



Anuario Mexicano de Derecho

Internacional

ISSN: 1870-4654

amdi\_iij@yahoo.com.mx

Universidad Nacional Autónoma de  
México  
México

Pereznieta Castro, Leonel

El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema  
jurídico mexicano

Anuario Mexicano de Derecho Internacional, vol. XV, 2015, pp. 773-816

Universidad Nacional Autónoma de México

Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=402741202021>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal  
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

# El derecho internacional privado y su normatividad en su incorporación en el sistema jurídico mexicano

*Private International Law, its provisions and their  
incorporation into the Mexican legal system*

Leonel Péreznieta Castro\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Características propias de la norma internacional*. III. *Los derechos humanos y la reforma constitucional*. IV. *Conclusión*.

\* Profesor en la UNAM; investigador nacional Nivel III por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología; asesor externo del Despacho Jáuregui y del Valle, S.C. (Ciudad de México) y miembro del grupo de Consultores Externos en materia de DIPr de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

El autor publicó parte este trabajo en el *Boletín de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Venezuela*, de la cual le cabe el honor de ser miembro honorario.

Artículo recibido el 10 de junio de 2014  
Aprobado para publicación el 24 de septiembre de 2014

**RESUMEN:** El presente trabajo intenta mostrar el estado del arte en cuanto a la incorporación de la normatividad derivada del derecho internacional privado y dar respuesta a algunas interrogantes. El objetivo es dejar lo más claro posible que la norma jurídica internacional hoy en día, se incorpora a los sistemas jurídicos nacionales, de diversas maneras. Que el Estado nacional como categoría de análisis es vigente pero también es importante recordar “la universalización de normas y la generalización de los valores” y la definición de las entidades individuales. Cambio que va acompañado ahora a los desplazamientos del individuo y las familias y a las grandes transformaciones de la economía. La norma jurídica internacional se integra al sistema jurídico mexicano también de diferentes formas que se intentan explicar en este trabajo y su incorporación hoy en día ya puede medirse en sus efectos en la modernización del sistema jurídico mexicano.

**Palabras clave:** norma jurídica internacional, recepción del derecho internacional, reforma constitucional.

**ABSTRACT:** This article aims to show the state of the art regarding the incorporation of the norms product of Private International Law and it tries to answer some questions. The objective is to make it as clear as possible that the international legal norm today is incorporated into national legal systems in several ways. The Nation State as a category of analysis is legitimate but it is also important to remember the “universal generalization of rules and values” and the definition of the individual entities. This evolution is now going synchronized to the movements of individuals and families and the large transformations of the economy. The international legal norm is integrated into the Mexican legal system in different ways that we attempt to explain in this paper and its incorporation today can be measured by its impact on the modernization of this legal system.

**Key words:** international legal rule, reception of international law, constitutional reform.

**RÉSUMÉ:** Ce travail essaie de démontrer l'état de l'art de l'incorporation de la normativité dérivée du Droit international privé et de donner des réponses à quelques questions. L'objectif est de clarifier de la meilleure façon possible l'idée qu'en ce moment la norme juridique internationale est incorporée de différentes manières aux systèmes juridiques nationaux. Bien que l'État nationale soit en vigueur, c'est important de se souvenir de l'universalisation des normes, de la généralisation des valeurs et de la définition des entités individuelles. Ce changement va être rythmé à présent par les déplacements de l'individu et des familles et par les grandes transformations de l'économie. La norme juridique internationale s'intègre aussi au système juridique mexicain sous plusieurs formes qui seront expliquées dans ce travail et dont l'incorporation en ce moment peut se mesurer à ses effets dans la modernisation du système juridique mexicain.

**Mots-clés:** Norme juridique internationale, réception du Droit international, réforme constitutionnelle.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante 60 años (1928-1988) el sistema jurídico mexicano fue un sistema territorialista absoluto lo que provocó un aislamiento jurídico de México con respecto al resto del mundo. Entre las razones que provocaron esta situación, pueden señalarse dos muy importantes: las invasiones sufridas por el país en el siglo XIX y principios del XX, en catorce ocasiones,<sup>1</sup> y segunda, con esos antecedentes, el nacionalismo mexicano<sup>2</sup> fue reforzado por las ideas emanadas de la Guerra de Revolución (1910-1917). Esa cruenta guerra civil que produjo una profunda corriente nacionalista. Amén de que geográficamente la frontera de México con los Estados Unidos siempre ha sido causa de reivindicaciones nacionalistas.<sup>3</sup>

Por otro lado, el *statu quo* del territorialismo de leyes<sup>4</sup> cómodo para los jueces al aplicar una sola ley, se acabó de la noche a la mañana cuando el gobierno decidió cambiar el modelo económico del país (1986)<sup>5</sup> y México

<sup>1</sup> “Desde su independencia, México vivió bajo la amenaza de las potencias extranjeras, primero de España, después de Francia y de los Estados Unidos. La invasión norteamericana (la de 1846, hubieron 7 invasiones más por parte de este último Estado) fue evidentemente la tragedia más grande que vivió el país”. *Disputa sobre la Soberanía (1848-1876)*, México, Senado de la República, 2000, t. II, p. 16. Esta tragedia incluyó, además de la muerte de cientos de miles de patriotas, la pérdida de la mitad del territorio nacional.

<sup>2</sup> “El nacionalismo forzado del Presidente Benito Juárez, hizo que estableciera en su agenda a) La nueva política mexicana en las relaciones internacionales (de inicio declaró) la inexistencia de los tratados y convenciones firmadas con los países europeos: (España y Francia) que nos invadieron y que apoyaron al imperio. Era un acto de justicia y de soberanía, lo mínimo que podía hacer el gobierno para ser respetado en el extranjero”. En *Disputa sobre la soberanía*, cit., p. 213. Juárez declaró ante el Congreso en 1861: “El intento de intervención monárquica europea (el imperio de Maximiliano acababa de ser derrotado después de 4 años de luchas) hizo que solo conserve México buenas relaciones de amistad con las Repúblicas (que) demostraron sus simpatías por las causas de independencia y de libertad de México” (*Ibidem*). De ahí, parte el americanismo de Juárez, que en realidad era un etnocentrismo, por las razones antes apuntadas.

<sup>3</sup> En la Guerra de 1846, los Estados Unidos arrebató a México, la mitad de su territorio. Además de las múltiples invasiones.

<sup>4</sup> Para una mayor información sobre el concepto ver: Pereznieta, L., “La tradition territorialiste en droit international privé dans les pays d’Amérique Latine”, *Recueil des Cours de l’Academie de Droit International*, t. 190, 1985-I, pp. 336 y ss.

<sup>5</sup> Sobre este episodio, véase Lustig y Nova, *Méjico hacia la reconstrucción de una economía*, Fondo de Cultura Económica, 1990.

se abrió al mundo y debió empezar a recorrer un camino, del que aún falta un largo tramo, para que el sistema jurídico cambie, se modernice y se acompañe a ese nuevo modelo económico de apertura con el mundo. Se trata de un tema, como muchos que se discuten en Latinoamérica, en el que se mezcla lo político con lo jurídico; sin embargo, de lo que ahora se trata es de reducirlo a lo jurídico, modernizarlo y sobre todo, entender que el derecho hoy en día, debe estar sensible, más que antes, al desarrollo de la economía, de los derechos humanos, de la movilidad de las familias y del comercio.<sup>6</sup>

Enfocado el fenómeno del nacionalismo desde la perspectiva antes esbozada, ahora lo miraremos del lado jurídico<sup>7</sup> a fin de ver por qué encontró cabida en el pensamiento jurídico latinoamericano.

La teoría del “dualismo jurídico” propuesta en Alemania por Henrich Tripel<sup>8</sup> y en Italia por Dionisio Anzilotti<sup>9</sup> que postula un derecho internacional distinto del nacional, fue rápidamente acogida en el subcontinente, al deslindar al derecho internacional del interno. Esta posibilidad, alentó a las corrientes nacionalistas para usar esta teoría como medio de defensa.<sup>10</sup> La tortuga metiéndose en su caparazón. Y no era para menos, recuérdese cuando las grandes potencias dictaban el derecho internacional y que el derecho del almirantazgo inglés fue todavía el derecho internacional de los mares, hasta la Segunda Guerra Mundial. Ningún país latinoamericano aceptó que ese derecho internacional les fuera obligatorio.

Pero ese velo de separación entre las dos realidades jurídicas, la interna y la internacional, que sirvió muchos años de protección, la globalización lo desapareció en el momento que se alcanzó la internacionalización de la economía, en la década de los años setenta.<sup>11</sup> Cuando se empezó a vivir un mundo internacionalizado a pesar de que muchos gobiernos aún no han

<sup>6</sup> Sobre este tema, consultar: Lopes Saldaha, J. M y Pacheco Veira, L., “Nuevas geometrías y nuevos sentidos: Internacionalización del derecho e internacionalización del dialogo de los sistemas de justicia”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, t. XIV, 2014, pp. 545 y ss.

<sup>7</sup> Sobre este tema, consultar: Pereznieta Castro, L., “Dos mitos en el Derecho Internacional Privado mexicano: ‘La cláusula Calvo’ y ‘la zona prohibida’ o ‘zona restringida’”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 2, abril de 1997, p. 111.

<sup>8</sup> Volkevrecht und Landesrecht, Leipzig, 1899.

<sup>9</sup> *Studi Critici di Diritto Internazionale Privato*, núm. 104, 1898.

<sup>10</sup> Como fue el caso de una serie de destacados juristas latinoamericanos, como Carlos Calvo, Gerardo Estrada, Luis María Drago, etcétera.

<sup>11</sup> Sobre este tema: González González, M. L., *Teoría acerca de la soberanía y la globalización*, México, Porrúa, 2005, pp. 97-135.

querido verlo así.<sup>12</sup> Sin embargo es necesario que hoy se deba complementar la formación de los juristas fundamentalmente interna, con la discusión de los principios internacionales a fin de enriquecer su universo jurídico.

Veamos ahora, algunas ideas que nos conducirán hacia la materia de nuestro estudio.

El mundo globalizado tiene entre otros tributarios a los acuerdos entre países, tratados y convenios internacionales por un lado, y por el otro, de manera muy importante, a aquella multitud de transacciones bancarias, comerciales y de servicios (pagos y transferencias internacionales, aceptación y entrega de mercaderías y servicios, etcétera) de un país o continente a otro, que realizan los particulares a escala mundial y que se incrementó considerablemente con los medios electrónicos de comunicación y el transporte y que hoy, esa normatividad que regula todas esas transacciones, forma parte del *corpus juris* del derecho comercial internacional.<sup>13</sup> Estas dos formas de generar normatividad internacional, entre otras, sirven para trazar la línea de separación con respecto al fenómeno de creación normativa interna. Las diferencias de creación y de naturaleza de estos tipos de normatividad, deben ir acompañadas de formas distintas de análisis y de aplicación, especialmente en los sistemas jurídicos internos latinoamericanos. Sin que esto afecte al tráfico jurídico internacional.

Este punto tan definido y discutido en el contexto jurídico mundial, con frecuencia se le pierde de vista. Quizá porque en el fondo se teme a que, con esas ideas lo tachen a uno de dualista por sostener la diferencia entre ambos sistemas jurídicos que como lo mencionamos, fue uno de los postulados precisamente de esta doctrina;<sup>14</sup> sin embargo la tesis que se sostiene

<sup>12</sup> Se ha afirmado que “Las comunidades nacionales o estatales que no dispongan de un derecho interno eficaz o idóneo, no participarán en el proceso de globalización y si lo hacen lo llevarán a cabo con afectados pasivos. Garrido Gómez, M. I., *Las transformaciones del derecho en la sociedad global*, España, Monografías Alanzodi, 2010, p. 47. Por su parte, Jürgen Habermas, sostiene la tesis de que el Estado nacional “no es hoy ningún lugar de retorno, sino un tipo de organización cuyo carácter problemático se vuelve cada día más hondo y visible y por tanto, solo un punto de partida hacia un nuevo tipo de organización política que lo revitalice”, *Más allá del Estado Nacional*, trad. e introducción de Manuel Jiménez Redondo, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, pp. 8 y ss.

<sup>13</sup> En este sentido véase Borton, J. H. et al., *The evolution of the trade regime; politics, law and economics of the GATT and the WTO*, Princeton University, 2008, p. 27.

