

Revista Mexicana de

d DERECHO
INTERNACIONAL
PRIVADO

*Academia Mexicana de Derecho
Internacional Privado y Comparado*

REVISTA MEXICANA DE DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO

Publicación de la Academia Mexicana de Derecho
Internacional Privado y Comparado.



Nº 38. octubre de 2017. Nueva Época.

ISBN 978-607-9142-10-0

Correspondencia:

Kelvin 8-302, colonia Anzures, delegación
Miguel Hidalgo, Ciudad de México, CP 11590

Advertencia:

El contenido y la redacción de los textos son de la única
responsabilidad de los autores.

Se autoriza la reproducción parcial o total del contenido
de esta Revista, siempre y cuando se cite la fuente.

Editor

Leonel Pereznieto Castro

Consejo editorial

José Carlos Fernandez Rozas

Jorge Alberto Silva Silva

Bernardo M. Cremades

James A. Graham

Consejo Consultivo.

José Luís Siqueiros

Laura Trigueros Gaisman

Alejandro Ogarrío R. E.

Francisco José Contreras Vaca

Loretta Ortiz Ahlf

Ligia Gonzalez Lozano

Roberto Rendón Graniell

Mario de la Madrid Andrade

María Virginia Aguilar

Carlos Odriozola Mariscal

CONTENIDO

DOCTRINA

Jurisprudencia estadounidense sobre el alien tort statute de 1789: ¿El ocaso de la jurisdicción civil extraterritorial, por violaciones corporativas al derecho internacional

Jorge Cicero Fernández 5

El orden público y el arbitraje en el derecho mexicano, avance, retroceso o redefinición de límites y consecuencias - amparo directo 71/2014

Juan Carlos Guerrero 23

El proyecto de Convención de La Haya sobre Reconocimiento de Sentencias Judiciales

Leonel Pereznieta Castro 33

Proyecto de Convención de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras

Traducción 37

Algunas reflexiones en torno a las normas que regulan situaciones jurídicas válidamente creadas

Jorge Alberto Silva 57

RESEÑAS

Karl Ludwig von Bar. The Theory and Practice of Private International Law (*Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*) 82

S.I.Strong, Kathia Fach Gómez y Laura Carballo Piñeiro, Derecho Comparado para abogados angloparlantes . Culturas jurídicas, términos jurídicos y prácticas jurídicas 85

DOCTRINA

JURISPRUDENCIA ESTADOUNIDENSE SOBRE EL *ALIEN TORT STATUTE* DE 1789: ¿EL OCASO DE LA JURISDICCIÓN CIVIL EXTRATERRITORIAL, POR VIOLACIONES CORPORATIVAS AL DERECHO INTERNACIONAL?¹

Jorge Cicero Fernández²

SUMARIO: En esta ponencia se aborda la cuestión de si la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos, relativa a la Ley Federal de los Estados Unidos sobre responsabilidad civil por violaciones al Derecho Internacional (*Alien Tort Statute*) de 1789, según la cual este ordenamiento debe ser interpretado bajo el principio de la presunción contra la extraterritorialidad, implica el ocaso de los litigios civiles en tribunales de ese país en torno de la responsabilidad corporativa por violaciones al derecho internacional derivada de conductas desarrolladas, en todo o en parte, fuera de su territorio.

Al efecto, la ponencia recapitula los orígenes del *Alien Tort Statute*, en el contexto de la prevención de la responsabilidad de los Estados Unidos por denegación de justicia a extranjeros; su empleo a partir de la antepenúltima década del siglo pasado, para demandar civilmente a ciudadanos extranjeros en tribunales estadounidenses por presuntas violaciones extraterritoriales al derecho de gentes; al igual que diversos precedentes tanto del alto tribunal como de los Circuitos de Apelaciones referentes a la interpretación de este ordenamiento, con énfasis en el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*—en el cual la Suprema Corte estadounidense reafirmó en el 2013 la mencionada presunción contra la extraterritorialidad, en casos de supuesta responsabilidad corporativa enderezados bajo el *Alien Tort Statute* y el derecho internacional, así como a subsiguientes litigios sobre el particular y a las implicaciones de *Kiobel* para el sistema de justicia a nivel internacional.

