda establecer que el tribunal competente para conocer y resolver de equis asunto sea un tribunal extranjero, porque ello significaría que un Estado estaría legislando respecto a lo que debe hacerse en otro. En todo caso, cuando la ley de un Estado establece que el tribunal competente puede ser un extranjero, ello no quiere decir que necesariamente el tribunal extranjero deba *asumir* la competencia, sino que solamente se indica por esa ley, que el Estado expedidor de esa ley, es incompetente para conocer de equis asunto y que por tanto, le *envía la competencia* a un tribunal extranjero. En el extranjero, toca al tribunal decidir si acepta o no la competencia que se le envía. Debemos entonces diferenciar el caso en que una norma *envía* la competencia hacia un tribunal extranjero, del hecho de que tal tribunal extranjero deba *asumir* la competencia que se le envía”. Cfr., Silva, J.A.: “Estructura de la norma de competencia judicial civil y comercial internacional (consideraciones en torno al sistema mexicano)”, *Jus*, Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de C. Juárez, Núm. 9, 1990, p. 25 y Silva, J.A.: *Derecho Internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, op. cit., p. 77.

¹⁸ Cfr., SILVA, J.A.: *Derecho Internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial...*, op. cit., p. 77.

equivocos en los distintos operadores jurídicos. Para nosotros cualquier intento por bilateralizar o formular de manera multilateral la norma de competencia judicial de origen o fuente autónoma es absolutamente ineficaz y de nulo alcance desde la perspectiva del tercer Estado.¹⁹

Estas mismas afirmaciones se repiten cuando la normativa competencial autónoma extranjera pretende atribuir competencia a los tribunales mexicanos. Así, el juez mexicano siempre declarará su competencia o incompetencia judicial internacional basándose en su normativa interna (sea ésta autónoma o convencional), pero nunca en la normativa extranjera. Para que un tribunal mexicano afirme o rechace su competencia judicial internacional debe acudir únicamente a lo predeterminado legalmente en su norma de competencia judicial internacional. En ningún momento el juez mexicano fundará su competencia en una normativa competencial extranjera. Esto es lo que se denomina como “tesis del reenvío de competencia judicial”.²⁰ Cualquier señalamiento a los tribunales mexicanos como competentes realizado por la normativa competencial extranjera será desdeñado por el poder judicial mexicano, salvo que su normativa competencial le determine como competente.

Las anteriores afirmaciones se sustentan firmemente en el concepto de soberanía, que aunque muy diluido en los tiempos modernos, no deja de tener su importancia y reflejo en el contexto de estas afirmaciones. En este sentido consideramos que la jurisdicción se considera una de las funciones primordiales de todo Estado por lo que “resulta impensable que un juez pueda considerarse competente en función de lo que establezcan las normas de jurisdicción vigentes en otros Estados y no en el suyo”.²¹

Nuestra última afirmación tiene un marcado carácter procesal, en este sentido, el que la norma de competencia judicial internacional tenga un carácter unilateral

¹⁹ En este sentido se expresa Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo al señalar que “bilateralizar una norma de competencia judicial internacional prevista en un sistema de Derecho internacional privado “autónomo” deviene algo totalmente ineficaz, toda vez que el Tribunal extranjero designado no quedaría vinculado en modo alguno por tal mandato” en *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 85.

²⁰ CALVO CARAVACA, A-L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, op. cit., p. 47. En este sentido afirman que de consultar las normas extranjeras de competencia judicial internacional “dañaría la Soberanía estatal, ya que cada Estado fija de modo soberano los casos en los que interviene su Poder Judicial”.

²¹ FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (coord.): *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, op. cit., p. 151; Calvo Caravaca, A-L. y Carrascosa González, J.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, op. cit., p. 47 y 124; Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo, S.: *Derecho Internacional Privado*, op. cit., p. 85 e Iglesias Buigues, J.L.: *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la CEE y en Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, España, 1977, p. 25.

o atributivo desemboca en una importante consecuencia procesal, a saber, que presentada una eventual excepción declinatoria ante el órgano jurisdiccional declarado como competente, de prosperar dicha excepción, este órgano actuará simplemente manifestando su incompetencia, mas no declarando o señalando qué otros Tribunales de otros Estados serán los competentes para conocer del supuesto de hecho plantado.²² Consecuencia procesal que cambia diametralmente cuando la norma de competencia judicial internacional no es unilateral sino bilateral, es decir, no es de origen autónomo sino convencional.

V. LA NORMA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL AD INTRA Y AD EXTRA

Este apartado debe partir de la afirmación de que la actual regulación competencial mexicana se basa en un sistema monista y no dualista. Sostenemos que en México no existe un sistema competencial legal sino tantos como entidades federativas más el Distrito Federal, lo cual da un total de treinta y dos regímenes legales más el federal. En este sentido nos llama la atención (al tiempo que nos inquieta) que el reparto de competencia judicial internacional se realiza a través del mismo cuerpo normativo (los CPC), del mismo artículo, e incluso, de las mismas fracciones, que se utilizan en el reparto de competencia territorial nacional. En este sentido, el DIPr. utiliza para repartir competencia judicial *ad extra* el mismo cuerpo normativo que el Derecho Procesal para repartir territorialmente competencia judicial *ad intra*. Estamos ante un binomio inseparable y confundible, normativamente hablando, "competencia judicial civil internacional-competencia territorial".

Nuestra inquietud se centra en determinar si dicha coincidencia resulta lógica y adecuada o, si por el contrario, supone una situación ineficiente y necesitada de reforma. Así, derivada de esta inquietud nos preguntamos si las previsiones, situaciones y respuestas que ofrece el Derecho procesal son perfectamente extrapolables al DIPr.

Desde la óptica del DIPr. la existencia de un sistema competencial monista trae tanto ventajas como desventajas que no caben desconocer. Si pudiéramos poner en una balanza las ventajas y desventajas de esta opción normativa estamos seguros de la inclinación hacia las desventajas, cualitativa y cuantitativamente hablando. Por la anterior afirmación (la cual resta comprobar) estimamos que es necesario y

²² En este sentido se expresa también, en un contexto español, Pérez Vera, E. *et. al.*: *Derecho Internacional Privado*, *op. cit.*, pp. 303-304.

oportuno crear un sistema competencial dualista que reparta, primero y específicamente, la competencia judicial internacional y después, con carácter complementario y contextualizado, que proceda a repartir la competencia territorial interna. Esta propuesta parte de la necesidad de que la República mexicana, bien a través de la creación de una Ley General o de un Código modelo, del CPC del Distrito Federal o de los CPC de las restantes entidades federativas, tenga una normativa competencial que de forma *ex nova* y *ex professa* regule las especificidades competenciales que se producen en el ámbito internacional y que en poco coinciden con las existentes en el plano nacional.

Para reforzar esta idea no cabe obviar que cuando estamos ante situaciones jurídicas privadas e internacionales la primera etapa procesal es determinar la competencia *ad extra* para después, como segunda etapa procesal, dar respuesta a la competencia *ad intra*. A pesar de que se pueda generar alguna confusión estamos hablando de dos etapas procesales diferidas, diferentes y condicionadas.

Esta última característica se materializa desde que la declaración de incompetencia internacional influye negativamente en la declaración de competencia territorial interna. Si un tribunal no es competente en la esfera internacional tampoco lo será en la nacional. En este orden de ideas debemos partir de la diferencia entre la declaración de incompetencia a nivel internacional y la nacional, al implicarse distintas cuestiones en cuanto acceso a la justifica y el derecho de defensa.

1. VENTAJA DE UN SISTEMA COMPETENCIAL AUTÓNOMO MONISTA

La ventaja que presenta un sistema monista para repartir competencia nacional e internacionalmente es la armonía y plena coherencia que se produce entre ambos planos competenciales-procesales. En este sentido, México evita caer en absurdos jurídicos motivados por la falta de seguimiento competencial internacional y nacional. El DIPr. es una técnica de reglamentación indirecta que busca en su primer escalón determinar el tribunal nacional (neutral) que debe declararse con competencia internacional para conocer de un supuesto de hecho privado con elemento de extranjería. La posterior concreción en un tribunal mexicano es tarea del Derecho Procesal desde que excede del objetivo del *iusprivatista*. Por ello, determinada la competencia judicial internacional debemos acudir a los criterios procesales internos (materia, grado, cuantía y territorio), para concretar en un tribunal mexicano el conocimiento y resolución del supuesto planteado.

El sistema monista garantiza que la función de complementariedad existente entre estas dos ramas jurídicas se realice sin el absurdo lógico-jurídico de fijar la com-

petencia en el plano internacional y no poderla concretar en el nacional quedando de este modo sin un tribunal nacional competente. El absurdo se produce cuando al cumplir el poder judicial mexicano con el criterio competencial *ad extra* ninguno de sus tribunales cumple con los requisitos *ad intra* necesarios para concretar esa competencia territorialmente. El sistema monista garantiza que resuelta positivamente la primera etapa competencial ésta tendrá su necesaria concreción territorial.

2. DESVENTAJAS DE UN SISTEMA COMPETENCIAL AUTÓNOMO MONISTA

Frente a esta destacada ventaja el sistema monista presenta ciertas desventajas, que a nuestro juicio opaca la faceta positiva de esta opción reguladora.

La más importante es que esta alternativa reguladora no ofrece una respuesta específica a los distintos problemas que la aplicación de la competencia en el plano internacional presenta. La norma de competencia territorial a la hora de realizar su reparto lo hace en función del contexto nacional mexicano, sin tener en cuenta las peculiaridades del plano internacional. Si de manera puntual es posible hacer una extrapolación armónica de los conceptos procesales nacionales al plano internacional esta operación no siempre resulta exitosa. Prueba de esta falta de correlación la encontramos, por ejemplo, en los conceptos de “tutela judicial efectiva”, “emplazamiento”, “litispendencia”, “conexidad” o “foros multisubjetivos por pluralidad de demandados/litisconsorcio pasivo”; conceptos que proceden del Derecho Procesal y que forzosamente necesitan una ligera matización cuando los trasladamos al DIPr.

De igual manera el contenido actual de los CPC contemplan los supuestos de hecho que se consideran relevantes en el ámbito nacional, sin que necesariamente coincidan con las necesidades internacionales. En este sentido consideramos que cualquier concepto, idea o plazo debe ser matizado en su huída del plano nacional y correlativa inserción en el plano internacional.

La propuesta de un sistema dualista parte de dotar de contenido específico tanto a la parte sustantiva como adjetiva de la competencia *ad extra*. De esta forma el *iusprivatista* diseñaría su normativa competencial (sustantiva y adjetiva) de la manera que considerara conveniente de conformidad con las necesidades y realidades del actual DIPr.; por su parte el procesalista haría lo conducente respecto a sus criterios de reparto internos. Lo anterior no significa que este desdoblamiento de tareas se haga sin conexión. Al contrario, para seguir manteniendo la misma armonía que se proclama del sistema monista, ambas determinaciones competenciales deberían hacerse de forma complementaria.