<sup>14</sup> Sobre este tema se puede consultar una obra con una visión moderna del tema: Maniuzzaman, A. F. M., “State Contracts in Contemporary International Law. *Morrist vs. Dualist Controversies*”, *European Journal International Law*, vol. 12, núm. 2, 2001, pp. 309-328.

en este trabajo está muy lejos de este postulado. Se trata, bajo un análisis moderno, que no atiende a sentimientos políticos o de defensa, sino simplemente a la constatación de la diferencia, y de ahí, rescatar los vínculos entre esos dos derechos, que les permitan funcionar coordinadamente en beneficio del tráfico jurídico internacional. Tal y como lo puso en claro hace casi 50 años el profesor R. Y. Jennings: “The first step then... is to establish a legal bridge between the contract and international law and the relevant municipal law, so that these system interact”.<sup>15</sup>

Se trata de cambiar el contenido político de la discusión del dualismo y transformarlo en una discusión jurídica que, en su sentido moderno, se ubica en torno al contrato porque éste es el vehículo más importante de las transacciones internacionales y de las relaciones familiares. Además de las consecuencias jurídicas de estas últimas que deben mantener continuidad y que los sistemas jurídicos internos deben apoyar, como por ejemplo, reconocer un matrimonio celebrado en un país distinto o darle efectos a una adopción internacional o a un divorcio, etcétera.<sup>16</sup>

Por su parte, los contactos comerciales de Latinoamérica con el mundo seguirán incrementándose al igual que los casos internacionales de familia. Hoy la movilidad familiar en busca de oportunidades de trabajo y de una mejor vida, es más frecuente.<sup>17</sup> Existe más información y los medios de transporte han contribuido a ese objetivo.

Varios de los principios que nos ocupan, están suficientemente discutidos por la doctrina; sin embargo, siempre hay muchas novedades que agregar al análisis. La realidad internacional tiene una velocidad que poco tiempo deja para la reflexión sobre las ideas que acaban de llegar cuando ya vienen otras nuevas que las remplazan. Precisamente, una de las características de la vida internacional, es su rapidez de desenvolvimiento, que el derecho internacional privado, trata de sistematizar con la creación de nuevos conceptos jurídicos.<sup>18</sup>

<sup>15</sup> *Rules Governing Contracts Between States and Foreign Nationals*, Cambridge, 1965, p. 127.

<sup>16</sup> Sobre este tema, consultar Dreyzin de Klor, Adriana, “Los nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional privado, familia, posmodernidad, derecho internacional privado”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 26, mayo de 2010, pp. 73 y ss.

<sup>17</sup> En el caso de México, la tasa de inmigración subió: en los últimos 10 años 27.80% (Instituto Nacional de Migración – flujo de entradas).

<sup>18</sup> Como la incorporación en su estudio de conceptos tales como: *Lex Mercatoria, Soft*

Entre los diversos principios del derecho internacional contemporáneo, aplicado a las relaciones privadas, vamos a abordar en el presente trabajo, el tema de la norma jurídica internacional, desde la perspectiva del derecho internacional privado (DIPr), porque aún persisten en el medio académico, en el profesional y en el judicial, ciertas imprecisiones que no atienden a la realidad misma de la dinámica de este tipo normatividad,<sup>19</sup> de ahí que aportemos ahora algunos elementos para la discusión, en especial de la norma jurídica internacional.

De la problemática anterior se abordarán en este trabajo los temas siguientes: ¿Cuáles son las características principales que hacen de la norma internacional, una norma propia para el DIPr? (II) entendido el concepto, procede que analicemos la forma como se considera, interpreta y aplica dicha norma en México (III) para concluir con unas observaciones sobre la aplicación de la norma internacional de los derechos humanos, como recientemente se ha planteado en este último país (IV).

## II. CARACTERÍSTICAS PROPIAS DE LA NORMA INTERNACIONAL

### 1. *Sus formas de creación*

De las formas más comunes de creación normativa internacional, se pueden distinguir cinco casos.<sup>20</sup>

*Law* y arbitraje comercial y de inversión, internacionales, etcétera (sobre los dos primeros, volveremos más adelante).

<sup>19</sup> Sin dejar de reconocer que afortunadamente han aparecido en los últimos 10 años trabajos de gran importancia sobre el tema como son, entre otros, el magnífico trabajo del profesor José Carlos Fernández Rozas, *Teoría y Praxis en la codificación del Derecho de los Negocios Internacionales* en: *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales* de Vittoria-Gasteiz, Universidad del País Vasco, 2002, pp. 1982-1996, y de Domingo C. Acevedo, “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Revista IIDH*, vol. 6, 1992, pp. 133 y ss. En México, los trabajos de los profesores Becerra, Manuel y de López Ayllón, Sergio, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, y *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del Derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997.

<sup>20</sup> Para una mayor información sobre el tema en el caso del análisis de la norma jurídica internacional, desde el punto de vista del derecho internacional público, véase Becerra Ramírez, M., “Hacia un nuevo sistema de recepción del derecho internacional en la Constitución

## **A. Las obligaciones que contraen los Estados mediante tratados o convenios internacionales**

Sobre este tema conviene analizar primero, el mecanismo de la incorporación de la norma jurídica internacional para luego estudiar el de los efectos e interpretación, por los tribunales nacionales, de la norma derivada de los tratados o convenios internacionales.

A reserva de estudiar el fenómeno más adelante desde la teoría jurídica del DIPr; en el caso de México, dicha incorporación se efectúa como sucede en la mayoría de países del subcontinente,<sup>21</sup> conforme a un filtro, mediante el cual se le otorga validez interna al derecho internacional. En México, dicho filtro o regla de reconocimiento que otorga validez a la norma jurídica internacional, se ubica, además, por su interpretación, en la jerarquía de ley suprema de la nación por debajo de la Constitución y por arriba de las leyes federales.<sup>22</sup> Con objeto de incorporar al sistema interno a la norma internacional, debe cumplirse con los requisitos constitucionales del artículo 133: los tratados celebrados por el presidente de la República, acordes con la Constitución y ratificados por el Senado, serán ley suprema en toda la Unión.<sup>23</sup>

Hasta aquí el dispositivo de incorporación es claro; sin embargo, a partir de este punto surgen interrogantes: ¿cómo incorporar internamente esa

mexicana”, en Serna de la Garza, J. M. et al., *Estado de derecho y transición jurídica*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

<sup>21</sup> Para una mayor información sobre este tema, se puede consultar, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México, Porrúa, 2000.

<sup>22</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, vols. 151-156, Sexta Parte, p. 196. C.H. Boheringshon, 9 de julio de 1981. Tribunal Pleno. Amparo en revisión 120/2002. Mc Cain Mexico, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

<sup>23</sup> 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. Sobre este tema: Pereznieta, L., “El Art. 133 Constitucional, una relectura”, *Revista “Jurídica”*, Universidad Iberoamericana, II-1995, pp. 265-292.

norma internacional? ¿La manera en que los jueces deben aplicar la norma internacional incorporada, en un país federal como México?, sobre todo, cuando existen y están perfectamente delimitados solo dos ámbitos de aplicación, el federal y el local.<sup>24</sup> Con este objetivo, miremos ahora brevemente una de las propuestas dentro de la teoría del derecho, sobre el tema que nos ocupa, para enseguida pasar a lo que sucede en la práctica.

En breve, el problema se plantea así, en México: existen hoy en día dos competencias constitucionales explícitas: la federal y la de los estados;<sup>25</sup> sin embargo, se requiere de una tercera competencia implícita, que sostenga la incorporación completa de los tratados internacionales y sobre todo, su aplicación en todo el territorio nacional.

Cuando nos referimos a “incorporación de los tratados internacionales” no nos limitamos a la concepción tradicional de incorporación del artículo 133 constitucional que lo estudia únicamente como mecanismo, sino más concretamente a la forma como esa incorporación se produce para efectos de la aplicación de esos tratados y en especial, a sus reglas de aplicación por parte de los jueces en todo el país, que es lo que importa al DIPr.

En un trabajo anterior<sup>26</sup> comentamos los argumentos que se habían expresado sobre la imposibilidad normativa de crear un tercer ámbito de competencia a nivel constitucional, que nos ofreció en un voto disidente, el ministro de la Suprema Corte de Justicia, doctor José Ramón Cossío<sup>27</sup> quien ha aportado recientemente nuevos elementos para el análisis del artículo 133 constitucional en relación con el 124. Procedo a hacer un resumen de esos argumentos.

El ministro Cossío plantea básicamente su propuesta a partir del sistema de competencias establecido en el artículo 124<sup>28</sup> constitucional: las facultades no concedidas a los funcionarios de la federación se considerarán reservadas a la de los estados. Es decir, al existir dos sistemas jurídicos

<sup>24</sup> Sobre este tema, consultar: Trigueros Saravia, Eduardo, “Los conflictos de leyes entre los estados de la Federación. Examen de la solución constitucional frente al sistema federal”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado*, núm. 1, octubre de 1996, pp. 9 y ss.

<sup>25</sup> Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta constitución a los funcionarios federales se entienden reservadas a los estados.

<sup>26</sup> “La incorporación del derecho internacional en el sistema jurídico mexicano”, *RMDI-PyC*, núm. 26, junio de 2010, pp. 93 y ss.

<sup>27</sup> Publicado en: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 867-882.

<sup>28</sup> Véase nota 24.

diferentes: el de la federación y el de los estados —nos dice el autor— no puede aceptarse que existan leyes generales y mucho menos leyes nacionales, salvo las excepciones que el propio autor indica.

De aceptar la existencia de este tipo de leyes generales o nacionales, para el doctor Cossío sería estar de acuerdo con el criterio sostenido en dos ocasiones por la mayoría de ministros de la SCJN, en el sentido de la existencia de un tercer nivel jurídico donde cabrían los tratados por encima de las leyes federales y debajo de la Constitución. Leyes que además, tendrían una aplicación nacional.

Dicho en otras palabras, si actualmente el sistema constitucional mexicano, en opinión del señor ministro Cossío, solo identifica leyes federales y leyes locales, no cabría aceptar otro tipo de normas jurídicas cuya naturaleza estuviese por encima de las leyes federales y debajo de la Constitución.

En las consideraciones de teoría del derecho que el ministro Cossío plantea, parte de la existencia de órdenes jurídicos parciales que se representan por un lado, en el de la federación, y por el otro, en el de los estados y por tanto no puede hablarse de una ley nacional, o de un “orden intermedio” de aplicación nacional, porque no hay una fuente constitucional que permita esa tercera jerarquía de normas que propugnan algunos autores internacionalistas y que se situaría entre la Constitución y las leyes federales; es decir, el “orden intermedio” donde esos autores ubicarían a los tratados internacionales.

El señor ministro expresa que ese alto tribunal está encargado de la “interpretación sistemática y armónica de la Constitución, no de la integración de tendencias internacionales”.

Se trata, en suma, de un análisis estricto de la Constitución, de la jerarquía de leyes y de las competencias en el sistema constitucional mexicano; sin embargo margina, en nuestra opinión, en exceso, al elemento internacional.

Critica el doctor Cossío, que el voto de la mayoría de la SCJN se basa en argumentos tales como “un mundo globalizado” y la “existencia de ciertos principios de derecho internacional” para llegar a la conclusión de que a los tratados se les debe colocar por encima de las leyes federales y debajo de la Constitución.

Según la tendencia constitucionalista actual el texto del artículo 124 es claro y preciso porque restringe las facultades de las autoridades federales a solo aquellos casos en que expresamente les sean concedidas quedando las restantes a favor de los estados. Es decir, solo dos ámbitos perfectamente

definidos. Una norma perfectamente discernible en la historia del sistema jurídico mexicano por la gran preponderancia que durante muchos años tuvo el Poder Ejecutivo Federal, en detrimento de las facultades concedidas a los Estados, pero que en todo caso, en nuestra opinión, se ha quedado corta y se encuentra apartada de la realidad internacional. Ya es hoy otra época y procede buscar el tercer ámbito de aplicación normativa, no solo en el texto expreso, sino en el que se deriva de la interpretación del artículo 133 constitucional, como fuente distinta de creación normativa. Un tercer ámbito normativo, al lado de los otros ámbitos parciales: el federal y el de los estados.

No es este el lugar, para plantear una polémica en torno a si los ámbitos de competencia reconocen o no ciertas interacciones que, en la práctica deben ser resueltas y cómo.<sup>29</sup> Nuestro tema se plantea en un ámbito limitado del DIPr.