I. PRESENTACIÓN

Como su título lo indica, el presente trabajo tiene por objeto introducir al público mexicano interesado al denominado *Alien Tort Statute* de 1789 (en lo sucesivo “ATS”), que traducido al

¹ En el marco del tema central de discusión del XL Seminario de Derecho Internacional Privado (Facultad de Derecho “Abogado Ponciano Arriaga”, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 15-17 de noviembre de 2017), “La migración de personas y capitales en el ámbito del derecho internacional privado”, la presente ponencia se relaciona con los siguientes temas específicos: Cooperación procesal internacional/migración de personas-nacionalidad/mecanismos de solución de controversias/temas selectos de derecho internacional privado (y comparado).

² Diplomático, profesor de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional (Universidad Tecnológica de México – UNITEC México) y autor de las obras sobre el *Alien Tort Statute* indicadas en la bibliografía del presente trabajo.

español podría designarse “Ley Federal sobre Responsabilidad Civil por Violaciones al Derecho Internacional en Agravio de Extranjeros”, como también veremos. A tal efecto, el trabajo se estructura de la siguiente manera:

En primer lugar, se explica en qué consiste y cuáles son los orígenes del ATS en el sistema jurídico estadounidense, así como qué se entiende como *torts* en el régimen del *common law*, y por “*torts* de derecho internacional” en el contexto del ATS en particular.

Enseguida, se exponen los motivos por los cuales se estima que este ordenamiento, y la jurisprudencia estadounidense relacionada, son del interés del público jurídico mexicano—empezando por el de nuestros jusprivatistas e internacionalistas en especial; pero, asimismo, del de juzgadores, litigantes y asesores legales, tanto como de profesores y estudiantes de derecho en general.

A continuación, se alude a los litigios civiles en tribunales federales de los Estados Unidos, por violaciones extraterritoriales al derecho internacional, promovidos con base en el ATS, con especial énfasis en algunos de los más significativos precedentes sentados al respecto entre las décadas de los 1980 y del 2000. Aquí se abordará el concepto de la “jurisdicción universal” en materia civil, según la jurisprudencia relativa.

Acto seguido, se reseña la resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos del 17 de abril del 2013 en el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, referente a la responsabilidad corporativa por violaciones extraterritoriales al derecho internacional; y que contiene la más reciente interpretación del ATS por ese alto tribunal.

Por último, se recapitula el estado de los litigios civiles de derecho internacional con base en el ATS tras el caso *Kiobel*, antes de externar nuestras propias reflexiones sobre este interesante y—al menos en México—relativamente poco conocido capítulo del derecho de gentes.

II. EL ALIEN TORT STATUTE DE 1789

¿Qué es el ATS? El ATS, también conocido como *Alien Tort Claims Act* y que data de hace más de 200 años, se encuentra codificado en la Sección 1350 del Título 28 del Código Judicial de los Estados Unidos. Esta disposición lee como sigue en inglés: “*District Courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States*”. Lo anterior, traducido al español, diría: “Las cortes federales de distrito tendrán competencia original sobre cualquier acción civil ejercitada por un extranjero, por un agravio civil únicamente, cometido en violación del derecho de gentes o de un

tratado de los Estados Unidos” (traducción libre del autor).³

No existe consenso sobre los orígenes e historia legislativa del ATS. De ahí que uno de los primeros jueces llamado a interpretarlo, lo haya equiparado, evocando al misterioso héroe de una ópera de Richard Wagner, con un “Lohengrin legal”, pues “nadie parece saber de dónde provino”.⁴

Pese a ello, la jurisprudencia y la doctrina coinciden en que la génesis y motivación del ATS de 1789 deben enmarcarse en la preocupación de los autores del sistema federal estadounidense, por contar con legislación tendente a evitar la denegación local de justicia a extranjeros; y evitar así, los consiguientes incidentes diplomáticos e intervenciones de las potencias de aquél entonces, derivados de la responsabilidad internacional de los nacientes Estados Unidos de América, recién independizados en 1776.