Para finalizar este apartado y ponerlo en sintonía con el anterior podemos determinar que una destacada desventaja que presenta el sistema monista frente al dualista, y concretamente en el CPC del Distrito Federal, es la desvirtuación del reparto unilateral de la competencia judicial civil internacional que toda norma competencial autónoma debe realizar. Así, podemos encontrar la justificación de la alteración del binomio que afirmábamos en el apartado anterior por la inexistencia de una norma competencial realizada y aterrizada para el contexto internacional.

3. NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN COMPETENCIAL INTERNACIONAL ARMÓNICA *AD INTRA*

La existencia en el contexto mexicano de un sistema federal determina la convivencia de un conjunto de CPC por cada estado de la federación; como ya se afirmara presenciamos la coexistencia de treinta y dos Códigos vigentes más el federal. Lo anterior no representaría mayores problemas, ni llamaría nuestra atención, si todos tuvieran contemplado los mismos supuestos de hecho y los mismos criterios para declarar su competencia o incompetencia en el plano internacional. De esta forma nuestra inquietud se genera al comprobar que no todos los CPC presentan la misma estructura ni el mismo contenido en las diversas fracciones que establecen.

Aun cuando podemos agruparlos en familias por contener características similares, no desaparece por completo la dispersión y diversidad competencial.

Pongamos un ejemplo que recoja la necesidad de armonización interna de la regulación competencial *ad extra*. Lo encontramos en el diferente contenido del CPC del Distrito Federal y del estado de Querétaro; únicamente en este último encontramos recogido los supuestos de hecho de restitución de menores y adopción. Desde la óptica *iusprivatista* el hecho de tener distintos supuestos de hecho, con distintos puntos de conexión entre los diversos CPC produce dos situaciones que han de ser descartadas en el DIPr., a saber: una esquizofrenia jurídica a la par que una inseguridad derivada de la falta de previsibilidad jurídica.

Una esquizofrenia jurídica que se puede dar desde que dos tribunales mexicanos pueden alcanzar una consecuencia jurídica competencial diametralmente diferente al aplicar sus respectivos CPC. Así, el mismo supuesto de hecho (privado e internacional) puede ser solucionado de manera diferente dependiendo del diseño de la normativa competencial, en concreto, del punto de conexión que cada estado considere apropiado. En resumen, no se puede dejar a que cada estado determine libremente su competencia o incompetencia a nivel internacional así como tampoco se les puede dejar la libertad de seleccionar la regulación de los supuestos de hecho que consideren adecuados.

Lo anterior desencadena una inseguridad jurídica que no cabe desconocer puesto que la previsibilidad jurídica quiebra al poder obtener más de un resultado competencial, y en sentidos diferentes.

Si bien es cierto que esta multitud de posibilidades competenciales incrementa la estrategia procesal que representa el forum shopping, visto ésta como una estrategia procesal ética y válida, también posibilita el incremento de fraudes tanto al foro como a la ley.

VI. LA NORMA DE COMPETENCIA JUDICIAL CIVIL SUSTANTIVA Y ADJETIVA

En tercer lugar debemos señalar que la norma de competencia judicial internacional, autónoma o convencional, debe estar compuesta por una doble arista: por un lado la sustantiva y, por otro lado, la adjetiva. La suma de ambas conduce a un resultado exitoso en orden a obtener una respuesta global a una relación jurídica privada e internacional. Ambas facetas deben ser cuidadosamente revisadas en el contexto mexicano ante las deficiencias que ambas presentan.

Por lo que hace a la faceta sustantiva, de influencia civil, entendemos que debe recogerse todos y cada uno de los supuestos de hecho que en la actualidad centran el interés de todo *iusprivatista*, por ejemplo, consumidores, seguros, menores, relaciones matrimoniales o herencias, entre otros.

En este orden de ideas señalamos que la norma competencial presenta, en su faceta sustantiva, una estructura tripartita, esto es, está compuesta por un supuesto de hecho (la categoría jurídica que trata), una consecuencia jurídica (la declaración de competencia o incompetencia en la esfera internacional) y un punto de conexión (el criterio que justifica que en un determinado supuesto de hecho un concreto tribunal se atribuya competencia *ad extra*).

La parte más delicada en el diseño de la norma de competencia es el punto de conexión el cual debe reflejar una proximidad razonable, una cercanía e indiscutible neutralidad entre el supuesto de hecho y el foro nacional que se atribuye competencia (por ejemplo, el domicilio del demandado, la residencia habitual de un menor o incapaz o el domicilio conyugal). De esta forma, el punto de conexión no debe atribuir competencia a los tribunales mexicanos en función de un criterio “débil”, “exorbitante”; en definitiva, un criterio que no refleje una razonable proximidad con el supuesto de hecho (pensamos, por ejemplo, en el lugar de celebración del matrimonio o en el lugar de fallecimiento del autor de la herencia). Por otro lado, la parte más exhaustiva y contextualizada de la norma competencial es el supuesto de hecho, el cual debe contemplar las directrices necesarias para dar afortunada

respuesta a las situaciones derivadas del trasiego internacional. Teniendo bien redactado y construido el binomio anterior, la consecuencia jurídica viene a ser el resultado lógico-jurídico esperado en el DIPr.

Por lo que se refiere a la arista adjetiva, de corte procesal, deben regularse y darse adecuada solución a los problemas aplicativos de toda norma de competencia. Por lo que se refiere a su faceta adjetiva, es importante que la norma de competencia, en aras de conseguir una plena tutela judicial internacional efectiva y un principio de economía procesal, contemple y ofrezca adecuada respuesta, por ejemplo, ante el necesario sobreseimiento fruto de la alegación de la figura procesal de la litispendencia internacional, una aconsejable acumulación de las actuaciones derivado de la conexidad internacional, un *test de razonabilidad-seriedad* ante la pluralidad de demandados, así como ante cualquier otro problema procesal aplicativo que pueda surgir en la esfera internacional.

Con el análisis de las deficiencias normativas actuales perseguimos demostrar la necesidad de una doble normativa competencial; por un lado aquella que se destine a repartir competencia a nivel interno (Derecho Procesal) y, por otro lado, aquella que hiciera lo propio en el plano internacional (DIPr). Nuestra inquietud parte de la necesidad de contar con un sistema dualista de competencia judicial civil. En este sentido, cada normativa competencial debería diseñarse por el poder legislativo teniendo en cuenta las particularidades (sustantivas y adjetivas) de las esferas en las que se desenvuelve cada una; lo anterior contribuiría a tener una regulación expresa y específica de la competencia judicial civil tanto en el plano nacional como en el internacional.

En este orden de ideas estimamos que es necesario dar las directrices mínimas que debe tener una norma que se destine de manera adecuada y particularizada a la regulación de la competencia judicial civil internacional. Una norma que pueda acoplarse a las necesidades emergentes del plano competencial internacional en dos sentidos:

- a) Primero, una norma que contemple aquellos supuestos de hecho (privados e internacionales) necesarios para dar respuesta integral y actual al primer sector constitutivo del contenido del DIPr. y,
- b) Segundo, una norma que contemple aquellos problemas de corte procesal que se puedan derivar de la determinación de la competencia judicial civil internacional y, por ende, de la aplicación de la norma que le da respuesta.

La primera arista presenta un tinte material, sustantivo, con clara influencia del Derecho Civil, mientras que la segunda presenta un tinte adjetivo, con influencia

del Derecho Procesal. Ambas vertientes han de actuar de manera complementaria en aras de conseguir una norma que prevea aquellas vicisitudes competenciales que en la actualidad demanda la esfera internacional.

Si el fin de estas breves líneas es poner de manifiesto la necesidad de tener una norma competencial (sustantiva y adjetiva) diseñada exclusivamente para el DIPr. consideramos que el medio para alcanzarlo pudiera ser la utilización opcional de dos cuerpos normativos. La primera opción sería que la competencia judicial civil internacional se recogiera en una "Ley General", término que nosotros usamos de conformidad con la última interpretación del artículo 133 Constitucional por parte de la SCJN en el Amparo en Revisión 1277/2004 al hilo de la determinación de la jerarquía aplicativa de los tratados internacionales. Lo anterior con la finalidad de que todos los estados aplicaran de la misma manera, con la misma interpretación y alcance, este cuerpo normativo, a la hora de fijar su competencia o incompetencia civil en el plano internacional. La segunda opción consistiría en que la competencia judicial civil internacional fuera determinada a través de cada uno de los CPC de los distintos estados de la República; esta propuesta alcanza pleno sentido con la presencia de la condición *sine qua non* de que su contenido, alcance e interpretación sea uniforme y armónico al interior de la República.

De cualquier forma, afirmamos que con absoluta independencia del cuerpo normativo que sirva de medio para regular la competencia judicial civil internacional, éste debe hacerlo de manera uniforme, armónica e integral, de tal manera que todos los estados que conforman la República mexicana se declaren competentes o incompetentes por el mismo criterio, es decir, en función de la aplicación del mismo punto de conexión. Esta uniformidad normativa ayudaría a reducir, e incluso eliminar, los indeseables fraudes al foro y a la ley.

VII. CONCLUSIÓN: NECESIDAD DE ALGUNOS PARÁMETROS EN LA NORMATIVA COMPETENCIAL ACTUAL

Afirmado lo anterior sostenemos que la norma de competencia judicial internacional debe contemplar los parámetros mínimos y necesarios para dar adecuada respuesta a aquellos supuestos de hecho que recurrentemente se levantan en el plano internacional. Ahora bien, esa tarea la debe desempeñar teniendo presente varias consignas:

- a) Debe hacerlo de forma razonada, próxima (neutral) y prudente. De esta forma sostenemos que debe atribuir competencia a los tribunales naciona-

les teniendo presente una necesaria proximidad a la par que una exigible razonabilidad; es decir, debe evitar la determinación competencial por exceso (declarándose competente siempre y en todo caso) o por defecto (declarándose incompetente de manera sistemática). Ambos panoramas ponen en serio peligro el normal y necesario desarrollo de las relaciones jurídicas con elemento de extranjería. La razonabilidad tiene como efecto dotar de competencia internacional a los tribunales mexicanos de manera mesurada al tiempo que evita la atracción de asuntos que saturan inútil e injustificadamente a este sistema judicial. Respecto al parámetro de la neutralidad afirmamos que la normativa competencial debe reflejar una proximidad razonable entre el supuesto de hecho y el foro que se declare con competencia *ad extra*; lo anterior con la finalidad de obtener una tutela judicial efectiva internacional, tanto “por declaración” como “por reconocimiento”. A la tercera característica llegamos únicamente a través del diseño de una norma competencial dualista.

- b) Esta reglamentación debe responder a la hora de ser diseñada al doble parámetro de certeza y especificidad. Esta afirmación conduce a sostener que esta norma, concretamente su punto de conexión, debe estar redactado sin ambigüedades que puedan llevar a diferentes interpretaciones competenciales dependiendo del operador jurídico que la aplique. La normativa competencial tiene que establecer de manera indubitada cuándo un tribunal nacional es o no competente para entrar a conocer y resolver el fondo de una situación jurídica con elemento de extranjería. Esta norma no puede ofrecer un margen que posibilite la realización de interpretaciones, desde que esta situación pudiera derivar en resultados competenciales diametralmente opuestos, mermando de esta forma la seguridad y la previsibilidad jurídica que deben necesariamente presidir el ámbito internacional.