En el DIPr la aproximación al tema se puede plantear en dos niveles de discusión, una teórica y una práctica: en la primera, la discusión se centra en determinar si existe o no la posibilidad de creación normativa que permita un tercer ámbito de aplicación de leyes, distinto al federal y al estatal y en la segunda, la necesidad de que, derivada de la normatividad internacional, se plantee la posibilidad de leyes nacionales, de aplicación en todo el país.<sup>30</sup>

Lo anterior está directamente vinculado con el artículo 133 que incorpora al sistema jurídico mexicano una normatividad que como ya se dijo, sus fuentes y naturaleza son distintas a la de las leyes federales y estatales. Por lo que se le debe dotar al sistema de un ámbito competencial diferente, acorde con la naturaleza de ese tipo especial de normas. Se trata, en suma, de un esfuerzo interpretativo que lleve a una armonización entre los artículos 124 y 133 constitucionales y al cual ya nos hemos referido.

El segundo nivel, el de la práctica, concretamente el de las necesidades que deben solucionarse con motivo de la mayor imbricación de México

<sup>29</sup> Sobre este tema se puede consultar: Silva, Jorge A., *Derecho interestatal mexicano; estudio autónomo de la regulación de los problemas de tráfico jurídico entre las entidades federativas*, Tesis, UNAM, enero de 2008.

<sup>30</sup> Sobre este tema se puede consultar: Pereznieto Castro, L., “Los ámbitos de competencia establecidos por el Art. 124 de la Constitución, en el DIPr mexicano”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 28, mayo de 2011, pp. 81 y ss.

en el mundo. Cabe decir que, en materia de familia, esas necesidades son colindantes con la protección de los derechos humanos.

En este segundo nivel es indispensable que los jueces de todo el país cuenten con una guía precisa y fiable de cómo aplicar la normatividad prevista en el tratado. Esta guía la constituyen precisamente las leyes de aplicación de los tratados que serían de aplicación nacional como ellos.

Dicho en otras palabras, es necesario contar entonces con leyes que se apliquen de manera uniforme a nivel nacional por todos los jueces mexicanos y que se cree una jurisprudencia que permita la mejor aplicación de los tratados y de sus leyes de aplicación y con ello dar un mejor cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas por el Estado mexicano.

Respecto al tercer ámbito constitucional, partimos de la premisa que solo existen dos ámbitos explícitos definidos por el artículo 124 constitucional: el federal y el estatal. Hasta aquí estamos plenamente de acuerdo con la doctrina constitucionalista mexicana que, de manera actual representa la concepción expuesta por el ministro Cossío, antes citado. Sin embargo, esa doctrina por lo general atrasada respecto de los avances constitucionales en otras latitudes, principalmente en Europa, no ha analizado suficientemente el hecho de que el mundo ha cambiado y que México ahora se encuentra dentro de una realidad diferente donde varios de los preceptos constitucionales resultan obsoletos o, al menos, limitados para atender a esa realidad y es necesario ajustarlos, ya sea por vía de su modificación o por vía de su interpretación.

Si no hay posibilidad de un cambio a la Constitución, por los motivos que sean, especialmente la excesiva liviandad de los partidos políticos, es necesario entonces que el máximo tribunal de justicia de la nación asuma su papel de intérprete de la Constitución y debata en torno de la tercera vía constitucional que le facilite a México su total inserción en el ámbito internacional.

Ya en dos ocasiones<sup>31</sup> la Suprema Corte (SCN) ha mantenido, con voto mayoritario —lo que demuestra este último que aún existe reticencia de una minoría al cambio— el criterio de la existencia de un tercer ámbito que es el ámbito nacional.

Nos dicen los señores ministros de la mayoría que dentro de la jerarquía de leyes prevista por el artículo 133 constitucional, es necesario crear un

<sup>31</sup> Véase nota 18.

nivel intermedio entre la Constitución y las leyes federales, donde se pretende que los tratados internacionales ratificados por México, se coloquen por encima de las leyes federales y por debajo de la Constitución.

Sin embargo, de aquí volvemos al mismo problema de los ámbitos competenciales previstos por el artículo 124 constitucional. No es aceptable la tesis, nos diría el ministro Cossío, debido a que solo existen dos ámbitos competenciales expresos previstos por la Constitución y ya no se puede crear otro ámbito competencial que sería el ámbito intermedio.

Sin embargo, la Constitución debe ser un cuerpo vivo que dé respuesta a las necesidades de una nueva nación en pleno siglo XXI y cuyo primer perfil se reflejó en los cometidos constitucionales de 1917. México no es hoy el mismo país recién salido de la guerra de Revolución. La pregunta toral es: ¿cuál es la fuente de esa normatividad internacional a la que se le pretende asignar un nuevo ámbito competencial? Pueden señalarse tres fuentes, cuando menos.

La primera, la interpretación constitucional de la SCN en el sentido de que, dada la realidad internacional, es necesario dotar al sistema de una mejor y más clara vinculación con el sistema jurídico internacional, dándole relevancia a los compromisos contraídos por el Estado mexicano, con otros Estados que actualmente, al menos solo en el campo del DIPr ya pasan de 30 tratados y convenios internacionales, además de los 43 tratados de libre comercio<sup>32</sup> y que, en la práctica, resulta necesario que los jueces de todo el país, apliquen dicha normatividad.

La segunda fuente es la que ya se esbozó anteriormente. La de la fuente implícita; es decir, la del artículo 133 constitucional que transforma a la norma internacional, en norma interna, pero que a diferencia de las normas federales y de las normas estatales, aquella debe tener un ámbito completo. Es el Estado mexicano el que se obligó internacionalmente con el tratado, incluyendo a la federación y a los estados y de ahí que el ámbito de aplicación de la norma internacional, deba ser nacional.

La tercera fuente, estrictamente constitucional, y en un tema diferente, pero ilustrativa. En 2008<sup>33</sup> se reformó la Constitución para establecer un sistema de contabilidad nacional y con ese propósito, se dotó al Congreso de la Unión para:

<sup>32</sup> Véase [www.promexico](http://www.promexico).

<sup>33</sup> *DOF*, 7 de mayo de 2008.

Expedir leyes en materia de contabilidad gubernamental que regirán la contabilidad pública y presentación homogénea de información financiera, de ingresos y egresos, así como patrimonial para la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales.

Esta reforma constitucional, por otro lado, dota al Congreso de la Unión para expedir leyes de carácter nacional, acordes con el ámbito competencial en el que se pretenden aplicar. Lo que no es otra cosa que la posibilidad de una ley nacional que deroga, en esta materia, la dualidad de los dos ámbitos de competencia: local y federal que prevé el artículo 124, ya citado. Se trata, de un claro ejemplo de las modificaciones que empieza a sufrir un modelo constitucional del siglo XIX, reproducido por la Constitución vigente de 1917 y con las que ahora se pretende hacer regir a un país inmerso en la globalización.

En estas condiciones es necesario plantear una labor de interpretación integradora que permita que dos artículos constitucionales se complemen-

El artículo 133 que establece por un lado el mecanismo para crear una normatividad internacional, diferente, que se incorpora al sistema jurídico nacional y por el otro, establece la jerarquía de las leyes en el sistema jurídico nacional. Por su parte, el artículo 124, define los ámbitos de competencia. Resulta claro que el constituyente del 17 y menos aún, el de 1842 de donde proviene esta norma, no se imaginó la importancia que iba a tener para México, un mundo globalizado. El turno ahora es de la SCJN,<sup>34</sup> en el sentido de plantear la necesidad de una tarea integradora entre los artículos 124 y 133 constitucionales y por tanto crear, a partir de ahí, un ámbito competencial intermedio que le daría una base clara y amplia a la aplicación de los tratados y en especial de sus leyes de aplicación a nivel nacional.

Quedan no obstante varias preguntas: ¿qué pasa cuando una norma internacional incorporada al sistema jurídico interno procedente de un tratado internacional que ha sido denunciado y por tanto cesa su aplicación? La obligación internacional claramente cesa pero el sistema suele no tener

<sup>34</sup> En México se requiere de cinco decisiones de Cámara o de Tribunal Colegiado de Circuito o una decisión del Pleno de la SCJN, para que la jurisprudencia sea obligatoria.

ningún mecanismo expreso para la desincorporación de esa norma, como en el caso de México ¿se le debe considerar vigente o no? ¿En el primer caso, se debe aplicar esta norma y cómo? (a) Una situación semejante sucede cuando México ha ratificado un tratado y se pretende aplicar internamente la normatividad incorporada a ese tratado que requiere de una ley interna de aplicación (b) o bien, el caso de una persona que es originaria de un país que no es parte del tratado ratificado por México. (c) Éstas son, entre otras, las interrogantes sobre las cuales intentaremos dar alguna respuesta:

- a) Dijimos que la norma internacional derivada del tratado o convenio ratificado por México, se incorpora al sistema jurídico interno. Sin embargo, si México denuncia el tratado ¿qué sucede con la norma internacional incorporada?

En 2007 se llevó a cabo una reforma constitucional<sup>35</sup> por la que se dotó al Senado de facultades para aprobar las decisiones del Ejecutivo de “terminar, denunciar, suspender, modificar...” tratados internacionales y “convenciones diplomáticas”. En la exposición de motivos de esta reforma, se dice: “Esta reforma responde a la búsqueda y la consecuente construcción de un sistema legal que sea coherente, pues si la ratificación de los convenios internacionales es facultad expresa de la Cámara (de Senadores) Asimismo debe ser la denuncia...”.

A partir de esta reforma constitucional se han publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, dos denuncias de tratados internacionales.<sup>36</sup> Conforme a este sistema, al aprobar la denuncia el mismo órgano que aprobó el tratado y consecuentemente, incorporó la norma al sistema jurídico interno y darse a conocer en el periódico oficial del gobierno mexicano, se puede

<sup>35</sup> El artículo 76, fracción I y 89, fracción X. *Diario Oficial de la Federación*, artículo 76, fracción I, segundo párrafo: “Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos”.

<sup>36</sup> A la Organización Internacional de la Viña y el Vino, de 3 de abril de 2001 y la denuncia fue publicada en el DOF del 15 de junio de 2009. Asimismo, la denuncia al Convenio Constitutivo de la Unión Latina de 15 de mayo de 1954, publicado en el D.O.F. de 16 de agosto de 2010.

interpretar que opera la desincorporación de la norma internacional del sistema jurídico mexicano.

Lo anterior es solo el mecanismo que debe preverse pero el fondo es más complicado y será un tema que se discutirá en la parte final de este trabajo cuando nos refiramos a los derechos humanos, tema que por ahora puede esbozarse en los siguientes términos.

Ya hemos visto cómo se incorpora la norma jurídica internacional al sistema jurídico nacional. Los tratados o convenios internacionales están elaborados para facilitar el tráfico jurídico internacional y elevan el nivel de los derechos de las personas que pertenecen a los países que firman el tratado. De esta manera, la incorporación de un derecho más favorable a la persona en el sistema, especialmente en materia de derechos humanos, debe quedarse dentro del ordenamiento jurídico interno, al fin ya se “nacionalizó” la norma internacional, para beneficio de las personas.

- b) Las leyes de aplicación del tratado, por su parte, son una especie de reglamento que le indica al juez cómo proceder. Por una parte, desglosan al tratado y por la otra, lo ponen en claro para que el juez aplique la norma derivada del tratado.

Sin embargo, un concepto tan fácil puede tener dificultades en la práctica, veamos cuáles son las principales.

Las leyes aplicativas deben ser formalmente de aplicación nacional como lo son los tratados. Dada la limitación del artículo 124 constitucional, ni el Senado, ni el Congreso de la Unión, están facultados para emitir leyes cuyo ámbito de aplicación, sea nacional en esta materia. Para hacerlo, se requiere de una reforma constitucional, como es el caso del ejemplo que vimos, en un tema específico: el de la contabilidad nacional.

Tratándose de las leyes de aplicación del tratado que es el tema que nos interesa, la reforma constitucional, ya mencionada, que dota al Senado de facultades para aprobar las decisiones del Poder Ejecutivo de terminar, denunciar, suspender y modificar tratados y convenios internacionales, implica, como lo dijimos, que sea el mismo órgano (el Senado) que incorpora la norma jurídica internacional al sistema interno, el que la desincorpore. Dicho en otras palabras, el Senado es, por disposición constitucional, el órgano encargado para incorporar la norma internacional que por su naturaleza debe ser de aplicación nacional y si esta requiere ser reglamentada

mediante las leyes de aplicación del tratado, su ámbito de aplicación debe ser el mismo de la ley que regula, es decir, nacional. Esta interpretación nos lleva a un caso en el cual, a partir de un precepto constitucional, tenemos un ámbito de competencia implícito de jurisdicciones legislativas diferente al previsto en el artículo 124 que solo prevé el federal y el local. Dicho en otros términos, aquí se trataría de una interpretación de facultades del órgano creador y que abroga la ley. De esta manera, sería el mismo órgano facultado para proveer, dentro de su propio ámbito de actuación, a que la ley internacional incorporada, se aplique correctamente y eso solo se podrá hacer con una ley nacional de aplicación.