En las elocuentes palabras del federalista Alexander Hamilton, quien promoviera la centralización en el gobierno nacional de diversas facultades en materia de relaciones exteriores:⁵

La paz del TODO no puede dejarse a merced de una de las PARTES. Sin duda, la Unión deberá responder ante las potencias extranjeras por la conducta de sus miembros. Y la responsabilidad por un agravio debería ir siempre acompañada por la facultad de prevenirlo. La denegación o perversión de la justicia por las sentencias de las cortes [...] está con razón considerada como una de las causas justas de la guerra: el Poder Judicial Federal deberá conocer de todos los casos en que se encuentren involucrados ciudadanos de otros países [...]

En México, la inclusión de los tratados internacionales en el actual artículo 104, fracción II constitucional obedeció a una inquietud semejante, precisamente de Ponciano Arriaga, cuya memoria la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí honra con su nombre. Como se recordará, de conformidad con dicho numeral, cuando se trasciendan los intereses particulares del actor, compete a los tribunales federales conocer de “todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano”.⁶ Efectivamente, de los debates del Congreso Constituyente de 1856 se desprende que Ponciano

³ Cfr. Cicero Fernández, *Protección de extranjeros en los Estados Unidos de América* [...], p. 13 (referencia completa en la sección de bibliografía del presente trabajo).

⁴ Cfr. Cicero Fernández, *Doe v. Zedillo* [...], p. 22 (referencia completa en la sección de bibliografía).

⁵ Cfr. Cicero Fernández, *Protección de extranjeros en los Estados Unidos de América* [...], pp. 31 y 32.

⁶ Cfr. Primera Sala. 9ª Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. T. V. Civil Primera Parte - SCJN Primera Sección - Civil Subsección 2 - Adjetivo, p. 245 (referencia completa en la sección de bibliografía).

Arriaga, junto con León Guzmán, abogó también por prevenir con la referida cláusula la denegación de justicia a extranjeros en nuestro sistema federal, mediante la consideración judicial de los derechos individuales que derivaran de tratados internacionales.⁷

¿Qué son los *torts*? Característica del sistema de *common law*, la figura del *tort* se asemeja a la responsabilidad civil extracontractual por actos ilícitos pero, en rigor, no tiene equivalente preciso en los regímenes de derecho civil codificado como el nuestro.

La palabra *tort*, traducida aquí como “agravio civil”, se remonta al francés antiguo: literalmente quiere decir “torcido” (del latín *tortum*). Son “agravios civiles intencionales” del *common law* tradicional (*common law torts*), entre otros, las figuras tipificadas como *battery* (agresión física), *false imprisonment* (privación ilegal de la libertad), *reckless or intentional infliction of emotional distress* (sufrimiento emocional intencional) y *trespass* (traspaso), ya sea a posesiones o semovientes o propiedades inmuebles (*trespass to chattels, trespass to land*).⁸

La connotación es la de invasión no sólo a un bien o interés jurídicamente tutelado, sino a la esfera personalísima e íntima de la dignidad e integridad individuales. Emblemática del arraigo de tales conceptos en la identidad anglosajona, es una de las versiones en inglés del Padre Nuestro, u Oración del Señor. En español esta oración reza: “perdona nuestras ofensas” (o “nuestras deudas”), como también nosotros perdonamos a los que nos ofenden” (o ‘a nuestros deudores’). La citada versión en inglés reza, en cambio: “perdona nuestros traspasos como perdonamos a quienes traspasan contra nosotros” (“*forgive our trespasses as we forgive those who trespass against us*”).

Es también icónico que sea justamente esta rama del derecho anglosajón, el *Tort law*, donde se encuentren las raíces de las millonarias compensaciones que suelen ser otorgadas en juicios civiles en los Estados Unidos; y que pueden comprender, entre otros conceptos, los famosos “daños punitivos”.

¿Qué debe entenderse por “agravios civiles de derecho internacional” (“*a tort only in violation of the law of nations*”) para efectos del ATS? Tampoco existe acuerdo en torno de si el ATS es exclusivamente jurisdiccional, requiriendo para su aplicación de un derecho de acción independiente; o si, por el contrario, implica por sí mismo la facultad de accionar a las cortes

⁷ Cfr. Cicero Fernández, “International Law in Mexican Courts”, p. 1047 (referencia completa en la sección de bibliografía).