Con el fin de canalizar estas características afirmamos que la norma de competencia debe comprender dos aristas complementarias; de esta forma debe contemplar aquellos supuestos de hecho relevantes que afecten en la esfera internacional a particulares (personas físicas, jurídicas o al Estado en su potestad *iure gestionii*), a la par que debe contemplar fracciones o artículos (siendo más ambiciosos) que ayuden a solucionar posibles problemas procesales que surjan de su aplicación. Sólo con la suma de ambas facetas es que tendremos una norma que dé respuesta debida al sector competencial, pilar de base, fundamental y primario del DIPr.

- c) De igual forma debe evitar la inclusión de los denominados foros “exorbitantes” (débiles, sin neutralidad) tales como el lugar de fallecimiento del

autor de la herencia (artículo 156. V CPC del Distrito Federal) o el lugar de celebración del matrimonio. En este rubro debemos realizar de nuevo una llamada de atención y es que los puntos de conexión pueden ser exorbitantes o neutrales, de conformidad con el supuesto de hecho en el que se incluyan. Por ello no podemos realizar afirmaciones generales sino que por el contrario deben realizarse de manera casuística y contextualizada.

- d) La norma de competencia judicial internacional debe establecer de forma clara y específica cuál es su catálogo de competencias exclusivas; tarea que debe realizar a través de un listado *numerus clausus* en aras de conseguir seguridad y previsibilidad jurídica. En este sentido podemos observar el catálogo de competencias exclusivas previstas en el ámbito comunitario, basta observar que éstas son: derechos reales y arrendamientos de inmuebles; constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas, así como acuerdos y decisiones de sus órganos; validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro; inscripciones o validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales. Lo anterior se encuentra regulado en el artículo 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el artículo 16 del Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, en el Convenio de Lugano de 1988 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como en el artículo 22 del Reglamento 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. La determinación tajante de que estamos ante competencias exclusivas deriva en dos consecuencias que no cabe desconocer: la primera es que el tribunal nacional que establece dicho catálogo competencial se declarará el único tribunal competente, considerando cualquier acción de otro Estado como una invasión improcedente; la extensión de esta consideración llega a la aplicación de una sanción indirecta en la fase de reconocimiento y ejecución de su pronunciamiento judicial, quedando éste en calidad de pronunciamiento “claudicante”; la segunda consecuencia radica en la afirmación de que el foro general de atribución de competencias, esto es, el domicilio del demandado, no tiene ningún peso en la alternatividad con el punto de conexión previsto para este catálogo de competencias exclusivas. Si bien el foro del domicilio del demandado es el criterio general que actúa con facultades de alternatividad en la declaración competencial vemos que cuando se trata de competencias exclusivas sufre una importante excepción.

- e) Debe evitar las contradicciones competenciales que se puedan derivar de encuadrar un mismo supuesto de hecho en diferentes fracciones. Esta situación ocurre en la actualidad mexicana, por ejemplo, en el supuesto de “ausencia” o “adopción” desde que el resultado competencial es diametralmente opuesto dependiendo de la fracción que se alegue. Por ejemplo, respecto a la ausencia se puede encuadrar en tres fracciones distintas del CPC del Distrito Federal, a saber, la III (acciones de estado civil), la IV *in fine* (al hablar de herencia menciona específicamente la ausencia) y la VIII (jurisdicción voluntaria). Respecto a la primera el punto de conexión es el “domicilio del demandado”, respecto a la segunda es el “último domicilio del ausente” y respecto a la tercera es el “domicilio del que promueve”, criterios personales de atribución de la competencia que no tienen por qué coincidir en el plano internacional. Así, si bien se despierta la estrategia procesal que representa el *forum shopping* también la posibilidad de hacer fraudes al foro y a la ley. Respecto a la adopción igualmente se puede encuadrar ante la falta de una fracción específica en dos, la III y la VIII, con resultados competenciales igualmente opuestos.

Si una “regulación por exceso” nos preocupa no lo hace en la misma proporción que una “regulación por defecto”. Si bien hemos mencionado la posibilidad de que un supuesto de hecho pueda encuadrarse en varias fracciones con resultados competenciales contrarios, existen otras categorías jurídicas que no están contempladas en la norma competencial. Hablamos, por ejemplo, de la restitución internacional de menores o el aspecto civil del tráfico internacional de menores, es decir, la localización y la restitución del menor al estado de su última residencia habitual.

Partimos de la premisa de que la actual normativa autónoma competencial mexicana *ad extra*, sustantiva y adjetiva, necesita mejorar; este propósito se conseguiría si pudiéramos contar con unos parámetros mínimos y específicos de los distintos supuestos de hecho que se presentan en el ámbito internacional, un catálogo *ex novo* y *ex professo* de criterios, elementos y requisitos específicos para alcanzar una buena norma competencial de DIPr. Como técnica de *soft law* podríamos tener como referente el vigente Código de DIPr. de Venezuela.

- f) Por último, pero no menos importante, debe contemplar y contextualizar los problemas procesales que se puedan presentar con la aplicación de dicha norma (por ejemplo, la prueba, la tutela cautelar, el emplazamiento internacional) al tiempo que se debe dejar abierta la puerta a estas figuras (por ejemplo, litispendencia y conexidad).

Para concluir señalamos que México regula la competencia a través de un sistema monista el cual ha mostrado serias deficiencias y vicios no ocultos que deben ser necesariamente superados. Es en este afán de subsanarlas donde centraremos la propuesta de un sistema dualista. Afirmamos que la actual regulación competencial mexicana, en su parte sustantiva y adjetiva, no cumple con los mínimos necesarios para regular adecuadamente la competencia *ad extra*. En ambas insuficiencias normativas es preciso analizar las vías normativas que tenemos para mejorar la norma de competencia, reformulando en su totalidad, el actual sistema competencial mexicano. Ante esta situación es aconsejable diseñar una norma que, con absoluta independencia del cuerpo normativo donde se recoja y del tribunal nacional que la aplique y la interprete, se predetermine con total certeza y antelación la competencia o incompetencia del tribunal mexicano. Con lo anterior se conseguiría alcanzar una exacta materialización del principio de “predeterminación legal de la competencia”. Sólo a través de normas de competencia certeras, neutrales y específicas, México responderá acertadamente a las necesidades surgidas de relaciones jurídicas que se vinculan con más de un Estado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BOGGIANO, A.: *Curso de Derecho Internacional Privado, Derecho de las Relaciones Privadas Internacionales*, Abeledo-Perrot, Argentina, 2001.
- CALVO CARAVACA, A-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, Comares, Granada, España, sexta edición, 2005.
- DURÁN AYAGO, A.: *La protección internacional del menor desamparado: Régimen jurídico*, Colex, España, 2004.
- ESPINAR VICENTE, J.M.: *Curso de Derecho Internacional Privado Español, Derecho Procesal Civil Internacional*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ ARROYO, D.P. (coord.): *Derecho Internacional Privado de los Estados del MERCOSUR*, Zavalia, Argentina, 2003.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S.: *Derecho Internacional Privado*, primera edición, Civitas, Madrid, España, 1999.
- GARAU SOBRINO, F.: *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, Universitat de les Illes Balears, España, 2003.
- IGLESIAS BUIGUES, J.L.: *Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en la CEE y en Derecho español*, Instituto de Estudios Administrativos, España, 1977
- MIAJA DE LA MUELA, A.: *Derecho Internacional Privado I, Introducción y Parte General*, novena edición revisada, España, 1985
- NIBOYET, J.P. y PILLET, A.: *Derecho Internacional Privado*, Traducción de A. Ramón Rodríguez, Editora nacional, México D.F., México, 1951

- PEREZNIETO CASTRO, L.: *Derecho Internacional Privado*, Parte General, Oxford, México, séptima edición, 1999.
- PÉREZ VERA, E., et al.: *Derecho Internacional Privado*, vol. I, UNED, España, 2001.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S.: "Eficacia extraterritorial de las sentencias mexicanas en materia de alimentos. Especial consideración a la Convención Interamericana sobre obligaciones alimenticias", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. VII, 2007
- _____*Las declaraciones interpretativas de las Convenciones Interamericanas en materia de menores: alimentos y adopción*, Memorias del II Seminario Taller Internacional de Familia, inmigración y multiculturalidad: una perspectiva jurídica comparada, IJ-Porrúa, México, *El Derecho de familia en un mundo globalizado*, en González Martín, N. y Rodríguez Benot, A. (coord.)
- Silva, J.A.: *Derecho Internacional sobre el proceso. Procesos civil y comercial*, Mc Graw Hill, 1997
- _____*Estructura de la norma de competencia judicial civil y comercial internacional (consideraciones en torno al sistema mexicano)*, *Jus*, Escuela de Derecho de la Universidad Autónoma de C. Juárez, Núm. 9, 1990.
- VIRGÓS SORIANO, M y Garcimartín Alférez, F. J.: *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, Civitas, España, 2000. <http://www.oea.org/juridico/spanish/firmas/b-44.html>

El artículo 133 y la jerarquía jurídica en México

Guillermo Teutli Otero*

SUMARIO. Introducción: I. La Soberanía. II. La Celebración de Tratados. III. El Control de su Constitucionalidad. IV. La Jerarquía en el Orden Jurídico. V. Un Nuevo Enfoque: El Problema no es de Jerarquía sino de Competencia. VI. La Aplicación y Cumplimiento de los Tratados. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo analiza una larga y siempre actual polémica sobre cuál es la jerarquía del orden jurídico mexicano. Si contemplamos al Derecho Nacional Mexicano como un conjunto normativo de producción y aplicación local, la polémica no existe. Otro es el caso cuando al Derecho Nacional se le incorpora el Derecho Internacional y su aplicación en la circunscripción nacional.

El derecho nacional encuentra sus fuentes en la ley, la costumbre, la jurisprudencia y los principios generales del Derecho y la norma será jurídica sólo si es producto del órgano previsto para producirla formal o materialmente (poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial). No es el caso del Derecho Internacional cuyas fuentes son los tratados, la costumbre y los usos, entre otros. No pasan por ningún proceso propiamente legislativo como el requerido para las leyes nacionales porque no hay un órgano legislativo internacional similar al existente en los Estados.

Sin embargo, al incorporar los tratados internacionales al Derecho Nacional es cuando la jerarquía original del orden jurídico interno se altera. En un primer término, hay que ubicar la jerarquía de los tratados frente a la Constitución: ¿están debajo, al mismo nivel o incluso por encima de la Constitución? En un segundo término, hay que jerarquizarlos frente a las leyes secundarias. ¿Que disposiciones

* Licenciado en Derecho por la UNAM y Doctor por la Universidad de París, Francia. Profesor invitado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Texas, profesor por oposición de la FCPyS y profesor en la Facultad de Derecho de la UNAM. Actualmente es Jefe de la División de Educación Continua de la misma Facultad.

son superiores, los tratados o las leyes secundarias? En síntesis: ¿Cómo queda la jerarquía del orden jurídico cuando se incluyen a los tratados internacionales?