Será entonces una norma emitida por el Senado que apruebe el tratado. La dificultad mayor es, si para que se apruebe un tratado es requisito indispensable que se apruebe la ley de aplicación, la aprobación de tratados se interrumpiría, con un gran riesgo, para el vínculo internacional de México con esa fuente, más en un tiempo como el que vivimos. Se desfasaría en alguna medida, el país del sistema mundial.

En este sentido, la propuesta es que la Cancillería mexicana陪伴 al tratado con su ley respectiva de aplicación para que junto con el tratado, la apruebe el Senado. Sin embargo, puede argumentarse que la dificultad constitucional consiste en que solo el Senado no podría aprobar una ley de aplicación nacional, sino requeriría de la aprobación del Congreso, incluida la Cámara de Diputados y se correría el riesgo de disputas interminables que de todas maneras retrasarían la aprobación del tratado. Ante esta interpretación se puede decir que la reforma constitucional que dotó de facultades al Senado en materia de tratados y convenciones internacionales, permite que sea este solo órgano el que se encargue de completar la labor para que los tratados y convenios internacionales se cumplan y por lo tanto, está también facultado para que en este único caso pueda expedir leyes de aplicación nacional.

Existe un último punto práctico que cabe subrayar en este tema. En la búsqueda de soluciones prácticas y que puedan ser útiles hay una alternativa que es la siguiente: que entre la Cancillería mexicana y los jueces se lleve a un acuerdo para establecer reglas mínimas de aplicación del Tratado. Un manual de aplicación, que dé a los jueces la seguridad que estarán resolviendo conforme a reglas acordadas que le dan sustento a su decisión. Si bien no son leyes en su sentido formal, son reglas de referencia que pueden modificarse según las necesidades que se deriven de la experiencia en la

aplicación del tratado que corresponda. Este tipo de reglas de aplicación ya comenzaron a discutirse entre el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y la Cancillería mexicana.

- c) El caso de aplicación de una norma incorporada al sistema mediante un tratado y que se le trata de aplicar a una persona que no es súbdito del Estado parte de dicho tratado. Se argumenta que al no tener obligaciones México con un país no firmante del Tratado, la norma internacional incorporada, no se le debe aplicar. Sin embargo, aquí nuevamente el enfoque de los autores del derecho internacional público prevalece, es —dicen— un caso del principio de la reciprocidad internacional; sin embargo, se pretende la aplicación de este principio que rige las relaciones entre Estados a un caso de naturaleza distinta que es la de resolver una situación de tipo personal a nivel nacional. Este proceder, por otro lado, no atiende a la lógica jurídica y menos aún, a los derechos humanos, de ahí que sea necesario ajustarlo. Principalmente por que no se toma en cuenta el tratamiento que deba dársele a la persona ¿Se aplicará a unos y a otros no? Este aspecto de la norma internacional tiene que ver con las concesiones comerciales que se otorgan los Estados parte o el deseo de regular a una institución familiar de manera específica para sus súbditos únicamente y son razones de peso; sin embargo, si la norma jurídica derivada del tratado, ofrece mayores garantías para la persona, le debe ser aplicada si así lo solicita.

Desde el punto de vista normativo no hay otra alternativa, salvo la que sostienen quienes opinan que el tratado que se incorporó tiene claramente definido su ámbito de aplicación personal y solo a personas específicas se aplicará y no a otras. Posición que es atendible. El Estado, al otorgar concesiones comerciales o un trato más expedito a ciertas personas, lo hace a partir de una política internacional de solo conceder prerrogativas a ciertas personas, es decir, a las que son súbditos del Estado con el cual ha llegado a un acuerdo específico por diversas razones, como por ejemplo, una mayor cooperación comercial o necesidad de reglamentar una institución que de otra manera, se presta a un tráfico ilícito de menores, de ahí, la adopción internacional, etcétera. Volveremos sobre este tema, al final del trabajo.

## B. Lex Mercatoria

Paralelamente a la fuente de creación normativa internacional a la que tradicionalmente se ha recurrido, la de los tratados y convenios internacionales, hay otras fuentes más dinámicas de creación normativa en el mismo ámbito, que se repiten por cientos de miles diariamente a lo largo y ancho del mundo y que estudia el DIPr bajo el tema de *Lex Mercatoria*.<sup>37</sup>

En primer lugar, el reconocimiento mundial del pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad que las partes contratantes, plasman en sus obligaciones internacionales. Como afirma Walter Biagi: “La capacidad natural de la persona de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico mediante su voluntad”.<sup>38</sup>

Por su parte, los usos y costumbres que cada gremio del comercio y de la industria adopta como obligatorios para hacer regir sus transacciones en ese específico sector. Las reglas (*soft law*, que veremos más adelante) que emiten organismos no gubernamentales, como la Cámara Internacional de Comercio (CCI) o la International Bar Association (IBA) sobre cartas de crédito que usan todos los bancos del mundo aún por encima de sus propias leyes locales que están desfasadas de las corrientes del comercio mundial o las reglas para la valoración de las pruebas en el procedimiento arbitral internacional, donde se dirimen los conflictos derivados de los contratos y transacciones más importantes.

Asimismo, las reglas derivadas de organismos internacionales de tipo gubernamental o semi gubernamental de apoyo al desarrollo del DIPr, como los son UNCITRAL,<sup>39</sup> la Conferencia Permanente de La Haya en Derecho Internacional Privado<sup>40</sup> y la Conferencia Especializada Interamericana de Derecho Internacional Privado,<sup>41</sup> entre otros y UNIDROIT, que además de gobiernos, convoca a especialistas en los campos privado y público internacional, en diversos temas que van de las *Securites* a la repatriación de bienes arqueológicos, etcétera.

<sup>37</sup> Para una mayor información sobre el tema, véase Silva, Jorge Alberto (coord.), *Estudios sobre Lex Mercatoria*, UNAM, 2006.

<sup>38</sup> *Rivista di Diritto Civile*, vol. 43, núm. 5, 1997, p. 774.

<sup>39</sup> [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

<sup>40</sup> [www.hcch.net/index\\_es](http://www.hcch.net/index_es).

<sup>41</sup> [www.oas.org](http://www.oas.org).

Para alcanzar los fines de la uniformización mundial del derecho, estos organismos preparan además de convenciones y convenios internacionales, leyes modelo o guías legislativas. Las leyes modelo, deben ser aprobadas por los congresos locales sin modificación y solo con pequeños ajustes legislativos, para que integradas en un capítulo de la ley interna, regulen de manera uniforme las instituciones comerciales con los otros países que se comercie y así, darle fluidez a las transacciones internacionales. Las guías legislativas, tienen la misma función que la ley modelo pero en aquellas, se presentan diferentes alternativas a fin de que el legislador nacional escoja en los diversos supuestos jurídicos que le ofrece la Guía Legislativa, la que en su opinión mejor se adecua a su realidad interna.<sup>42</sup>

### C. “*Disposiciones espejo*”

Hay otras fuentes, las “disposiciones espejo” que no son recogidas de manera mayoritaria por los países latinoamericanos, pero de las cuales México debió echar mano para la modernización de su sistema jurídico nacional. En efecto, en 1986 México se adhirió al GATT —ahora uno de los acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC)— y posteriormente, suscribió en 1994 el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLC)<sup>43</sup> Mediante estos instrumentos México se obligó a incorporar “Disposiciones Espejo” dentro de su propia legislación que pudieran corresponder a las obligaciones que había contraído con estos organismos internacionales con el fin de abrir su economía y vincular a sus diversos sectores operativos internos, al comercio internacional, como lo son los mecanismos aduanales uniformes, la desgravación y uniformidad arancelaria, la uniformidad de reglas de comercio, la regulación del “Dumping” y medidas compensatorias, etcétera. De acuerdo a Borton, se trata: “De reglas que acordadas

<sup>42</sup> Sobre este tema, se puede consultar a Ortiz Mayagoitia, Guillermo, I., “México y el derecho uniforme, retos y realidades”, *The Impact of the Uniform Law on National Law and Possibilities*, México, UNAM, 2010, pp. 3 y ss.

<sup>43</sup> Sobre su efecto en la globalización, consultar: Montalvo Romero, M. y Viveros Contreras, O., *El efecto jurídico, económico y financiero en el contexto de la globalización*, México, Arano, 2007, pp. 35 y ss. Sobre el tema de los sistemas jurídicos internacionales como el GATT, véase Kuyper, P. K., “The Law of GATT as a Special Field of International Law”, *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXV, 1994, Martinus Nijhoff, Holanda.

internacionalmente, muchas de ellas son reproducidas internamente para asegurarse que la conducta del país en cuestión, al menos en materia de comercio, se desarrollara de acuerdo con dichas reglas”.<sup>44</sup> Asimismo, se incorporaron al sistema jurídico mexicano una amplia regulación estadounidense en las áreas de: energía, competencia económica, telecomunicaciones, finanzas públicas, bolsa de valores, etcétera. De tal manera conectar al sistema mexicano con el estadounidense y con el resto del mundo.

#### **D. Incorporación legislativa de los usos y costumbres**

México con su economía ya abierta, le urgió desarrollar nuevas regulaciones acordes a sus necesidades internacionales para enlazar a su economía con el mundo y con ese impulso, multiplicar las reglas de conflicto<sup>45</sup> y las remisiones directas a disposiciones internacionales para incorporar a los usos y costumbres internacionales, como sucede con el artículo 71 de la Ley de Instituciones de Crédito, en Materia de Cartas de Crédito que muestra un sistema de incorporación avanzado:

Artículo 71. [Párrafo 1] Las instituciones de crédito, al emitir las cartas de crédito a que se refieren las fracciones VIII y XIV del artículo 46<sup>46</sup> de esta Ley, se sujetarán a lo señalado en este artículo y, de manera supletoria, a los usos y prácticas que expresamente indiquen las partes en cada una de ellas, sin que resulte aplicable para esta operación lo dispuesto en la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito en materia de cartas de crédito.

Dicho en otros términos, el Estado nacional, en este caso México, reconoce la prioridad de la autonomía de la voluntad de las partes y la incor-

<sup>44</sup> Borton, J. H., *op. cit.*

<sup>45</sup> Que hizo a partir de las reformas de los Códigos Civiles para el Distrito Federal y Código Civil Federal y sus respectivos Códigos de Procedimientos Civiles a partir de 1988 y más tarde las reformas al Código de Comercio de 1994 y 1999.

<sup>46</sup> El artículo 46 de esta Ley establece en este artículo, las operaciones que podrán realizar las instituciones de crédito, entre ellas las relativas a Cartas de Crédito: Fracción XIV. “Expedir cartas de crédito previa recepción de su importe, hacer efectivos créditos y realizar pagos por cuenta de clientes”.

poración en sus contratos de los usos y costumbres, por encima de su ley interna en la materia.<sup>47</sup>

### E. *El trasplante o cross fertilization*

Una fuente más es la llamada técnica del “trasplante” o “cross fertilization”<sup>48</sup> de ordenamientos jurídicos de un sistema a otro por razones distintas, por ejemplo, la admiración que se puede tener por un determinado sistema jurídico, cuyo funcionamiento se piensa que va a ser semejante en sus resultados si se “trasplanta” a un sistema jurídico diferente. También, como en el caso que nos ocupa, se trata de enlazar al sistema jurídico nacional antes cerrado con el mundo a través de regulaciones más avanzadas que ya han probado su eficiencia en la práctica.<sup>49</sup>

El gobierno mexicano debió haberse planteado en 1994, e incluso antes de esta fecha, si “trasplantaba” regulaciones europeas más acordes con su sistema de derecho codificado; sin embargo, una realidad debió haberse impuesto y es la magnitud del comercio de México con los Estados Unidos (el 80%) y por tanto, resultaba congruente “trasplantar” las regulaciones de ese país para que, de manera uniforme, se pudieran desarrollar las transacciones internacionales entre ambos países y al mismo tiempo, quedara un sistema jurídico mexicano, funcional para su operación con otros países. Así se procedió con la regulación de sectores completos de la economía, como las telecomunicaciones, medio ambiente, sociedades comerciales, competencia económica, energía y en general en los campos de la economía, agricultura, banca y servicios financieros y muchos más.<sup>50</sup> La economía y el sistema jurídico requirieron concentrar esfuerzos para obtener normas de

<sup>47</sup> En el Código Civil Federal (1928) establece: “contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario” (artículo 10, CCF) Ahora una ley especial, en su ámbito de competencia (el crédito) deroga a ese principio general.

<sup>48</sup> Sobre este tema se puede consultar, Mosquera I. J., “Legal Transplants and Comparative Law”, *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 2, 2003.