Para ello, en la primera parte, se hace breve referencia al concepto de soberanía y relata, de manera sucinta, su papel como soporte principal en la formación del orden jurídico nacional así como su tendencia en un mundo globalizado.

En la segunda, se analiza una de las principales fuentes del Derecho Internacional: los tratados y la forma de celebrarlos. En la tercera, se hace una apreciación sobre el control de su constitucionalidad. En la cuarta, se estudia su jerarquía dentro del orden jurídico mexicano. En la quinta, se plantea un nuevo enfoque que no enfrenta jerarquías jurídicas sino competencias entre diferentes órdenes jurídicos internos con una mención al concepto de “bloque de constitucionalidad”. En la sexta parte, se hace un breve planteamiento sobre los conflictos de leyes que resultan de la aplicación de los tratados. Finalmente, se insertan algunas conclusiones.

I. LA SOBERANÍA

Los órdenes jurídicos tienen una jerarquía que hace que unas leyes prevalezcan sobre otras. Todo parte del concepto de soberanía.

¿Qué es la soberanía? Mucho se ha escrito en su respecto y todo lo posible se ha ya dicho. La soberanía es el poder supremo. Es la decisión que proviene de la mayoría entendiendo por mayoría la decisión de los más. La soberanía implica que nada está por encima de ella. Implica que su titular puede decidir libremente sobre lo que desea. Así, la soberanía representa el poder de decidir.

Una época la soberanía perteneció a una persona: el Rey. Otra, a partir de la Revolución Francesa, la soberanía es popular, es del pueblo que pasó de siervo y súbdito a Hombre y ciudadano con derechos fundamentales, entre ellos, rescató su poder soberano como una potestad indivisible, inalienable e imprescriptible.

En los Estados modernos contemporáneos, el soberano —el pueblo— ejerce su soberanía mediante un constituyente que emite una Constitución; documento único, formal y escrito, que como norma fundamental y fundacional crea al Estado, le determina sus fines, le define su organización y, entre otros, establece la forma de producción y ejecución de las leyes —llamadas secundarias— que harán de la Constitución derecho positivo. Al ser expresión mayoritaria de la voluntad popular, la Constitución se vuelve la Ley Suprema. Nada por encima de ella, nada en contra.

No obstante, este poder absoluto del constituyente del que emana la Constitución, tiene límites. La Constitución debe:

- a) Reflejar los factores reales de poder, diría Ferdinand Lasalle, o establecer los principios fundamentales de la sociedad, diría Karl Schmitt.
- b) Ser el derecho del Estado para que el Estado sea de Derecho, como diría Felipe Tena Ramírez.
- c) Definir y defender los Derechos Humanos, la división de poderes, la democracia, la representatividad y, cada vez más, las garantías sociales.
- d) Establecer la forma de creación normativa de las leyes secundarias que permitan realizar los fines del Estado en ella inscritos.

De esta manera, la jerarquía del orden normativo nacional queda establecido. En la cima la Constitución —ley primaria— y por debajo las leyes secundarias que en ningún caso pueden ser anticonstitucionales o inconstitucionales. Si por alguna circunstancia esto sucediera, la Constitución haría valer su superior jerarquía y la ley secundaria perdería toda validez y aplicación.

El concepto de soberanía como poder absoluto encontró también como límite al Derecho Internacional, particularmente después de las guerras mundiales del Siglo XX. Al principio temas como la defensa de los Derechos Humanos y la convivencia pacífica entre los Estados, hicieron patente la necesidad de restringir el poder absoluto de la soberanía nacional que hacía imperar la ley del más fuerte. Después se han añadido otros temas como el del medio ambiente, la no proliferación de armas nucleares, la lucha contra la delincuencia organizada, las relaciones económicas y comerciales, entre otros. Temas que han sido materia de tratados internacionales que, sin ser producto directo de la soberanía nacional, la restringen.

Lo anterior ha centrado la discusión en definir si el Derecho Internacional, cuya una de sus fuentes son los tratados internacionales, y el derecho nacional se funden en un solo orden jurídico o si son dos órdenes jurídicos que conviven. Es decir, nos lleva a las tesis del monismo jurídico y del dualismo jurídico.

Según el dualismo jurídico, el Derecho Internacional es uno y el derecho nacional es otro. Ambos se aplican pero no se funden. Uno es creado por procedimientos internacionales y obliga a los Estados. El otro es creación de los poderes constituidos por la soberanía popular y regula al Estado y crea derechos y obligaciones para los nacionales. En este caso, el derecho interno se impone al internacional ya que al ser producto de la soberanía, ésta no puede someterse a disposiciones que no fueron creadas por su constituyente.

Para la tesis monista, el derecho internacional y el derecho nacional se unen en una sola pirámide, en un solo orden jurídico, pero uno de ellos queda por encima del otro. Aquí el problema es aceptar cual de los dos derechos está por encima del otro.

Generalmente, para los internacionalistas la posición monista es “internacional”, es decir el Derecho internacional está por encima del Derecho nacional, porque significa compromisos con otros Estados soberanos sobre temas que tienen interés supranacional. Para ellos, la soberanía nacional tiene el poder para soberanamente someterse a leyes que no fueron creadas internamente.

Es claro que las, como nunca, crecientes relaciones internacionales de las que derivan tratados y normas internacionales han rebasado el concepto tradicional de Estado soberano que lo auto-legitimaba. Es cuando se afirma que el concepto de autodeterminación debe en sí mismo ser re-interpretado. En la actualidad, en el mundo globalizado que vivimos, la autodeterminación ya no puede entenderse como el ser independiente y no estar sometido a otras potestades.

Hoy en día, el Estado soberano debe legitimarse no sólo al interior sino también hacia el exterior, es decir, respecto de otros países y particularmente respecto de las normas y principios que derivan de tratados internacionales en materias importantes para la comunidad internacional en ámbitos como la protección de los derechos fundamentales o económicos, entre otros.

Para muchos constitucionalistas debe prevalecer la tesis monista “nacionalista” porque el derecho nacional emana de la soberanía popular y refleja los fines políticos y sociales del Estado que lo emitió. Por lo tanto el orden interno debe estar por encima del internacional. Para éstos, el Derecho Internacional es sólo una fuente del Derecho nacional siempre que no se oponga a su orden jurídico.

México aplica la tesis monista “nacionalista” al incorporar a los tratados a su orden jurídico pero hace prevalecer al derecho nacional al poner en la cima de su pirámide jurídica a la Constitución Política y al requerir que las leyes del Congreso “emanen de ella” y que los tratados internacionales “estén de acuerdo con ella”. La polémica se presenta entre los tratados y las leyes secundarias.

II. LA CELEBRACIÓN DE LOS TRATADOS

Como inicio vale definir que es un tratado internacional.

Según se establece en el artículo dos, primer párrafo, de la Convención de Viena para la Celebración de Tratados, tratado internacional es:

Un acuerdo entre dos o más sujetos de Derecho Internacional Público, con objeto de crear, transferir, modificar o extinguir una relación jurídica entre ellos, estableciendo derechos y obligaciones por escrito en un instrumento único o más documentos relacionados entre sí, sin importar su denominación.

Es esta última frase, “sin importar su denominación”, la que permite que los tratados sean denominados de varias formas (arreglo, acta, declaración, convenio, entre otros) pero que para efectos de la citada Convención, todos tienen las características de un tratado.

Según la Ley sobre la Celebración de Tratados de México, es:

“El convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiera o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos.

Jurídicamente, los tratados tienen una gran importancia ya que se convierten en normas jurídicas con validez plena y hay que definir su nivel jerárquico en el orden jurídico mexicano. Sin embargo, son normas que no son creadas por el órgano y el proceso legislativo previsto para generar el orden jurídico nacional. Los tratados provienen de un proceso de creación diferente.

De ahí la importancia de determinar para el caso mexicano cuál es el proceso de creación de estas normas internacionales. Para este trabajo, interesa determinar la forma como se celebran los tratados más que sus contenidos.

Son varios los instrumentos legales internacionales que regulan la celebración de tratados, entre los principales: la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* y la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales*. Sólo los mencionamos para referirnos con más detalle a los requisitos del orden jurídico mexicano.

En este caso, es preciso iniciar con lo establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en su texto actual y, en segundo, por dos de sus leyes reglamentarias: la Ley Sobre la Celebración de Tratados (1992) y la Ley Sobre la Celebración de Tratados Internacionales en Materia Económica (2004).

La celebración de tratados es un ejemplo evidente de cómo el constituyente diseñó un mecanismo de equilibrio entre los poderes constituidos.

Así, por un lado,

Artículo 89: Las facultades y obligaciones del Presidente son las siguientes:

X. Dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado...

Por el otro, se le da una importancia definitoria al Congreso de la Unión vía la Cámara de Senadores:

Artículo 76.- Son facultades exclusivas del Senado:

- I. Analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo Federal con base en los informes anuales que el Presidente de la República y el Secretario de Despacho correspondiente rindan al Congreso.
Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismo.

Y, por el otro, la Constitución le otorga al Poder Judicial Federal dos facultades de suma importancia:

Artículo 104.- Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

- I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano”.

Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN) conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

- II. De las acciones de inconstitucionalidad... (relativas a los tratados) (Este artículo se analiza con mayor detalle más adelante).

Así, los tres Poderes de la Unión participan respecto de los tratados internacionales y se controlan entre sí. Uno los celebra, el otro los aprueba y el tercero resuelve sobre su constitucionalidad y sobre las controversias de su aplicación.

La Constitución establece que la celebración y aprobación de los tratados internacionales es competencia del Gobierno Federal. Las entidades federativas “cedieron” esta atribución sobre la política exterior al Gobierno central. Así se establece en la Norma Suprema:

Artículo 117.- Los Estados no podrán, en ningún caso:

- I. Celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado ni con las potencias extranjeras....

El texto anterior se complementa con otra norma:

Artículo 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Y, como ya analizado, la facultad de celebrar tratados internacionales y de aprobarlos sí está expresamente concedida a los funcionarios federales del Ejecutivo y del Legislativo, particularmente de la Cámara de Senadores bajo el, actualmente cuestionado, concepto original con que fue creada y que consiste en considerarla la instancia representativa de las entidades federativas. Esta sería la razón por la que el constituyente excluyó a la Cámara de Diputados en todo lo relativo a la política internacional. Situación que debe revisarse para hacerla participar en su calidad de co-legisladora.

De acuerdo a lo anterior, supondríamos que, en México, sólo el presidente de la República puede celebrar tratados internacionales a nombre del Estado mexicano. Sin embargo, los sujetos de esta atribución fueron ampliados en dos disposiciones del Congreso:

LEY PARA LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS (1992)

De esta Ley y para los efectos de este trabajo, interesa destacar tres aspectos principales: a) quita al Presidente la exclusividad constitucional para ser él el único que celebre los tratados, b) “complementa” a la CPEUM al señalar la forma como éstos deben ratificados y, c) acepta al arbitraje internacional como medio alternativo para la solución de controversias dando validez de ley a los laudos con la excepción de aquellos que afecten la seguridad nacional:

- a) El Presidente ya no es el único que puede celebrar tratados:

Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto regular la celebración de tratados y acuerdos interinstitucionales en el ámbito internacional. Los tratados sólo podrán ser celebrados entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de derecho internacional público. Los acuerdos interinstitucionales sólo podrán ser celebrados entre una dependencia u organismos descentralizados de

la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales.