<sup>49</sup> Es un fenómeno que se ha extendido en muchos países latinoamericanos. “El cambio más importante para el derecho privado latinoamericano ha sido el alejarse de la doctrina europea para acercarse a materiales y literatura jurídica del derecho anglosajón”. Posada Tamayo, J. A., “Una visión desde el derecho comparado y el análisis económico del derecho en la estructura societaria latinoamericana”, *Estudios de Derecho*, núm. 146, 2008, pp. 115 y ss.

<sup>50</sup> Sobre este tema, véase López Ayllón, *op. cit.*, pp. 183 y ss.

enlace con el mundo externo y viceversa.<sup>51</sup> Eso explica en gran parte que Chile y México tengan hoy en día los sistemas más modernos en materia de comercio exterior lo que ha dado lugar a su apertura total en el comercio y con ese impulso, México ha logrado alcanzar el lugar 11 entre los países exportadores más importantes del mundo, más que varios países europeos, que tradicionalmente han sido países exportadores.<sup>52</sup>

## F. Soft Law

Dentro de esta última categoría se trata del llamado *soft law* o derecho flexible, que el profesor Fernández Rozas define en los siguientes términos:

Desde un punto de vista amplio o impropio, las normas reguladoras del comercio internacional incluirían asimismo otros elementos normativos y pseudonormativos que sirven para fundamentar las decisiones y proporciones jurídicas. Desde esta última perspectiva, la flexibilización como tendencia general del Derecho encuentra una primera manifestación en el ámbito de los procedimientos de producción normativa. Estos procedimientos se ablandan para permitir un desarrollo más abierto del Derecho del comercio internacional y gracias a la armonización conseguida a través de ellos cabe aspirar a la reducción de las contradicciones existentes entre los distintos sistemas jurídicos y a que los Estados se animen a realizar esfuerzos en la perspectiva de la internacionalización.<sup>53</sup>

De la definición anterior podemos distinguir, entre otros, tres elementos: *a) se trata de las “normas reguladoras del comercio internacional”, b) a esas normas las acompañan “elementos normativos y pseudonormativos que sirven para fundamentar decisiones y proposiciones jurídicas”, y c) por su*

<sup>51</sup> En este sentido véase Aranda Godoy, A., “Las dificultades de integrar un sistema jurídico de Estado y otro de Mercado Común, en un Acuerdo de Libre Comercio: «El TLCUEM»”, *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, núm. 9, marzo de 2001, pp. 95 y ss.

<sup>52</sup> De acuerdo a la información disponible sobre volumen y valor de las exportaciones que publican los bancos centrales de los diversos países citados tenemos las siguientes cifras (en millones de dólares)

México: 349 567 946; Bélgica: 344 070 000; España: 298 522 532; Austria: 153 925 443; Grecia: 25 493 580; Portugal: 53 382 420.

<sup>53</sup> *Teoría y práxis en la codificación*, cit., p. 145.

flexibilidad se acomodan a diversas situaciones y reducen la contradicción entre sistemas, en la medida que propenden a una uniformidad.<sup>54</sup> En conclusión, tenemos que este tipo de reglas ayudan para que las partes en sus contratos puedan adecuarlas e incorporarlas y hacerlas obligatorias entre ellas.<sup>55</sup>

Respecto de este tipo de reglas hay que distinguir lo siguiente: reglas que incorporan las partes en sus contratos y que a partir de ese momento dejan de ser *soft law* para convertirse en reglas obligatorias para ellas (i) y las que solo se toman como reglas de referencia (ii).

(i) Reglas que las partes acuerdan como obligatorias en su contrato.

El ejemplo típico es el de los International Commercial Terms (INCOTERMS) de la CCI.<sup>56</sup> Las cotizaciones internacionales de productos se efectúan en la gran mayoría de los casos conforme a estas Reglas ya que el comercio internacional, en especial el de mercaderías, parte de una oferta en la que va la cotización y el precio de la mercancía. Aceptada la cotización económica, se aceptan el precio y todos los términos de transporte y de entrega, transmisión de riesgos, etcétera —como se ve, una parte de la naturaleza de estas normas, apunta hacia obligaciones que se pactan y se adquieren a larga distancia—. Hay otras reglas internacionales y que veremos más adelante, cuyo factor determinante no es la distancia, porque se les ha incorporado dentro del sistema jurídico interno. En el caso de que el comprador a nivel internacional acepte una regla Free on Board (FOB) deberá avisar al vendedor sobre el transporte, día e incluso hora, en que lo pondrá a su disposición para que éste quede obligado a embarcar la mercancía. En caso contrario, el cumplimiento de esa obligación, podrá ser demandada ante los tribunales nacionales.

<sup>54</sup> El *soft law* es la “Puerta hacia una concepción más abierta y compleja del Derecho Internacional acorde con los tiempos de mayor globalización mundial”. Toro Huerta, M., “El fenómeno del Soft Law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VI, 2006, pp. 513 y ss.

<sup>55</sup> Como sería el caso de los principios de UNIDROIT, en este sentido véase Bonell, M. J., “Soft Law and party autonomy the case of UNIDROIT principles”, *Loyola Law Review*, vol. 51, verano, 2005, pp. 229 y ss.

<sup>56</sup> [www.iccbo.org](http://www.iccbo.org).

(ii) Un ejemplo de regla de referencia, de “los elementos pseudo normativos” a que se refiere el profesor Fernández Rozas, es el siguiente: cualquier tribunal arbitral internacional aplica, si las partes no lo han acordado de otra manera, para guiar su procedimiento en la fase de ofrecimiento de pruebas, las Reglas de la IBA sobre esta fase del proceso. En realidad, aunque se les pueda considerar como reglas de referencia, al aceptarlas las partes, las convierten en obligatorias y así el concepto se cierra, precisamente en el contrato. “La capacidad natural de la persona de inducir el cambio dentro del ámbito jurídico, mediante su voluntad”, como nos dice Biaggi.<sup>57</sup> El concepto de derecho ha girado del estado sancionador a la libre voluntad de las partes. La dirección es servir al ser humano. Dotarlo del marco normativo adecuado para que se puedan celebrar todo tipo de contratos y buscar acuerdos internacionales, para que los efectos jurídicos de esos contratos, se cumplan más allá del ámbito nacional.

Después de este breve recorrido por las diversas fuentes de creación normativa, entremos ahora en su naturaleza y la forma cómo se incorporan al derecho interno.

## **2. Naturaleza, incorporación e interpretación**

Resulta necesario discutir la naturaleza de la norma internacional (A) para su mejor conocimiento y su forma de incorporación al derecho interno (B) y enseguida entrar en su forma de interpretación (C).

### **A. Naturaleza**

Con el fin de determinar la naturaleza jurídica de la norma internacional, conviene analizar a la normatividad de acuerdo a su origen y en consecuencia, el tratamiento que debe dársele.<sup>58</sup> En este sentido, podemos mencionar principalmente cuatro tipos de normas internacionales:

- a) Las que se incorporan en el sistema provenientes de convenciones internacionales y cuyo efecto varía de país a país, pero que, sin em-

<sup>57</sup> Véase nota 35.

<sup>58</sup> Para mayor información, Becerra, *op. cit.*, pp. 35 y ss.

bargo, existe la obligación asumida en el tratado internacional, de que su interpretación por tribunales locales, contribuya a su aplicación uniforme a nivel internacional, como es el caso del artículo 7o.<sup>59</sup> de la Convención de Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa de Mercaderías de 1980, con el cual se inició una nueva corriente en este sentido que, con frecuencia, fue adoptada en tratados posteriores.<sup>60</sup>

- b) La normatividad que se incorpora vía leyes modelo o guías legislativas, que son aprobadas por los congresos o parlamentos, como leyes nacionales, reciben la misma jerarquía de éstas, sin embargo, el juez debe estar atento a cómo esa misma norma la interpretan tribunales de otros países. Se trata de hacer congruente su ejercicio con el ejercicio judicial extranjero con objeto de que la norma jurídica internacional se aplique de manera uniforme para beneficio de la justicia y la certeza jurídica internacionales.
- c) Lo mismo sucede con las regulaciones que son trasplantadas. El objetivo de incorporar estas legislaciones, como ya se indicó, es la de modernizar al sistema, por lo que no se le debe desvincular de la forma como se aplica esa misma normatividad en el extranjero y en especial, en el país fuente de la norma, a riesgo de rezagar su forma de aplicación y perder la necesaria uniformidad. Se estaría volviendo al sistema codificado, donde las leyes se modifican poco. Este punto es importante. Se trata de hacer conciencia entre los jueces, de la necesidad de la consulta a la jurisprudencia y doctrinas extranjeras. Ejercicio que es muy difícil pero no imposible. Los cursos de capacitación modernos que reciben algunos tribunales mexicanos, abonan en un sentido positivo. En este tema cabe hacer mención de la labor

<sup>59</sup> Artículo 7. 1. En la interpretación de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional. 2. Las cuestiones relativas a las materias que se rigen por la presente Convención que no estén expresamente resueltas en ella se dirimirán de conformidad con los principios generales en los que se basa la presente Convención o, a falta de tales principios, de conformidad con la ley aplicable en virtud de las normas de derecho internacional privado.

<sup>60</sup> Sobre esta Convención, se recomienda la obra en dos tomos, que además de reciente, es de las más completas: Schwenzer, I. y Muñoz, E., *Comentarios sobre la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías*, Navarra, Aranzadi-Thompson Reuters, 2011.

que hacen los jueces al incorporarse a la Red Mexicana de Cooperación Judicial para la Protección de la Niñez que promueven tanto la Conferencia Permanente de la Haya<sup>61</sup> para la correcta aplicación de sus convenciones internacionales en materia de menores, como en el mismo tema promueve Iberred<sup>62</sup> en América Latina.

- d) El cuarto tipo de normas, son los actos y contratos celebrados por voluntad de las partes y quienes incorporan en sus contratos *Lex Mercatoria* y cuyo cumplimiento puede ser exigido ante los tribunales internos. Pensemos por caso en una Carta de Crédito contratada conforme a las reglas de la CCI sobre el tema y que son las que emplean todos los bancos en el mundo, al margen de su legislación interna o también el caso del acuerdo que consta en una cláusula arbitral internacional, conforme a la cual, por voluntad de las partes, opera la prórroga de jurisdicción pero que eventualmente, los tribunales nacionales deben conocer en caso de que se discuta la validez de la cláusula arbitral o el cumplimiento de la carta de crédito. Entre muchos otros ejemplos.

### **B. Incorporación**

De acuerdo a Dionisio Anzilotti hay dos principios de los cuales partir en este tema:

(1) Que la ley nacional y el derecho internacional son sistemas jurídicos separados (Teoría Dualista) de esta manera la norma jurídica internacional solo puede ser efectiva nacionalmente si el Estado la transforma en parte de su sistema legal interno y (2) Cuando las reglas de conflicto del sistema jurídico interno al resolver conflictos con sus leyes nacionales, es decir, conflictos entre soberanías nacionales, lleva a cabo la tarea que en realidad pertenece al Derecho Internacional Público, a través de la selección de la ley que gobierna la relación entre los Estados.<sup>63</sup>

Para este autor es necesario que la norma interna valide a la norma internacional. Con ese fin, la convertirá en su ley local y así, la norma internacional será norma interna válida “que pueda ser efectiva” internamente. Al hacer-

<sup>61</sup> [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

<sup>62</sup> [www.iberred.org](http://www.iberred.org).

<sup>63</sup> *Il diritto internazionale nei giudizi*, Milan, 1928, p. 235.

lo, la norma internacional “nacionalizada” será una norma de igual valor de las normas internas. Cada Estado le dará la jerarquía que determine su Constitución. México, como lo hemos visto, la sitúa como norma suprema, debajo de la Constitución y arriba de las leyes emanadas del Congreso. Además, existe en este país un control constitucional mediante el cual los tribunales federales pueden decidir que el tratado va en contra de la Constitución por violación a las garantías individuales y declarar sin aplicación la disposición del tratado. Independientemente de que México pueda ser acusado internacionalmente por el incumplimiento de una obligación internacional.<sup>64</sup>

Otro tipo de relación, la plantea Anzilotti, a partir de la Regla de Conflicto, donde el Estado, a través de sus leyes internas, determina cuál es el derecho extranjero que resulta aplicable para una relación con elementos extranjeros.<sup>65</sup> En este caso la Regla de Conflicto es el filtro de validación de la ley jurídica extranjera que se aplicará.

Veamos brevemente estas posibilidades de incorporación de la norma internacional mediante la Regla de Conflicto, para que queden estas reflexiones como un punto de referencia que nos permita analizar los conceptos que expondremos más adelante.