Artículo 2. Para los efectos de la presente Ley se entenderá por:

- VI. Plenos Poderes: el documento mediante el cual se designa a una o varias personas para representar a los Estados Unidos Mexicanos en cualquier acto relativo a la celebración de tratados, y

Artículo 3o.- Corresponde al Presidente de la República otorgar Plenos Poderes.

Vale recordar que, en 1978, el Tratado de Extradición entre México y los Estados Unidos no fue firmado por el Presidente de la República sino por su Secretario de Relaciones Exteriores. No obstante que el tratado fue aprobado por el Senado y ratificado por el Presidente al publicarlo para su validez, se presentó una acción de inconstitucionalidad alegando que la Constitución expresamente señala que la atribución era del Presidente y no de su Secretario.

La SCJN resolvió que, independientemente que la Convención de Viena preveía la autoridad de los secretarios de Relaciones Exteriores para hacerlo, en México esos funcionarios – sin importar que sus atribuciones fueran asignadas por ley – eran órganos componentes del Poder Ejecutivo y no órganos autónomos por lo que obraban como parte y representación del Ejecutivo Federal. Así, no era condición sine qua non que fuera el mismo Presidente quien tuviera que firmar todos los tratados.

La Ley mexicana que rige la celebración de tratados de 1992, retomó este criterio de la SCJN y lo hizo norma jurídica al establecer que la celebración de tratados puede ser delegada por el presidente y lo puede hacer a favor de cualquiera que tenga plenos poderes.

- b) Respecto a la forma como los tratados deben ser ratificados:

Artículo 5.- La voluntad de los Estados Unidos Mexicanos para obligarse por un tratado se manifestará a través de intercambio de notas diplomáticas, canje o depósito del instrumento de ratificación, adhesión o aceptación, mediante las cuales se notifique la aprobación por el Senado del tratado en cuestión.

Artículo 4... Los tratados, para ser obligatorios en el territorio nacional deberán haber sido publicados previamente en el Diario Oficial de la Federación.

c) Respecto a la solución de controversias:

Artículo 8.- Cualquier tratado o acuerdo interinstitucional que contenga mecanismos internacionales para la solución de controversias legales en que sean parte, por un lado la Federación, o personas físicas o morales mexicanas y, por el otro, gobiernos, personas físicas o morales extranjeras u organizaciones internacionales, deberá:

- I.- Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;
- II.- Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas; y
- III.- Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad.

Artículo 11. Las sentencias, laudos arbitrales y demás resoluciones jurisdiccionales derivados de la aplicación de los mecanismos internacionales para la solución de controversias legales a que se refiere el artículo 8o., tendrán eficacia y serán reconocidos en la República, y podrán utilizarse como prueba en los casos de nacionales que se encuentren en la misma situación jurídica, de conformidad con el Código Federal de Procedimientos Civiles y los tratados aplicables.

Artículo 9.- El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 8o. cuando esté de por medio la seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la Nación.

Los tratados pueden ser bilaterales o multilaterales, entre Estados o con organismos internacionales. Pueden tener por contenido, como de hecho lo tienen en México, diversas materias como son: Medio Ambiente, Comerciales, Derecho Internacional Privado, Límites, Derecho del Trabajo, Derecho Penal, Derecho Fiscal, Derecho Marítimo, Derecho Espacial, Cultura, Inversión Extranjera, Anti-Corrupción y, entre otros, Derechos Humanos.

Todos son importantes con idénticos efectos en la jerarquía jurídica. Sin embargo, no todos tienen la misma trascendencia y por lo tanto se les debería clasificar de manera que no todos impactaran de igual forma al orden jurídico interno. No deben ser tratados con igualdad aquellos tratados que se refieren a un caso específico, por ejemplo el Convenio Interamericano de Lucha contra la Langosta, firmado

en Montevideo en 1946 y ratificado por el Senado en 1948, o el Tratado Sobre los Principios que deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre Incluso la Luna y Otros Cuerpos Celestes, firmado en Londres en 1967 y ratificado en 1968, que los relativos a Derechos Humanos, al libre comercio o a la no proliferación de armas nucleares. En consecuencia, su inserción al orden jurídico también debería tener diferencias en su nivel de jerarquía. No obstante, hoy esa clasificación y jerarquía no existen.

Por su parte, la libertad para celebrar tratados es muy amplia. Con excepción de lo que a continuación se menciona, no existen límites temáticos para la celebración de tratados.

Los límites de la CPEUM son pocos y se pueden agrupar en dos:

a) Generales: los que el artículo 133 establece al condicionarlos a que:

- Los celebre el presidente de la República.
- Los apruebe el Senado, y
- Que “estén de acuerdo con” la Constitución.

b) Específicos:

Artículo 15 constitucional que señala que:

No se autoriza la celebración de tratados para:

- a) La extradición de reos políticos,
- b) Ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos;
- c) Ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.

La Ley Sobre la Celebración de Tratados Internacionales en Materia Económica también establece límites al establecer que:

Artículo 2 (los tratados) Estarán de acuerdo con la Constitución General de la República, respetando:

- I. Las garantías individuales, y
- II. La división de poderes, la distribución de facultades y las potestades de los órganos representantes del pueblo.

Artículo 3. Para la aprobación de un tratado se observarán los siguientes objetivos generales:

- I. Contribuir a mejorar la calidad de vida y el nivel de bienestar de la población mexicana;
- II. Propiciar el aprovechamiento de los recursos productivos del país;
- III. Promover el acceso de los productos mexicanos a los mercados internacionales;
- IV. Contribuir a la diversificación de mercados;
- V. Fomentar la integración de la economía mexicana con la internacional y contribuir a la elevación de la competitividad del país, y
- VI. Promover la transparencia en las relaciones comerciales internacionales y el pleno respeto a los principios de política exterior de la fracción X del artículo 89 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Artículo 4. Para la aprobación de un tratado se observará congruencia con los siguientes objetivos particulares según proceda:

- I. En materia de solución de controversias:
 - a) Otorgar a los mexicanos y extranjeros que sean parte en la controversia el mismo trato conforme al principio de reciprocidad internacional;
 - b) Asegurar a las partes la garantía de audiencia y el debido ejercicio de sus defensas, y
 - c) Garantizar que la composición de los órganos de decisión aseguren su imparcialidad;
- II. En materia de prácticas desleales de comercio exterior:
 - a) Fomentar la libre competencia y buscar las sanas prácticas de competencia, y
 - b) Prever y promover mecanismos para contrarrestar los efectos de las prácticas desleales de comercio de los países con los que se contrate;
- III. Fomentar el respeto de los derechos de propiedad intelectual
- IV. Impulsar el fomento y la protección recíproca de las inversiones y las transferencias de tecnología, generación, difusión y aplicación de los conocimientos científicos y tecnológicos que requiere el desarrollo nacional;

- V. Impulsar la eliminación o reducción de obstáculos innecesarios al comercio que sean incompatibles con la ley y con los compromisos internacionales;
- VI. Prever que las normas de los tratados consideren las asimetrías, diferencias y desequilibrios así como las medidas correspondientes para compensarlas, y
- VII. Los demás objetivos que correspondan a la naturaleza del tratado.

Así, en materia económica, la citada Ley impone, aunque muy generales, límites a la facultad del Presidente para celebrar tratados. Pero la Ley va más allá y también reglamenta la participación del Senado al establecer:

Artículo 5. Al inicio de cada periodo ordinario de sesiones, el Senado, a través de las comisiones competentes, requerirá un informe a las Secretarías de Estado y a cualquier organismo de la administración pública federal que represente a México sobre el inicio de negociaciones formales de un tratado.

El informe contendrá:

- I. Las razones para negociar así como las consecuencias de no hacerlo;
- II. Los beneficios y ventajas que se espera obtener de la negociación y la expectativa de cumplir con los objetivos de esta ley que correspondan conforme al tratado que se pretende celebrar, y
- III. Un programa inicial del proceso de negociación calendarizado.

Artículo 6. Con base en la información sobre el avance de las negociaciones las comisiones a las que haya sido turnado el informe, o en su caso, la subcomisión a la que se refiere el artículo anterior, deberán requerir a las Secretarías de Estado y a cualquier organismo de la Administración Pública Federal que represente a México en las negociaciones, con la anticipación necesaria a la fecha determinada para la firma del tratado correspondiente, un informe sobre el resultado final completo de las negociaciones, y sobre la forma en que se atendieron los objetivos de esta ley.

Asimismo, el informe contará con una explicación amplia y detallada de:

- I. Los beneficios que se obtuvieron en la negociación;
- II. Los alcances de la negociación;
- III. Los compromisos de la negociación, y
- IV. Las normas legales y administrativas que tendrían que modificarse de acuerdo con el tratado.

Igualmente, previo a la aprobación del tratado, la Ley establece mecanismos de participación para la sociedad y los demás niveles de Gobierno de la Federación que deben ser escuchados por el Senado y no por el Presidente que es quien negocia el tratado:

Artículo 5. ... Las comisiones a las que se turne el informe podrán crear, por cada tratado, una subcomisión plural para dar seguimiento, proponer acciones legislativas, recabar y obtener información sobre el estado que guardan las negociaciones, entrevistar a servidores públicos, representantes de grupos de interés, peritos o cualquier persona que pueda aportar conocimientos y experiencia sobre las negociaciones.

Artículo 11. Sin distinción alguna los ciudadanos y las organizaciones empresariales, ciudadanas y sindicales podrán emitir su opinión ante el Senado de la República.

Las comunicaciones entre ciudadanos, organizaciones y las comisiones correspondientes podrán ser orales en audiencia o por escrito. En todo caso, serán públicas, salvo disposición legal en contrario.

Artículo 12. El Senado de la República, a través de sus comisiones, escuchará y tomará en cuenta las propuestas que le hagan llegar o que presenten los Gobiernos y Congresos Locales.

Realizado lo anterior, el Senado puede proceder a la aprobación del tratado, para lo cual la Ley establece:

Artículo 9. Para la aprobación de algún tratado ya firmado deberá someterse al Senado junto con los siguientes documentos:

- I. Un escrito con todas las acciones administrativas para aplicar los objetivos que correspondan conforme al tratado de que se trate;
- II. Una explicación de cómo la aprobación del tratado afectará las leyes y reglamentos de México;
- III. Los rubros que México concedió durante la negociación;
- IV. La forma en que se cumplirán los objetivos que correspondan conforme al tratado firmado;
- V. La manera en que el tratado cumple con los intereses de México, y
- VI. Las reservas que los países miembros del tratado establecieron y las razones.

Finalmente, La Ley establece la forma como se podrán llenar sus posibles lagunas:

Artículo 14. En todo lo no dispuesto por la presente Ley se aplicarán supletoriamente la Ley de Comercio Exterior, la Ley sobre la Celebración de Tratados y los demás ordenamientos que resulten aplicables.

Así, la creación de normas jurídicas internacionales, vía la celebración de tratados, es amplia y muy diferente a la creación de normas internas que sí involucra a las dos Cámaras del Congreso de la Unión y al presidente de la República. Sin embargo, ambos órdenes normativos conforman el orden jurídico del país.

III. EL CONTROL DE SU CONSTITUCIONALIDAD

Establecida ya la mecánica para la celebración de tratados y su validez jurídica, se debe analizar cuál es el control que asegure su constitucionalidad.

Al estudiar y resolver sobre la materia electoral, algunos ministros de la SCJN sostuvieron que existen dos tipos de control de la constitucionalidad de los tratados: el control concentrado y el control difuso.

El control concentrado es ejercido sólo por la SCJN y resuelve sobre la constitucionalidad total del tratado o de la norma internacional que se desea aplicar y, en su caso, resuelve sobre su nulidad.

En el control difuso cualquier órgano jurisdiccional del Estado puede resolver sobre la constitucionalidad de la norma internacional incorporada al derecho mexicano. En esta situación, el órgano decide sobre su constitucionalidad y la aplica o rechaza respecto del caso concreto.

En mayo de 1934 y en julio de 1946, la SCJN confirmó la jerarquía jurídica mexicana establecida en el artículo 133 constitucional y estableció un control difuso que permitía a los jueces locales decidir si la legislación estatal se apegaba a la Constitución Federal, a las leyes y a los tratados internacionales.

Los jueces de los estados se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados". *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª, Tomo XLI, 23 de mayo de 1934.

Posteriormente y en el mismo sentido, la SCJN estableció que:

los jueces de los Estados deberían desacatar esas leyes locales si se oponían la jerarquía señalada". *Semanario Judicial de la Federación*, 5ª época, Tomo LXXXIX del 16 de julio de 1946.

Sin embargo, en 1968, la SCJN cambió de opinión y se volvió a establecer el control concentrado al afirmar que:

Aun cuando existían precedentes en que jueces locales habían ejercido su control de la constitucionalidad, sólo habían habido casos aislados por lo que el control de la constitucionalidad correspondía únicamente al Poder Judicial de la Federación según lo establecía la propia Constitución Federal". (*Semanario Judicial de la Federación*, 6ª época, volumen CXXXV del 30 de septiembre. Criterio ratificado en 1999, *Semanario Judicial de la Federación*, 9ª época, Tomo X de agosto de ese año).

De esta manera, actualmente el control de la constitucionalidad sólo se ejerce de manera concentrada por el Poder Judicial Federal y por la vía de la acción de inconstitucionalidad o del amparo.

En este sentido, el artículo 105 constitucional ratifica que sólo la SCJN puede decretar la inconstitucionalidad de un tratado y lo hará a petición de los órganos que tienen la atribución expresa para ejercer la acción de inconstitucionalidad y que pueden ser indistintamente el Senado o el Procurador General de la República. Dicho artículo establece:

Artículo 105.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

- II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

- b) El equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, en contra de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión o de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano;
- c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano...

Finalmente, el control de la constitucionalidad también puede ser ejercido por cualquier persona que sienta que sus garantías constitucionales han sido agraviadas. Tal es el sentido de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

LEY DE AMPARO

Artículo 4.- El juicio de amparo únicamente puede promoverse por la parte a quien perjudique la ley, el tratado internacional, el reglamento o cualquier otro acto que se reclame, pudiendo hacerlo por sí, por su representante, por su defensor si se trata de un acto que corresponda a una causa criminal, por medio de algún pariente o persona extraña en los casos en que esta ley lo permita expresamente; y sólo podrá seguirse por el agraviado, por su representante legal o por su defensor.

Artículo 114.- El amparo se pedirá ante el juez de Distrito:

- I.- Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso.

Así, en México el control de la constitucionalidad de los tratados se opera de manera concentrada por el Poder Judicial de la Federación.

IV. SU JERARQUÍA DENTRO DEL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

Existen múltiples posiciones sobre la jerarquía de los tratados internacionales dentro del orden jurídico mexicano o de la pirámide jurídica de México, diría Hans Kelsen.

El análisis de este trabajo se basa en los textos constitucionales y en su antecedente: el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América (sic) que, en la parte que nos interesa, establece:

La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaran y todos los tratados celebrados o que se celebraren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país. Los jueces de cada Estado estarán

obligados a observarla aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado”.

En las constituciones mexicanas, se reprodujo dicho artículo:

Constitución de 1824:

Artículo 161.- Cada uno de los Estados tiene obligación de...

- II) Cuidar y hacer cuidar la Constitución y las leyes generales de la Unión y los Tratados hechos o que en adelante se hicieren por la Autoridad Suprema de la Federación con alguna potencia extranjera.

Constitución de 1857:

Artículo 126.- Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

Constitución de 1917:

Artículo 133.- Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.

Dicho artículo sólo ha sido reformado una vez, el 18 de enero de 1934:

Artículo 133.- Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados *que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren* por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados. (las cursivas son para indicar la variación en el texto)

De acuerdo con este texto, la pirámide jurídica mexicana es:

1. La Constitución.
2. Las leyes del Congreso de la Unión “que emanen de ella”.
3. Los tratados internacionales “que estén de acuerdo con ella”.
4. Las constituciones y leyes locales.

Sin embargo, diversas interpretaciones de la SCJN, en el ejercicio de la atribución que el constituyente original le otorgó para ser el único poder capaz de interpretar la CPEUM, ha variado la conformación de esta pirámide.

La SCJN ha siempre dejado claro que la Constitución está por encima de las leyes del Congreso de la Unión como de los tratados al requerir que las primeras “emanen de ella” y los segundos “que estén de acuerdo con ella”.

También ha sido clara al ratificar la supremacía de estas disposiciones al establecer que “Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.”

Pero no ha mantenido la misma congruencia respecto de los tratados y las leyes del Congreso. Unas veces ha situado a las leyes por encima de los tratados; otras ha elevado a los tratados internacionales por encima de las leyes del Congreso.

El análisis de la evolución de los criterios de la SCJN permite identificar seis posiciones para estudiar la parte alta de la pirámide jurídica mexicana:

- A. Los tratados están por debajo de la Constitución.
- B. Los tratados tienen el mismo nivel que la Constitución.
- C. Los tratados están por encima de la Constitución.
- D. Los tratados están por debajo de las leyes del Congreso.
- E. Los tratados están al mismo nivel que las leyes del Congreso.
- F. Los tratados están por encima de las leyes del Congreso.

A. LOS TRATADOS ESTÁN POR DEBAJO DE LA CONSTITUCIÓN

En el amparo en revisión 7798/47, Tomo 94, la SCJN estableció que los tratados estaban por debajo de la Constitución al afirmar que:

...los estudiosos de nuestra Constitución sostienen, invariablemente, que la ley suprema no fija la materia sobre la cual deben versar los tratados y convenciones

que celebre el Gobierno de la República; pero en lo que también está de acuerdo es que la locución “y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma” se refiere a que las Convenciones y Tratados no estén en pugna con los mismos preceptos de la Ley fundamental, es decir “que estén de acuerdo con la misma”. Es pues evidente que todo tratado o convenio que sea celebrado por el Presidente de la República, así esté aprobado por el Senado, pero que contradiga o esté en oposición con los preceptos de la Constitución, en los puntos o actos en que esto acontezca, no debe tener eficacia jurídica.

Esta definición ratificó la supremacía de la Constitución por sobre cualquier disposición normativa del orden jurídico mexicano.

B. LOS TRATADOS TIENEN EL MISMO NIVEL QUE LA CONSTITUCIÓN

Quienes defienden esta posición, afirman que los tratados pasan a ser Ley Suprema de un Estado cuando es la misma Constitución la que les da ese rango. Para los “internacionalistas” mexicanos aun cuando la Constitución no lo establece expresamente, hay artículos de los cuales se puede desprender este criterio:

Artículo 27.- La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional...

... y el espacio situado sobre el territorio nacional, en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional. (final del párrafo 4º)

Son propiedad de la Nación las aguas territoriales en la extensión y términos que fije el Derecho Internacional. (inicio del párrafo 5º)

Artículo 42.- El territorio nacional comprende:

- V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;
- VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.

A partir de estos artículos, México acepta la norma internacional en un “diga lo que diga”. El Derecho Internacional fija el límite en 12 millas a partir de la costa y México lo acepta como si hubiera sido el constituyente nacional el que lo hubiera precisado. Es más, al ser el texto tan amplio, acepta que si el Derecho Internacional

cambia ese límite, éste sería inmediatamente reconocido por México sin necesidad de tener que realizar algún trámite legal interno.

Algunos “internacionalistas” sostienen que dicho artículo es prueba del reconocimiento mexicano a situar a los tratados como norma con rango constitucional y que, por lo tanto, el Derecho Internacional es fuente directa y norma suprema en el derecho nacional. Por esta razón, cualquier controversia que surgiera entre las normas internacionales y las leyes nacionales, necesariamente se resolvería a favor de las internacionales porque su rango es constitucional. El artículo 27 supondría la aceptación del constituyente para que el Derecho Internacional tenga la equivalencia de norma constitucional.

Los “constitucionalistas” no lo aceptan y sostienen que es solo un caso aislado que de ninguna manera atribuye tan alto nivel jerárquico a los tratados. Un caso que se explica por las consecuencias internacionales que conlleva y porque es un trato entre Estados para asegurar la convivencia internacional.

En lo general, pretender que los tratados tengan el mismo rango que la Constitución, se abre a dos consideraciones:

Primera, el tratado está de acuerdo con la Constitución y ella misma establece esa jerarquía a los tratados. En esta situación, los tratados se vuelven Constitución y debieran adquirir las mismas características de la Carta Magna, que generalmente la hacen rígida y escrita. No es el caso mexicano porque la Constitución no lo señala.

Pero aun si lo estableciera, surgiría el problema de las reformas a la Constitución y a los tratados. En México sólo puede ser reformada por el poder reformador de la Constitución que ella misma prevé: el Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados.

Pero este poder no puede reformar los tratados que tienen un origen jurídico diferente y no nacional. Entonces para dejar de aplicarlos o reformarlos se debieran tener dos opciones: a) que sea el poder reformador de la Constitución el que les quite validez, y b) aceptar que puedan ser reformados o denunciados a decisión de quien originalmente los aprobó, en nuestro caso la Cámara de Senadores. Sin embargo, esto tampoco podría ser ya que la trascendencia de un tratado es internacional y no puede quedar sujeta a una instancia nacional.

Sería la instancia internacional creadora del tratado la única autorizada para reformar los tratados y al hacerlo estaría adicionando o reformando la Constitución.

Segundo, cuando el tratado contradice a la Constitución. Entonces los doctrinarios coinciden en que no puede haber oposición entre las dos normas por lo que para que el tratado pueda efectivamente ser Ley Suprema es preciso primero reformar la Constitución, por la vía del Poder Constituyente Permanente, eliminando las oposiciones.