Cuando el sistema jurídico local se autoconstituye en un sistema dualista, la norma derivada de los tratados y convenios internacionales, ya mencionados, que se incorpora a través del filtro que cada Estado tiene. Este es el caso principalmente, de los sistemas jurídicos latinoamericanos. En el otro lado, están países europeos, como Italia que constitucionalmente establecen que el derecho interno dependerá directamente del derecho internacional.<sup>66</sup> En estos países se parte de un sistema monista que postula

<sup>64</sup> Bazán, Víctor, “El control de constitucionalidad de los tratados internacionales en América Latina”, *Estudios Constitucionales*, año 4, núm. 2, 2006.

<sup>65</sup> Estamos ante el centro del DIPr donde la discusión ha pendulado desde los que opinan que la Regla de Conflicto cumple, además de la designación de la ley extranjera designada aplicable, otra función: la convierte en ley nacional. El *rinvio ricettizio* de Pacchoni y Chiavenda o la variante de Roberto Ago, según el cual, la función de la norma de conflicto es crear una nueva norma jurídica en el sistema. Esta forma de análisis fue sostenida en los Estados Unidos de América, por el profesor W. W. Cook bajo la teoría de la *Local Law Theory* y en México por el profesor Eduardo Trigueros. Sobre este tema y esta discusión véase Pereznieto, L., *Derecho internacional privado*, 9a. ed., México, OUP, 2010, pp. 249 y ss.

<sup>66</sup> Artículo 10, Constitución Italiana: “El ordenamiento jurídico italiano se conforma a las normas del derecho internacional generalmente reconocidas”.

que hay un solo derecho que incluye al derecho internacional y al interno, como un todo, prevaleciendo el primero sobre el segundo y así se aplicará a cada caso concreto directamente por los tribunales. El análisis es más complicado, en el primer supuesto, cuando hay un filtro interno que valida a la norma internacional. En este caso, el propio filtro establece la naturaleza de cómo debe considerarse a la norma internacional, internamente. En México, ya lo vimos, se le considera “Ley Suprema de toda la Unión” y que interpretada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se le debe considerar debajo de la Constitución y arriba de las leyes federales emanadas del Congreso de la Unión.<sup>67</sup>

Sin embargo, la discusión teórica en boga en el siglo pasado ha tomado un giro diferente, producto de la globalización en este tema y ahora se le estudia desde una perspectiva moderna que es a partir de la internacionalización del contrato, que en gran medida son los asuntos más numerosos que se ventilan internacionalmente, junto con los casos de familia, muchos de los cuales son creados igualmente por contrato; sin embargo, cuando están vinculados a la capacidad y estado civil de las personas, se trata de tender un puente que permita que este estatuto permanezca internacionalmente, no obstante las diferencias entre regulaciones nacionales.

El concepto sobre la internacionalización del contrato hoy se discute en los términos siguientes:

La teoría de la internacionalización de los contratos nacionales presenta uno de los dilemas más difíciles relativos al Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional privado... Así la ley del país huésped se aplica por decisión libre de las partes sobre la que debe ser la ley aplicable a sus contratos o bien por la designación de ley aplicable que haga la regla de conflicto con la relación más cercana, en ausencia de la voluntad de las partes.<sup>68</sup>

La realidad, nos dice este autor, es que la internacionalización del contrato se ha disparado fuera de la discusión a las teorías monistas y dualistas y se ha centrado por igual en la libre voluntad de las partes. Hoy en día debemos llevar al contrato a nivel internacional. En palabras del profesor R. Y.

<sup>67</sup> Véase nota 18.

<sup>68</sup> Maniruzzaman, *op. cit.*

Jennings, con ello se estará elevando a la persona humana, al individuo, al nivel de sujeto del derecho internacional.<sup>69</sup>

Esta discusión surgió en 1957 con el famoso caso Norwegian Loans<sup>70</sup> donde el juez Luterpach planteó que el incumplimiento de un contrato entre un inversionista extranjero y un Estado, no obstante se trata de un contrato regido por una ley interna, afecta igual al derecho internacional. Dicho en otras palabras, lo internacional y lo interno empiezan a vincularse, se crea en algunos casos, el mismo ámbito, a pesar de que muchas veces exista un filtro de “nacionalización” de la norma jurídica internacional. La vida de hoy, como se ha dicho, va necesariamente fuera de sus fronteras y es necesario darle continuidad para lograr certeza y seguridad jurídicas.

### C. Interpretación

En el tema de la interpretación de la norma internacional cabe deslindar dos elementos en su contenido.<sup>71</sup> Cuando se refiere a materia de familia, el tratamiento que cada juez debe llevar a cabo de la norma internacional es con el objeto de resolver el caso concreto pero siempre procurando que exista una cierta armonía en su interpretación. Un ejemplo lo tenemos en la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores que entró en vigor para México el 6 de marzo de 1992 y que dispone en sus artículos 9o., 10 y 11, que el juez debe tomar en cuenta por el tiempo que transcurre, si el menor desplazado ilícitamente, sufre un daño, con lo cual debe agilizar los procedimientos para su devolución a su medio ambiente, donde habitaba previamente. Disposiciones de este tipo implican, entre otras cosas, las siguientes: que los tiempos de desplazamiento sean homogéneos, en la medida que se habrá juzgado internacionalmente. Esos tiempos de protección al menor, además, deberán

<sup>69</sup> “State Contracts in international Law”, *BYIL*, núm. 37, 1961, p. 156. Este tema, por otro lado, puede verse claramente en el arbitraje de inversión, donde al inversionista extranjero, se le sitúa al nivel del Estado nacional en la defensa de sus derechos de inversión, como es en el caso de las reglas CIADI o del TLCAN.

<sup>70</sup> “International Court of Justice, reports”, 1957, pp. 9 y ss.

<sup>71</sup> Castilla Juárez, K., “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 51 y ss.

ser interpretados en todo momento en su favor (*favore minoris*). Así, se pretende alcanzar la otra cara del tratado internacional, es decir, no solo la delimitación de las obligaciones estructurales y sustantivas del tratado que estudia el derecho internacional público, sino además, las que a la postre, resultan más importantes, las de su cumplimiento, esto es, que los jueces actúen en los términos que se acordó en el tratado, y ésta es labor del DIPr.

Esto último se trata de lograr, como ya se señaló, a través de los centros de capacitación judicial, que faciliten ejercicios de derecho comparado dentro de los programas de educación continua que tienen los jueces y a través de las redes internacionales de cooperación. También por la misma exposición que los jueces suelen tener al juzgar casos con contenido internacional ya que su decisión debe estar en armonía con la aplicación uniforme que se haga de la disposición específica del tratado y así cumplir con los términos acordados de éste.

Nótese aquí otros elementos más de la naturaleza de la norma internacional. Se conjuntan dos cuestiones: el objeto de la norma internacional que consiste en que sea aplicable de manera multinacional y ese fin no se alcanza, si no es mediante a su aplicación uniforme. En estas condiciones, la interpretación que se debe hacer de la norma internacional, podrá diferir de la norma interna. En ésta, el Estado pretende que sea aplicada de manera uniforme a sus nacionales dentro de un espacio geográfico determinado. En las segundas, ese ámbito de aplicación es distinto. Lo representan las personas y los territorios de los países miembros de la Convención, que se han obligado a aplicarla. Al hacerlo, tomar en cuenta los esfuerzos que los demás Estados parte en el tratado realizan a favor de la uniformidad en su aplicación. Esa tarea está encomendada principalmente a los jueces y de manera indirecta, al legislador, para que en su tarea conserve y fortalezca a las instituciones de naturaleza internacional.

La parte trascendente de la interpretación, está a cargo de los tribunales, por lo que haré referencia brevemente a dos épocas en México en las que a manera de ejemplo, la interpretación de la norma internacional, ha sido diametralmente diferente, entre una posición nacionalista, propia de la época y otra, moderna que muestra los pasos que empiezan a darse hacia una mejor comprensión de la norma internacional.

### a. Jurisprudencia marginal

Me refiero con este título a una jurisprudencia menor que en México, durante casi un siglo, se debatió muchas veces entre la ignorancia de los jueces del acontecer internacional, y un nacionalismo posrevolucionario donde se daba la aplicación de la ley mexicana sobre cualquier posibilidad de aplicación de una ley extranjera. Es decir, un territorialismo de leyes.<sup>72</sup> El dogma posrevolucionario hizo que México adoptara la actitud del avestruz, metiendo la cabeza en el suelo y desafanándose del mundo que lo rodeaba. Había que difundir los principios revolucionarios para lo cual resultaba necesario aislarse del mundo que rodeaba al México de esa época.

Hay dos ejemplos con los que deseo ilustrar este sentimiento nacionista reflejado en un sentido territorialista del derecho. En 1929 la SCJN<sup>73</sup> desconoció personalidad jurídica para defenderse en juicio a la Sociedad Palma y Oliva por el simple hecho de no estar registrada en México; es decir que desconoció el derecho que había adquirido dicha sociedad, de conformidad a las leyes de su constitución, que en este caso eran las de los Estados Unidos. Es posible que los ministros del más alto tribunal, desconocieran la teoría de los derechos adquiridos o simplemente decidieron de manera arbitraria y violatoria de derechos. Este punto que hemos traído de ejemplo refleja hasta donde un sistema jurídico desfasado del mundo, podía tomar una decisión de esta naturaleza.

Afortunadamente esa posición cambió en 1935 cuando la misma SCJN reconoció, aunque de manera ambigua, la personalidad jurídica a las sociedades extranjeras; sin embargo, se insiste en la misma resolución que el registro es una condición “para que pueda considerarse en pleno ejercicio (la sociedad) de sus derechos en la República”. Hay otra tesis, del año siguiente —1936— en que se hace una distinción muy importante. Se dice que el registro para efectos del reconocimiento de la personalidad jurídica de una sociedad extranjera es únicamente para cuando dicha sociedad pueda “ejercer legalmente el comercio en el país”; pero en caso de que la

<sup>72</sup> Pereznieto, L., “La tradition territorialiste...”, *cit.*, y Samtleben, J., “El principio de territorialidad en el derecho internacional privado de América Latina”, *Tabels fur Auslandisches Und International Privatrech*, vol. 35, 1971, pp. 72-106.

<sup>73</sup> Tercera Sala, Quinta Época, t. XXVI, pp. 1172 y ss. México, 12 de junio de 1929.

sociedad deba comparecer en juicio a ejercer sus derechos, no requiere de dicho registro previo.<sup>74</sup>

En materia de derechos personales también hay una serie de decisiones variopintas que muestran la indefinición del papel del juzgador mexicano frente a casos con elementos extranjeros y en este tema el péndulo va a los extremos: desde una tesis de la SCJN de 1936 donde el juzgador interpreta al derecho francés y saca sus propias conclusiones, hasta otra sentencia de un tribunal colegiado, once años después, en un caso sobre la validez y los efectos en México de certificaciones realizadas en el extranjero para probar el parentesco para efectos de la participación en una herencia, se reafirmó el carácter territorial de las leyes mexicanas dando como excepcional el reconocimiento del acto en cuanto a su forma, si estuvo celebrado de acuerdo a las leyes de su celebración. Más tarde en 1952 se le dio pleno valor ya no solo a la forma del acto sino al contenido de un documento que sirviese de prueba para establecer la filiación. Cinco años más adelante, tenemos una decisión de la SCJN verdaderamente sorprendente, sobre todo por la ignorancia manifiesta de ese alto tribunal cuando declara: “Es un principio general de derecho que la capacidad para testar forma parte del estatuto personal, o sea que se rige por las leyes nacionales del testador”.<sup>75</sup>

Como se puede apreciar, el estatuto personal con base en la ley nacional desapareció con el Código Civil de 1932 que estableció sobre este estatuto un principio territorialista en el sentido de que las leyes mexicanas se aplican invariablemente sobre toda persona que se encuentre dentro de territorio nacional, sin importar su nacionalidad.<sup>76</sup> Entonces la pregunta es ¿de dónde sacó la SCJN lo de la aplicación de la ley nacional de la persona? Sobre todo cuando en 1957, fecha de la decisión, ese principio ya no existía en el sistema jurídico mexicano hacia un cuarto de siglo. Se trató de ignorancia manifiesta o quizás simplemente hubo confusión de conceptos. En cualquiera de los dos casos es clara la falta de interés de nuestro máximo tribunal de aquella época acerca de casos con elementos internacionales.

<sup>74</sup> Sobre estas decisiones, ver la amplia recopilación jurisprudencial en Silva, J., *Derecho internacional privado*, México, Porrúa, 1999, pp. 301 y ss.

<sup>75</sup> Sobre estas decisiones, véase Pereznieto, L., *Derecho internacional privado, parte general*, cit., pp. 124 y ss.

<sup>76</sup> Artículo 12 del Código Civil de 1928: “Las leyes mexicanas se aplican a toda persona que se encuentre dentro de territorio nacional, ya sean mexicanos, extranjeros o simples transeúntes”.

En otra decisión, sin fecha pero probablemente entre 1955 y 1956,<sup>77</sup> hay una decisión del Pleno de la SCJN donde de manera escolar y poco clara, se da repaso a los estatutos y se dice:

Estatutos. Los tratadistas han establecido los estatutos personal, formal y real, subordinándolos a la ley del lugar en que tuvo efecto el contrato, *lex loci cintratus* [Sic] y la ley en que está situada la cosa o el objeto del contrato *lex rei sitae* a virtud del estatuto formal, los contratos, para su validez, están obligados a observar ciertas formalidades: el documento relativo debe estar redactado con arreglo a ciertas formas establecidas por la ley, y esta ley deberá ser la del lugar donde dichos actos se han constituido, por medio del instrumento respectivo, fundándose en el principio jurídico *locus regit actum* [sic].

La aceptación definitiva y sin ambigüedades de la personalidad jurídica de una persona moral para comparecer a juicio fue aceptada hasta 1995.<sup>78</sup> Este es un indicio muy importante de la etapa del territorialismo mexicano. La SCJN tardó 66 años en un reconocimiento de este tipo. Por cierto muy importante para el comercio internacional y para la inversión extranjera. Dicho en otros términos, debió transcurrir gran parte del siglo XX para que el reconocimiento a la personalidad jurídica de personas extranjeras se pudiera dar sin ambigüedades.

Como lo ha dicho con toda razón el profesor Silva en un trabajo muy completo e importante de análisis de la jurisprudencia en México en materia de DIPr: “Los tribunales mexicanos actuaron y han actuado con frecuencia durante el siglo XX solo para delimitar el ámbito territorial interno de aplicación de la ley mexicana y para determinar la competencia nacional de los tribunales de nuestro país, en casos con elementos extranjeros”.<sup>79</sup>

Esta posición territorialista puede observarse hasta 1996 cuando un tribunal colegiado de circuito decidió con ambigüedad y conceptos decimonónicos, que la nulidad de un matrimonio no era reconocible por los tribunales del Estado de México en virtud de la soberanía del propio Estado. Cito la parte conducente del extracto publicado de la sentencia por ser elocuente:

<sup>77</sup> En México, resulta en ocasiones difícil ubicar fechas en las decisiones de aquella época, para mayor información, véase Silva, *op. cit.*

<sup>78</sup> *Idem.*

<sup>79</sup> Silva, J., *Derecho internacional privado*, *cit.*

Si un tribunal de esta entidad, resuelve la nulidad de matrimonio celebrado en un país extranjero, transgrede su soberanía, porque ese acto se sujetó a las leyes del mismo. Cuando más, que el aludido artículo 15, es explícitamente unilateral, lo cual significa, en forma implícita, el respeto que debe darse a la soberanía de las entidades, en las cuales no tiene aplicación la ley de otro país. En cuyas condiciones, en tratándose de actos celebrados fuera del Estado, sólo son aplicables las leyes de la entidad, cuando se trata de sus efectos jurídicos.<sup>80</sup>

Sin embargo, ese mismo año en otra tesis, otro tribunal colegiado de circuito, en materia de un emplazamiento en el extranjero, interpretó la Convención Interamericana sobre Exhortos y Cartas Rogatorias, de manera adecuada.

EMPLAZAMIENTO. NO ES RECLAMABLE EN AMPARO CUANDO SE REALIZA POR UNA AUTORIDAD EXTRANJERA. APLICANDO LA LEY DE SU PAÍS, EN ACATO A UNA CONVENCIÓN INTERNACIONAL. Si el emplazamiento reclamado en amparo fue realizado por una autoridad extranjera, conforme con la ley de su país, en cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10, de la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, de acuerdo con la cual los exhortos y cartas rogatorias se tramitarán conforme a las leyes y normas procesales del Estado requerido, es indudable que el juicio de amparo resulta improcedente, porque no sería posible examinar la legalidad de su actuación, ya que no podría sostenerse que un acto emanado de una autoridad extranjera y realizado conforme a la ley de su país, resulte violatorio de una norma constitucional mexicana, pues el juicio de amparo es un medio de control constitucional creado para proteger a las personas contra actos de autoridades emanadas de la misma constitución federal, sean de la Federación, los estados de la república, el Distrito Federal o los municipios y demás autoridades que tengan su fuente en la Constitución o en la ley, que violen las garantías individuales, pero no contra autoridades extranjeras.<sup>81</sup>

En conclusión, de este periodo puede decirse, que salvo las pocas decisiones afortunadas, se trata de la peor época que han tenido los tribunales mexicanos en materia internacional. Sin embargo, hay que reconocer que en este periodo existieron declaraciones claras como el reconocimiento de

<sup>80</sup> *Idem.*

<sup>81</sup> *Idem.*

la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles extranjeras, pero en general los criterios aplicados fueron sumamente erráticos. Pasemos ahora a la segunda época de nuestro análisis.

### ***b. Jurisprudencia moderna***

Se seleccionó la fecha de 1986 no porque haya existido en ese momento una jurisprudencia relevante sino por el hecho de que es a partir de esa fecha que, como ya se mencionó, México se adhiere al GATT, ahora uno de los acuerdos de la OMC, a la que México también pertenece y dentro de la cual juega un papel importante. En esta fecha, ya lo dijimos, la economía mexicana se abrió al mundo. En 1988 se dieron las primeras reformas en materia de DIPr.<sup>82</sup> En 1994 se adicionó el Código de Comercio con un título dedicado al arbitraje comercial internacional y otro capítulo sobre el comercio electrónico. Asimismo, se produjeron un sinnúmero de cambios jurídicos en el sistema jurídico mexicano en pos de su modernización, con motivo principalmente de la adhesión de México al TLCAN. Estos cambios y un espíritu renovado es el que se empieza a reflejar en la actualidad. A fin de no alargar más esta exposición, daremos solo algunos ejemplos relevantes.

En 2001 el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito se pronunció al parecer<sup>83</sup> sobre un contrato con elementos internacionales, en los términos siguientes:

En México, el Poder Legislativo ha establecido expresamente una posición soberana que a la vez permite que se aplique el derecho extranjero en nuestro territorio, siempre que la propia ley prevea la aplicación o que así derive de los tratados y convenciones en que México sea parte... Esto es, la legislación mexicana admite la aplicación del derecho extranjero, y primero debe determinarse si se está o no en un caso en que se permita esa aplicación, y demostrado que es aplicable, debe

<sup>82</sup> Se modificaron los Códigos, civil y de procedimientos civiles del Distrito Federal, aplicables en la época, en materia Federal y se estableció como principio rector del estatuto personal, al domicilio (artículo 13 del CCF).

<sup>83</sup> En México desafortunadamente no se publica toda la sentencia, sino un extracto, que en ocasiones, deja de lado información importante.

tenerse en cuenta que quien funde su derecho en leyes extranjeras, tiene la carga procesal de probar la existencia de las mismas y que son aplicables al caso.<sup>84</sup>

Como puede apreciarse, no solo se permite la aplicación clara del derecho extranjero en el caso que se juzga, sino también, la forma de aplicarlo. En el mismo año, el mencionado tribunal definió con más precisión la forma de aplicar derecho extranjero y así juzgó:

Se desprende precisada en forma clara la manera de aplicar el derecho extranjero por un tribunal mexicano, al señalar que el tribunal que conozca del asunto lo hará como lo harían los Jueces y tribunales del Estado cuyo derecho resulte aplicable, no sin antes ser probado en juicio; y respecto de este último punto, que corresponde a las partes allegar al Juez natural el derecho extranjero invocado y proporcionar los elementos de donde pueda deducirse el texto, vigencia, sentido y alcance de ese derecho, otorgando facultades al tribunal para que, de estimarlo necesario, pueda valerse de informes oficiales a través del Servicio Exterior Mexicano o de las convenciones en que el Estado mexicano sea parte, para corroborar con exactitud los datos que preceden, a fin de dar certeza jurídica a sus determinaciones.<sup>85</sup>

Sobre la validez de un acto jurídico y sus efectos, el Tercer Tribunal Colegiado de Circuito, en el caso Vazarely, dejó establecido lo siguiente:

Al establecer el artículo 13, fracción I, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal que las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho deberán ser reconocidas, si determinan como presupuesto esencial para ser reconocidas y consecuentemente para que surtan sus efectos en esta ciudad o el país cuando así se establezca en el acto jurídico respectivo, conforme a lo previsto por la fracción V de dicho ordenamiento legal, que el acto jurídico sea válido conforme a las leyes del lugar en que se emitió, lo

<sup>84</sup> Tercer Tribunal Colegiado de Circuito. Amparo directo 10523/2000, Víctor Vasarhely y otros, 12 de agosto de 2001, ponente: Neófito López Ramos.

<sup>85</sup> Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Amparo directo 10623/2001, Juan Cortina del Valle, 18 de octubre de 2011, ponente: Armando Cortés Galván.

que implica la aplicación del derecho extranjero para analizar precisamente si fue válidamente creado.<sup>86</sup>

En materia de poderes otorgados en el extranjero que tan dubitativa estuvo la jurisprudencia marginal, en esta nueva época los tribunales son claros:

En este supuesto cobra plena aplicación el principio de que el acto se rige por la ley del lugar en que se celebró, y se trata de un caso de excepción a la regla general de que una sola relación jurídica no puede regirse al mismo tiempo por dos sistemas jurídicos diversos, porque por una parte debe atenderse a la ley del lugar en que va a surtir sus efectos y, desde luego, por una cuestión de orden lógico esencial, primero debe determinarse si es válido, para posteriormente analizar sus efectos... Consecuentemente, conforme al anterior principio de derecho previsto en la legislación vigente, la forma de los actos jurídicos se rige por el derecho del lugar en que se celebren, lo que significa en el caso, que la forma del otorgamiento del poder no está sujeta a las normas del Código Civil ni a la de la ley mercantil citadas en primer término, sino que está sujeta al derecho del país extranjero.<sup>87</sup>

En materia de arbitraje comercial internacional los tribunales de amparo dejaron establecido que:

Los efectos del convenio arbitral sólo se extienden a quienes suscribieron ese pacto; sin embargo, existen supuesto en que personas diversas a las partes pueden estar sujetas al pacto arbitral... no a la eficacia positiva contractual de éste que es, en sentido estricto, inter partes... causahabiente... particular no puede adquirir más de lo que tenía su causante... comprobar, en cada ocasión, si el convenio ar-

<sup>86</sup> Derecho extranjero, la validez del acto jurídico que surtirá efectos en México, debe analizarse conforme a la Ley del lugar de celebración del acto. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 10523/2000. Víctor Vasarhelyl, alias Vasarely, hoy sus herederos André Vasarhelyl y Jean Pierre Vasarhelyl, alias Yvaral. 12 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Alvaro Vargas Ornelas.

<sup>87</sup> DERECHO EXTRANJERO, LA VALIDEZ DEL ACTO JURÍDICO QUE SURTIRÁ EFECTOS EN MÉXICO, DEBE ANALIZARSE CONFORME A LA LEY DEL LUGAR DE CELEBRACIÓN DEL ACTO. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo directo 10523/2000. Víctor Vasarhelyl, alias Vasarely, hoy sus herederos André Vasarhelyl y Jean Pierre Vasarhelyl, alias Yvaral. 12 de junio de 2001. Unanimidad de votos. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: José Alvaro Vargas Ornelas.

bitral ha circulado por la cadena contractual... ya que aun existiendo una cadena contractual en la que los convenios entre las partes sobre obligaciones principales aparezcan firmemente relacionados, no se puede considerar que ha habido transmisión del compromiso arbitral si no aparece expresamente pactada a lo largo de los contratos sucesivos o si la transmisión misma no fue válida.<sup>88</sup>

En una decisión reciente<sup>89</sup> la SCJN definió el orden público en función de la nulidad de un laudo arbitral y también definió el límite de la inarbitrabilidad.