Lo anterior nos lleva a los equilibrios constitucionales. Si el Presidente celebra un tratado contrario a la Constitución, el Senado simplemente no lo aprueba y no entra en vigor. Y si el Senado no actuara como esperado, existe todavía el control de la constitucionalidad ante el Poder Judicial de la Federación vía la atribución del Estado otorgada al mismo Senado y al Procurador General de la República.

C. LOS TRATADOS ESTÁN POR ENCIMA DE LA CONSTITUCIÓN

En estos casos, las mismas constituciones establecen que los tratados internacionales tienen una supremacía frente a la Constitución. Es decir, tienen la capacidad de sustituirse plenamente al constituyente nacional y de ser fuente para reformas constitucionales de aplicación inmediata. Es común que esta supremacía de los tratados sobre la Constitución se origine principalmente en el caso de los Derechos Humanos.

Este criterio de igualdad constitucional no se aplica en México pues, como analizado, el artículo 133 constitucional establece la supremacía de la Ley Fundamental.

D. LOS TRATADOS ESTÁN POR DEBAJO DE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN

Como analizado en la primera parte de este apartado, las Constituciones mexicanas, particularmente las de 1857 y 1917, son muy claras al establecer el orden jurídico del país.

En la cima de la pirámide ubican a la Constitución, en segundo lugar a las leyes del Congreso que emanen de ella, en tercero a los tratados internacionales y, después a los órdenes jurídicos de las entidades federativas.

Lo anterior nos lleva a concluir que ninguna ley del Congreso puede ir en contra de la Constitución o no estar soportada por ella. De la misma manera, los tratados deben estar de acuerdo con la Constitución y con las leyes del Congreso. Se entendería que en caso de un conflicto de leyes prevalecerían las leyes del Congreso.

Varias disposiciones legislativas del Congreso expresamente señalan esta jerarquía:

Ley del Servicio Postal Mexicano (1986)

Artículo 6.- El correo y los servicios diversos se rigen por esta Ley, por los tratados y convenios internacionales y por las demás leyes y reglamentos aplicables.

Ley de Caminos, Puentes Y Autotransporte Federal (1993)

Artículo 4.- “A falta de disposición expresa en esta Ley o en sus reglamentos o en los tratados internacionales, se aplicarán...”

Ley Federal de Telecomunicaciones 1995

Artículo 8.- A falta de disposición expresa en esta Ley y en sus reglamentos o en los tratados internacionales, se aplicarán...”

Así, este criterio que da mayor jerarquía a las leyes del Congreso sobre los tratados, ha sido aplicado en la jerarquía del orden jurídico mexicano y prevaleció desde el principio.

E. LOS TRATADOS ESTÁN AL MISMO NIVEL QUE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN

En una sentencia dictada en 1928, la SCJN estableció que:

Las estipulaciones contenidas en los tratados celebrados con las potencias extranjeras tienen fuerza de ley para los habitantes del país

Años más tarde, en el Amparo en revisión 256/81, la misma SCJN afirmó que:

El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otros es el mismo.

Este criterio fue retomado en 1992, en el Amparo en revisión 206/91 al establecer la SCJN que:

De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella como los tratados internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan ambos el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas del orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.

La SCJN cambió su forma de pensar y elevó el rango de los tratados para situarlos al mismo nivel de las leyes del Congreso pero debajo de la Constitución.

A pesar de que en 1999, la SCJN resolvió que serían los tratados los que estarían por encima de las leyes, posteriormente reiteró el criterio de ubicar a los tratados y leyes en un mismo nivel jerárquico, a través de la tesis que emitió en abril de 2007, a la que nos referimos más adelante (ver tema V).

F. LOS TRATADOS ESTÁN POR ENCIMA DE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN

Bajo este concepto, los tratados internacionales tienen supremacía sobre las leyes internas. Es decir, que el nivel jurídico inmediato inferior a la Constitución, está ocupado por los tratados y, por lo tanto, frente a un posible conflicto entre el tratado y las leyes internas sólo quedan dos posibilidades: o se modifican dichas leyes para quedar de acuerdo al tratado, o se aplica el principio de que una ley posterior deroga a la anterior y se hace prevalecer al tratado.

En México, la posición de la SCJN sobre la jerarquía de los tratados volvió a cambiar en este sentido según tesis del año 1999 en el Amparo en revisión 1475/98:

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y de que aunque en principio la expresión "...serán la Ley Suprema de toda la Unión..." parece indicar que no solo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema ha encontrado, en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y

misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y del local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al Presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado sino que por mandato expreso del propio artículo 133, el Presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que “las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una Posición diversa en la tesis P.C/92 publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Es necesario aclarar que el propósito de esta tesis no fue determinar la jerarquía del orden jurídico mexicano aunque esa fue su consecuencia. El origen de esta tesis está en proteger una garantía individual que la misma Constitución establece y que consiste en la libertad de asociación. El problema se suscitó porque la ley que rige el trabajo burocrático establece que solo habrá un sindicato por dependencia y el convenio 87 de la Organización Internacional del Trabajo prohíbe, al igual que la CPEUM, restringir el derecho de asociación sindical. Con esta tesis, y apoyándose en las normas internacionales al declararlas por encima de las nacionales, la SCJN lo que protegió fue la garantía individual.

En síntesis, esta tesis señala que el orden jurídico mexicano quedó establecido en:

1. La Constitución Federal,
2. Los tratados internacionales, y
3. Las leyes federales y las locales.

Independientemente a la crítica que se le hace a la SCJN respecto a que con sus interpretaciones a la Constitución se vuelve un verdadero poder reformador de la misma, a esta tesis se le hacen diversas observaciones, entre ellas:

- a) No distingue entre los tratados y a todos les da un nivel igual. La realidad es que los tratados se celebran sobre muchas materias y no todas son de la misma importancia como para hacerlos prevalecer a todos sobre las leyes del Congreso de la Unión.

Un ejemplo de lo anterior sería la Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica de 2004, que si bien, como ya visto, por un lado establece una jerarquía superior a los tratados:

Artículo 9. Para la aprobación de algún tratado ya firmado deberá someterse al Senado junto con los siguientes documentos:

- II. Una explicación de cómo la aprobación del tratado afectará las leyes y reglamentos de México;

Por el otro, en su artículo 2º deja claro que hay dos tipos de tratados, los relativos a los derechos humanos y los económicos, y los primeros tienen mayor jerarquía que los segundos. Dicha disposición señala que los tratados económicos deben estar de acuerdo con la Constitución, al respetar tanto a los derechos humanos como a la división de poderes.

Es decir, que los tratados sobre Derechos Humanos que van acordes a las garantías otorgadas por la Constitución, están por debajo solamente de la Constitución y puesto que los tratados económicos están subordinados a los Derechos Humanos, este hecho los ubica por debajo de los tratados relativos a los Derechos Humanos. En fin, hay autores que insisten en que se debió establecer una jerarquía entre los tratados.

- b) De igual manera, no es correcta al solo hablar de leyes federales y darles a todas la misma jerarquía e importancia. Si bien la Constitución solo habla de leyes del Congreso y doctrinalmente se considera a la Carta Magna como la Ley Primaria y a todas las demás como leyes secundarias, es evidente que hay niveles entre las leyes federales que son las secundarias.

Para varios autores y titulares de los órganos judiciales, la SCJN perdió una buena oportunidad para fijar una clasificación entre las leyes federales. Así, habría las leyes constitucionales que son las que directamente reglamentan la Constitución, y las leyes ordinarias. Las primeras no pueden estar por debajo de los tratados. Lo mismo sucedería si se hablara de leyes generales y específicas.

- c) Finalmente, hay autores que insisten en que también es incorrecto señalar que las leyes federales y las locales tienen la misma jerarquía. Para ellos, el problema no es de nivel sino de competencia. Ambas son igualmente válidas en su esfera de competencia y no están subordinadas unas a otras. La lógica constitucional exige que las leyes federales emanen de la Constitución y que las locales, sean constituciones o leyes secundarias, se apeguen a lo establecido por las disposiciones federales.

Así, pues, en el caso de los órdenes jurídicos locales su relación con el orden federal no es de subordinación sino de competencia aunque es clara la disposición al indicar que no podrán contradecir a la Constitución Federal. Así lo establece el artículo 41 de la Constitución, en su primer párrafo:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Bajo la lógica de estas observaciones, en la cima de la pirámide jurídica debe estar la Constitución Política y en segundo lugar las leyes "constitucionales" (que son las que directamente reglamentan alguna parte de la Constitución) y los tratados internacionales para que en un tercer lugar estén las leyes federales y las locales, mismas que no entrarían en problemas de jerarquía pues son competencialmente diferentes.

V. UN ENFOQUE DIFERENTE: EL PROBLEMA NO ES DE JERARQUÍA SINO DE COMPETENCIA

Recientemente la SCJN emitió una jurisprudencia según la cual una nueva interpretación sistemática de la Constitución establece no una jerarquía del orden jurídico mexicano, o mejor dicho de los órdenes jurídicos que existen en el Estado Mexicano sino un sistema de competencias. Desde este punto de vista, la Constitución no establece una jerarquía normativa sino que determina la competencia de los diferentes órdenes jurídicos. La inconstitucionalidad de una norma no derivaría de no apegarse al texto constitucional, sino de invadir competencias de otros órdenes jurídicos.

La jurisprudencia P/J 136/2005, SJF, Tomo XXII, Novena Época, establece:

Estado Mexicano. Órdenes Jurídicos Que Lo Integran.

De las disposiciones contenidas en los artículos 1º, 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Éste último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera de competencia de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla.

La aceptación de que existen cinco competencias no invalida el concepto de jerarquía del orden jurídico. Cada competencia es un orden jurídico en sí mismo en el que priva la jerarquía, es decir, una norma superior subordina a la inferior.

Lo que se invalida es la aplicación del concepto de jerarquía entre las competencias. Es decir, una norma de competencia federal no es superior a una norma de competencia estatal y ésta no es superior a una norma de competencia municipal. Simplemente son normas que pertenecen a órdenes jurídicos y competencias diferentes y si hay oposición entre ellas lo que debe decidirse es a cuál orden jurídico es el competente para ser aplicado.

Para este efecto la SCJN se erige como Tribunal Constitucional y es la que resuelve el conflicto de competencias con base en lo establecido en la Constitución.

En México y en el caso de los tratados surge el problema de que son suscritos por la competencia federal y no toma en cuenta las otras competencias, particularmente las de las entidades federativas a las cuales va a obligar al formar parte de

sus respectivos órdenes jurídicos. Al respecto ya se mencionó que no resulta válido sostener que el Senado es el representante de las entidades y de que cuando aprueba un tratado está representándolas, pues en todo caso las entidades deberían participar en forma directa como lo hacen en el poder reformador de la Constitución.

Sin embargo, la Constitución establece que el representante del Estado Mexicano es la Federación y a los Estados no los hace partícipes de la política exterior, aunque la Ley Sobre la Celebración de Tratados en Materia Económica, en su artículo 1º, los faculta para establecer “acuerdos institucionales” con órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales. Lo que equivale a reconocerles el derecho a firmar tratados internacionales, bajo otra denominación.