146. Los agravios sintetizados son sustancialmente fundados, en virtud de que, tal como aduce la inconforme, como ha quedado dicho en párrafos anteriores, el orden público para efectos de declarar la nulidad de un laudo arbitral es todo aquello que no es disponible para las partes ni para el árbitro; además, el estudio que exige la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, no consiste en analizar la corrección o legalidad del laudo, sino solamente se limita a examinar si lo decidido en el fondo viola o no el orden público mexicano, cuya finalidad decisiva es la tutela de derechos de la colectividad para evitarle algún trastorno o desventaja o para procurarle la satisfacción de necesidades o algún provecho o beneficio, de manera que ese orden público se afecta cuando con motivo de la decisión de la autoridad o, en este caso, del tribunal arbitral, se priva a la colectividad de un beneficio que le otorgan las leyes o se le infiere un daño que de otra manera no resentiría.

Para finalizar, una jurisprudencia en la que se admiten lisa y llanas, las reglas internacionales del comercio:

LOS USOS Y TÉRMINOS COMERCIALES INTERNACIONALES. SIRVEN PARA INTERPRETAR LA INTENCIÓN DE LAS PARTES EN UN CONTRATO DE COMPRA-VENTA INTERNACIONAL.<sup>90</sup>

<sup>88</sup> ARBITRAJE. CORRESPONDE A LAS AUTORIDADES JUDICIALES O A LOS ÁRBITROS ANALIZAR LA EXISTENCIA Y EFICACIA DEL ACUERDO DE LA TRANSMISIÓN A TERCEROS. Amparo en revisión 442/2004 – Tesis 1.30.C.475 C. Conproca, S. A. de C. V. y otra. 14 de diciembre de 2004. Mayoría de votos. Disidente: Anastacio Martínez García. Ponente: Neófito López Ramos. Secretario: Raúl Alfaro Telpalo.

<sup>89</sup> Publicada el 24 de septiembre de 2012. Amparo en Revisión 755/2011 derivado de la solicitud de ejercicio de la Facultad de Atracción por la SCJN, 1<sup>a</sup> Sala, 78/2011, ponente: José Ramón Cossío.

<sup>90</sup> 9a. Época, T.C.C., S.J.F.y su Gaceta, XXXII, julio de 2010, p. 2101.

De este rápido recuento resulta claro que algunos tribunales han comenzado a actuar correctamente, con un sentido más preciso en el análisis de la norma internacional que impulsa al tráfico jurídico internacional y al menos en esos tribunales, es alentador que México haya empezado a abrirse al mundo con una base jurídica y jurisdiccional, importante.

Pasemos ahora al último tema de este trabajo, el relativo a los derechos humanos con motivo de la reforma constitucional reciente<sup>91</sup> y con referencia al DIPr, mismo que abordaremos brevemente.

### III. LOS DERECHOS HUMANOS Y LA REFORMA CONSTITUCIONAL

Dijimos anteriormente que el tema se plantea en los siguientes términos:

Ya hemos visto cómo se incorpora la norma jurídica internacional al sistema jurídico nacional. También dijimos que los tratados o convenios internacionales están elaborados para facilitar el tráfico jurídico internacional y elevan el nivel de los derechos de las personas que pertenecen a los países que firman el tratado. La incorporación de un derecho más favorable en el sistema jurídico interno, especialmente en materia de derechos humanos, debe subsistir dentro del sistema, ya que la norma jurídica internacional se “nacionalizó” y se integró al sistema jurídico interno para beneficio de

<sup>91</sup> Dicha reforma abarcó a los artículos:

Título Primero, Capítulo I. De los Derechos Humanos y sus Garantías

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley... Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

las personas. Este punto ha sido sancionado con la reforma constitucional con los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas, la protección más amplia” (artículo 1o.).<sup>92</sup>

Ciertamente estamos en un tema poco explorado, al menos desde la perspectiva del DIPr.<sup>93</sup> Sin embargo, partimos del principio del bienestar común, que ha sido objeto de la jurisprudencia en materia de derechos humanos, al menos en el continente latinoamericano.<sup>94</sup> Se trata de que el legislador interno se supedite a las normas internacionales en materia de derechos humanos que propendan al bien común.

En el caso que nos ocupa, nos referimos a normas internacionales que se han incorporado al sistema jurídico interno. Además, el contenido de estas normas establece derechos más específicos, nuevos derechos o simplemente, regulaciones que facilitan el alcance de esos derechos.<sup>95</sup> Un ejemplo nos ayudará a precisar este concepto. La adopción internacional, tal y como está prevista en los tratados más importantes ratificados por México<sup>96</sup> establece procedimientos más expeditos que los establecidos localmente. Mediante esta facilitación, los extranjeros pueden adoptar niños mexicanos mediante un procedimiento simplificado y con ello cumplir con el bien común, es decir, que un menor huérfano mexicano, tenga una familia y crezca al lado de ésta. Pero sucede que un extranjero procedente de un Estado que no es signatario de esos tratados, no podrá adoptar a un niño mexicano por ese medio de este régimen de facilitación y de esa manera dejar de cumplir con el bien común del menor, simplemente porque dicho Estado no ha firmado el tratado o convención internacional. El precepto constitucional

<sup>92</sup> Para el texto completo del artículo, véase nota 78.

<sup>93</sup> Un autor que sí trató el tema, en la década de los setentas, fue Werner Goldschmit, con su *Derecho de la Tolerancia*, en este sentido véase *Derecho Internacional Privado*, Buenos Aires, El Derecho, 1970.

<sup>94</sup> Sobre este tema, véase García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J., *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa-UNAM, 2011.

<sup>95</sup> Jardón, Luis, “La interpretación de las cláusulas jurisdiccionales en los tratados de derecho humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIII, 2013, pp. 99 y ss.

<sup>96</sup> La Convención Interamericana sobre Conflicto de Leyes en Materia de Adopción de Menores de 1984 y la Convención de La Haya sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional de 1994.

reformado al que hemos hecho mención, nos dice que cuando se trata de este tipo de derechos se le debe otorgar a la persona, la protección más amplia y en el caso al que nos referimos, la facilitación para el ejercicio del derecho de adopción, debe ser igualmente amplia. No hay que desconocer, sin embargo, que el ejercicio de este derecho está vinculado con un tema distinto, instrumental. Pero no menos importante. Un convenio internacional implica necesariamente obligaciones para los Estados firmantes del tratado que son indispensables para su funcionalidad.

Puede ser este último un argumento de peso pero es compensable con una estructura efectiva de supervisión sobre el seguimiento que se le debe dar al menor adoptado. En las convenciones internacionales se establece la obligación para el Estado parte, de darle seguimiento al cuidado de los padres adoptivos sobre hijos adoptivos, en el proceso de acoplamiento familiar. Esto que es un procedimiento administrativo de supervisión temporal, lo pueden acordar autoridades mexicanas con cualquier extranjero que desee adoptar y que no tenga su domicilio en un país parte de la Convención, para que rinda informes al consulado mexicano del domicilio familiar y permitir visitas de las autoridades consulares mexicanas. Ciertamente no es un procedimiento que pueda convertirse en ejecutivo a fin de separar a un menor adoptado y que es maltratado, de su familia de adopción o peor aún, en aquellos casos, afortunadamente menos hoy en día, que la adopción sirva para introducir al menor en una red de prostitución. En realidad, para evitar esos contratiempos el juez dispone actualmente de la información completa de cualquier persona, incluyendo, si los hubiere, sus antecedentes penales, a fin de poder distinguir con claridad que la persona de los adoptantes sea adecuada para la adopción. Y ésta, debe ser labor de las autoridades que participan en procedimientos de esta naturaleza que en el caso de México es la Dirección de Integración Familiar (DIF). Estos son los funcionarios que preparan el expediente de los futuros adoptantes.

Se ha puesto ese ejemplo obviamente de manera muy general ya que el tema envuelve cuestiones más complejas, como el de la doble jurisdicción, o bien, otras instituciones que como ésta, se regulan internacionalmente y tienen sus peculiaridades, etcétera, porque ilustra cómo un mecanismo facilitador para alcanzar el bien común de un menor huérfano mexicano, no debe estar sujeto, como en este ejemplo, a la firma de un determinado Estado del tratado. La norma jurídica internacional, al incorporarse al sistema jurídico mexicano, al “nacionalizarse”, debe servir para todas las per-

sonas que se encuentren dentro de territorio nacional o quienes quieran adoptar a un menor, contraer matrimonio o celebrar un contrato.

Una cuestión interesante vinculada con la anterior, que se puede discutir es la siguiente ¿es posible que un nacional opte por las normas de facilitación del tratado y no por las normas internas en materia de adopción? Se puede decir que el ámbito personal de aplicación del tratado no lo incluye y por tanto no tiene opción. Sin embargo, se trata de un procedimiento que mejora los derechos de la persona, en este caso, derechos humanos, consideramos que es posible. El tratado ha sido ratificado por México, la norma internacional se incorporó al derecho nacional y éste, no puede ser excluyente con respecto a esa persona que tiene su domicilio en México. Dicho en otros términos, por el hecho de la incorporación de la norma jurídica internacional al sistema interno, perdió el ámbito de aplicación personal que le da el tratado y al ser norma nacional es aplicable a todas las personas que se encuentren dentro de territorio nacional y por ser en favor de los derechos humanos, debe ser aplicada a esa persona.<sup>97</sup>

Se tratará de una elevación de la norma interna al nivel de la norma internacional correspondiente, en materia de derechos humanos. Esta será pues la vía para alcanzar el bien común.<sup>98</sup>

No todos los casos son tan evidentes como el ejemplo que dimos de la adopción, sobre todo cuando se trata de transacciones comerciales pero aún en éstas, hay un ingrediente importante para la igualación de derechos a fin de que las transacciones comerciales sean justas para las dos partes. Veamos un ejemplo. La Convención de Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa de Mercancías<sup>99</sup> establece reglas que definen derechos y facilitan su ejecución. Lo mismo ¿cómo negarlas a una persona procedente de un país no miembro del tratado? Hacerlo sería situar a la persona en una situación de desventaja. Por el solo hecho que México decidió incorporar a su sistema jurídico un sistema internacional de compraventa de mercancías

<sup>97</sup> Una opinión similar la encontramos en Becerra Ramírez, M., *op. cit.*, p. 171. “El Poder Judicial, a petición de parte, tendrá la facultad de proponer una iniciativa de ley para incorporar alguna disposición de los tratados de los que nuestro país sea parte, o bien de la costumbre internacional que no tenga carácter autoejecutivo”.

<sup>98</sup> Sobre el tema, consultar: Mejía Lemus, D. G., “Sobre la doctrina de convencionalidad, una apreciación crítica de la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 2014, pp. 117 y ss.

<sup>99</sup> Sobre este tema ver Ferrari, Bruno, “The CISE and its Impact on National Contract Law Report”, en *UNCITRAL.Org.*

avanzado. El sistema jurídico, se ha modernizado en ese sector, y éste debe ser para beneficio de todas las personas.

Un caso solamente podría justificar la excepción a esta propuesta y consiste en lo siguiente:

Los tratados comerciales, fiscales y otros que requieren una interactuación mutua y permanente de los Estados signatarios del tratado. Además obedecen a una política internacional muy definida. Solo con tales o cuales Estados, le conviene al Estado mexicano otorgar preferencias arancelarias a cambio de otras tantas y con otros Estados no. Pero aún en este ámbito, un derecho sustantivo vinculado a los derechos humanos de la persona, deberá ser extensivo para todas las demás. No encontramos una razón jurídica para excluirlo.

#### IV. CONCLUSIÓN

LEONEL PEREZNIETO CASTRO

Hemos hecho un rápido recorrido al tema que nos ocupa. Intentamos mostrar su estado del arte y dimos respuesta a algunas interrogantes. El objetivo es dejar lo más claro posible que la norma jurídica internacional hoy en día, se incorpora a los sistemas jurídicos nacionales, de diversas formas. Que el Estado nacional como categoría de análisis es vigente pero también es importante recordar, parafraseando al filósofo de la modernidad, Jürgen Habermas, quien dijo hace un cuarto de siglo que entre las mutaciones culturales actuales en el mundo, se reflejan a las “tradiciones culturales, la universalización de normas y la generalización de los valores y la definición de las entidades individuales (y que estos son) prerrequisitos que ya existen en muchas mentes, en el sentido de que estamos inmersos en un cambio en el Derecho”<sup>100</sup> como el que se dio a partir de las grandes codificaciones. Cambio que va acompañado ahora a los desplazamientos del individuo y las familias y a las grandes transformaciones de la economía.

La incorporación de la norma jurídica internacional, la que estudia el DIPr, se incorpora al sistema jurídico mexicano también de diferentes formas que se ha intentado explicar en este trabajo y su incorporación hoy en día ya puede medirse en sus efectos en la modernización del sistema jurídico mexicano.

<sup>100</sup> “The Philosophical Discourse of Modernity”, MIT Press Cambridge, 1990, p. XVII.