De acuerdo a los artículos 89 y 76 de la Constitución, es la Federación la competente para celebrar y aprobar tratados prácticamente en cualquier materia y al obligar al Estado mexicano obliga a todas sus partes incidiendo en sus respectivos órdenes jurídicos y competencias aun si no participaron en su negociación y firma. Evidentemente, esta opinión es cuestionada desde el punto de vista del federalismo.

En esta perspectiva, el problema radica en que de acuerdo al artículo 133, los tratados “que estén de acuerdo con la Constitución” son Ley Suprema y todos los órdenes jurídicos de todas las competencias los deben cumplir.

La SCJN, en su carácter de Tribunal Constitucional, es la responsable de vigilar que esto suceda. De esta manera, el tratado adquiere carácter “constitucional” y las normas federales, estatales y de los demás órdenes jurídicos lo deben cumplir en la esfera de sus competencias. La SCJN resolverá los conflictos que puedan surgir entre las diversas competencias relativos a ese cumplimiento.

Pero, hacer de los tratados una norma “constitucional” sin que esté inscrita en ella, significa que las “normas constitucionales” pueden no estar en el texto de la Constitución aun si el constitucionalismo nacional es rígido y escrito.

Aceptar lo anterior, nos lleva al concepto de “constitucionalismo global” y de “bloque de constitucionalidad”. El primero implica que, cada vez más materias que se deben regir por normas internacionales provenientes de los tratados que determinan principios, normas y jurisdicciones internacionales.

Por su parte el “bloque de constitucionalidad” acepta que los principios y criterios constitucionales no están todos y únicamente en el texto de la Constitución, sino que pueden provenir de otras fuentes nacionales como las leyes del Congreso, en su totalidad o sólo alguno de sus artículos, o de fuentes internacionales, como los tratados, de los que se extraen principios que también pasan a ser constitucionales.

Los componentes del “bloque de constitucionalidad” estarían definidos por el Tribunal Constitucional del país y lo podría hacer de dos maneras, que pueden no ser excluyentes: *ab-intra* y *ab-extra*.

- a) *ab intra*: en este caso, el bloque estaría conformado por leyes nacionales y otras fuentes internas de las que se obtendrían criterios y principios constitucionales y que, de manera precisa, fueran señaladas. Materialmente todas ellas conformarían la Constitución y serían la base para su aplicación.
- b) *Ab-extra*: el bloque estaría formado por las normas, criterios, tratados y, entre otras, jurisprudencias internacionales que se utilizarían para interpretar las normas constitucionales internas pero asegurando un “constitucionalismo global”.

Es en este sentido que, en 2007, la SCJN emitió una nueva tesis en la que ratifica la supremacía de la Constitución y sitúa al mismo nivel jerárquico a las leyes federales y a los tratados internacionales. Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. Novena Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXV, Abril de 2007, Tesis VIII/2007.

En síntesis, la tesis afirma que:

A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de “supremacía constitucional” implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la “Ley Suprema de la Unión”, esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.

La SCJN hace referencia a dos tipos de leyes del Congreso: las federales, que sólo se aplican en el orden jurídico federal y aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano y que serían las consideradas como “constitucionales”. La Constitución, éstas leyes y los tratados serían el “bloque de constitucionalidad” mexicano. (lo que nos devuelve a la necesidad de clasificar y jerarquizar a los tratados).

VI. SU APLICACIÓN Y CUMPLIMIENTO

La aplicación y cumplimiento de los tratados internacionales es también complejo. En el caso mexicano se tiene una posición monista nacionalista, es decir, que los tratados que cumplen los requisitos de fondo y forma se incorporan de inmediato al orden jurídico nacional y se vuelve obligatorio su cumplimiento. En estos casos es claro como los tratados son fuente internacional del derecho nacional y, según ya visto, en la tesis de la SCJN, los ubica por debajo de la Constitución pero por encima de las leyes del Congreso de la Unión.

Los tratados internacionales pueden ser auto-ejecutivos, de aplicación inmediata luego de su publicación, o hetero-ejecutivos y requerir un proceso legal nacional para su aplicabilidad como puede ser la emisión de una ley o un reglamento. La tendencia internacional es que sean auto aplicativos, es decir que una vez firmados se empiecen a aplicar por los tribunales nacionales.

Lo cierto es que aceptado el tratado como norma jurídica y definida su jerarquía en el orden jurídico nacional, su aplicación es obligatoria para las instancias judiciales internas y se debe reflejar en sus sentencias. Surge en estos casos la aplicación a la letra o la interpretación del tratado.

Para analizar la aplicación de los tratados es preciso referirse al conflicto de leyes bajo dos supuestos:

Primero: Las leyes del Congreso de la Unión y los tratados tienen la misma jerarquía, ¿cuál debe aplicarse para la resolución de un caso concreto?

Generalmente se aplica el principio *lex posterior derogat priori*, que equivale a aplicar el principio de que una ley posterior deroga a la anterior. Así, si el tratado es posterior deroga a las leyes del Congreso. En este caso la norma internacional, sobre la que no tenemos más opción que aceptarla o rechazarla dado su origen jurídico, se sobrepone a la norma interna sobre la cual tenemos total control.

Pero el caso se complica si la ley es posterior al tratado. Aquí puede ser que a) la ley se oponga al tratado o b) que impida la aplicación del tratado.

a) La ley se oponga al tratado.

En este caso, correspondería al Poder Judicial de la Federación, léase la SCJN en funciones de Tribunal Constitucional, declarar la constitucionalidad de la ley o del tratado y dictaminar cual prevalece.

Pero de aplicar la tesis de la SCJN que sitúa a los tratados inmediatamente por debajo de la Constitución, es claro que frente a un conflicto con las leyes federales, debe prevalecer el tratado.

b) La ley no permita la aplicación del tratado.

Aún cuando el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un Estado no puede invocar su derecho nacional como una justificación para no cumplir con un tratado, es claro que un Estado puede hacer prevalecer su ley interna y no cumplir un tratado y aceptar las consecuencias internacionales de ello.

Segundo: Que los tratados estén por arriba de las leyes nacionales. En este caso, el conflicto tendría que resolverse a favor del tratado.

Finalmente, la aplicación de los tratados conlleva, frecuentemente, una interpretación de los mismos. La CPEUM establece que corresponde al Senado y al presidente interpretar los tratados pero esto debe hacerse con los criterios de los instrumentos internacionales y a la luz de las sentencias y jurisprudencias que emitan las instancias diseñadas para velar por su aplicación (las Cortes Internacionales).

Es claro que los tribunales del orden nacional sin duda también interpretan a los tratados al aplicarlos a casos concretos, pero se deben regir por dos principios: primero, con los criterios y jurisprudencias internacionales ya mencionados y, segundo, aplicando el principio de "progresividad", es decir, con criterios nacionales siempre que sean más benéficos que las disposiciones internacionales, particularmente en lo referido a los Derechos Humanos.

Es en este último caso en el se ha generado el principio aceptado por las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos y que se enuncia como "la cláusula del individuo más favorecido" que implica la prevalencia de los tratados más favorables a los Derechos Humanos sobre las normas de la propia Constitución. Significa también lo contrario, es decir, la prevalencia del orden jurídico nacional sobre el internacional si es más benéfico al individuo.

Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en la siguiente disposición legal mexicana:

Ley Federal del Trabajo

Artículo 6. Las Leyes respectivas y los tratados celebrados y aprobados en los términos del artículo 133 de la Constitución serán aplicables a las relaciones de trabajo en todo lo que beneficien al trabajador, a partir de la fecha de la vigencia.

La no aplicación unilateral de un tratado, su incumplimiento, puede llevar al Estado frente a jurisdicciones internacionales en las que puede ser absuelto o condenado. En este caso, la soberanía nacional somete una decisión nacional a una jurisdicción internacional. Algunos países lo tienen previsto y hacen obligatorio el acatamiento de la resolución que se emita. Son varias las jurisdicciones internacionales existentes. Entre ellas, la Corte Internacional de Justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Tribunal Internacional de Derecho del Mar, la Corte Penal internacional y la Corte Permanente de Arbitraje.

Otros países rechazan someterse a la jurisdicción internacional y entonces tienen tres opciones: a) no adherirse al tratado; b) denunciar el tratado. Es decir, cuando el Estado decide separarse de su compromiso internacional utilizando los mecanismos previstos para ello. Al sustraerse del tratado, es evidente que deja de ser parte de su orden nacional. Sin embargo, todos los actos o decisiones que se hayan realizado o tomado mientras estuvo vigente el tratado y formó parte del orden jurídico interno, tendrán plena validez y responsabilidad para el Estado miembro y; c) aceptar la condena política internacional por su incumplimiento.

CONCLUSIONES

- I. Los tratados son normas jurídicas pero México maneja una posición monista nacionalista que los incorpora en un solo orden jurídico y sitúa en la cima de su pirámide jurídica a la Constitución al exigir que los tratados “estén de acuerdo con ella”.
- II. La celebración de tratados internacionales sólo involucra al Poder Ejecutivo Federal y a la Cámara de Senadores que, para este efecto, ejercen una función materialmente legislativa al más alto rango del orden jurídico mexicano. Por esta misma razón, se debe analizar la participación de la Cámara de Diputados.
- III. Al considerar a los tratados como Ley Suprema de toda la Unión, no se hace distinción alguna respecto de las materias sobre las que se celebran y a todos se les otorga la misma jerarquía. Es claro que no todos la deben tener y que se hace indispensable una clasificación de los tratados y una diferente ubicación en el orden jurídico.
- IV. El Poder Judicial de la Federación debe continuar como instancia única para resolver controversias sobre aplicación interna de un tratado internacional.
- V. La SCJN debe tener una posición única sobre la jerarquía de los tratados para lo que será conveniente su clasificación según su importancia.

- VI. Si la SCJN es Tribunal Constitucional y al ser clara la tendencia a crear un “bloque de constitucionalidad”, se debe establecer también una jerarquía de las leyes para que las que se clasifiquen como “constitucionales” sean parte de ese bloque que se aplica a todos los órdenes jurídicos que existen en el país.
- VII. De definirse un bloque constitucional en México, sin duda, los tratados internacionales con mayor trascendencia deben formar parte de él.

Cuadernos de Trabajo. Seminario de Derecho Internacional. *“Curso de actualización de profesores de derecho internacional privado”*, editado por la Facultad de Derecho. Se terminó de imprimir en 30 de septiembre de 2009, en los talleres de Creativa Impresores, S.A. de C.V. Quetzalcóatl 69, Tlaxpana, Miguel Hidalgo, 11320, México, D.F. Tel. 5703-2241. En su composición se utilizaron tipos Adobe Garamond (24/26, 12/14 ptos.), Book Antiqua (9/11, 10/13, 11/13, 12/14 ptos.), Calibri (12/14, 16/18 ptos.), Clarendon (10/12 ptos.), Gattineau (14/18 ptos.) e ITC Kabel (12/14, 16/18 ptos.). Las medidas son 17 × 23 cm, los interiores se imprimieron en papel cultural de 75 grs. y los forros en cartulina couché de 200 grs. La edición estuvo al cuidado del Lic. Alberto J. Montero. La edición consta de 500 ejemplares.