⁸ Cfr. Cicero Fernández, *Doe v. Zedillo* [...], p. 22.

federales estadounidenses.⁹

Un sector de la jurisprudencia ha encontrado en el propio ATS la fuente del derecho de acción, de acuerdo a esta corriente, para que el actor recurra a los tribunales estadounidenses con base en el ATS, sólo hace falta demostrar que los actos ilícitos del demandado son violatorios de normas sustantivas del derecho de gentes.

Otros precedentes sostienen que el ATS otorga tal derecho de acción, únicamente en la medida en que simultáneamente el actor alegue tanto una violación del derecho de gentes, como un agravio civil de derecho interno.

Nuevamente, es representativo de la tradición del *common law* y del sistema legal estadounidense que el grueso de los litigios iniciados al amparo del ATS se fundamente en normas consuetudinarias, no convencionales, del derecho internacional. A la inversa de lo que ocurriría en nuestro país, por ejemplo en el marco del denominado control de convencionalidad, para efectos de cumplimiento interno los tratados internacionales celebrados por los Estados Unidos suelen considerarse como heteroaplicativos y supeditados para su aplicación judicial a las correlativas leyes y reglamentos domésticos. Tal es caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de conformidad con las reservas, declaraciones y entendimientos de los Estados Unidos en el momento de su adhesión. Quizás de ahí pudiera explicarse, al menos en parte, la preferencia de los litigantes por el componente consuetudinario del ATS (“*a tort only, committed in violation of the law of nations*”), por sobre su componente convencional (“*a tort only, committed in violation [...] of a treaty of the United States*”).

En contraste, lo que no deja lugar a dudas es que sea cual fuere la fuente de la acción civil prevista en el ATS, ésta debe ejercitarse por un extranjero (“*any civil action by an alien*”). Es decir, por un o una *alien*, término anglo proveniente del latín *alienus* mismo que, al igual que en el *alieni iuris* del derecho romano de familia, tiene aquí la acepción de “ajeno” o “perteneciente a otro”. Después de todo, el ordenamiento data de una época en la cual la defensa de los derechos del individuo en el plano internacional recaía en el Estado de su nacionalidad, y ello primordialmente frente a otros Estados soberanos.

III. DEL INTERÉS DEL TEMA PARA EL PÚBLICO MEXICANO

Dicho todo lo anterior, cabe preguntarse aquí, antes de continuar con el desarrollo del tema:

⁹ Cfr. Cicero Fernández, Protección de extranjeros en los Estados Unidos de América [...], p. 93.

Más allá de la mera efeméride o curiosidad, ¿qué interés tangible y directo puede tener para el público jurídico mexicano un polémico ordenamiento estadounidense, que data de hace más de 200 años y en el cual se entremezclan en una especie de exogamia legal, por una parte la extraña figura de los *torts*, sin equivalencia en nuestro derecho civil; con el derecho internacional de fuente consuetudinaria o convencional, por la otra.

La respuesta es que el tema representa un especial interés para iusprivatistas e internacionalistas, juzgadores, abogados litigantes, asesores legales, investigadores jurídicos, profesores y estudiantes de derecho de nuestro país, por los siguientes motivos:

Primero, porque de su estudio se reafirma la convicción de que es necesario recurrir a todas las instancias disponibles del derecho, interno e internacional, para defender los intereses de México y los mexicanos frente a nuestro vecino del Norte. En efecto, en el año de 1907 el entonces Procurador General de los Estados Unidos, Charles Bonaparte, fue de la opinión que el ATS constituía un mecanismo apropiado para la reparación de daños transfronterizos a ciudadanos mexicanos, ocasionados por la desviación intencional e ilícita del canal del Rio “Grande” por parte de una compañía americana de irrigación.¹⁰ Consultado acerca de si las leyes estadounidenses permitían hacer valer el respectivo dictamen de la Comisión Internacional de Límites México-Estados Unidos, Bonaparte respondió que los nacionales mexicanos afectados disponían tanto de un derecho de acción como de un foro para obtener reparación conforme al ATS.¹¹

Segundo, porque, paradójicamente, fue en el caso del también ciudadano mexicano Humberto Álvarez Machain que la Suprema Corte de los Estados Unidos dio un revés a la interpretación según la cual, el ATS provee un derecho de acción y un foro para la reparación de violaciones extraterritoriales al derecho internacional en perjuicio de extranjeros, planeadas desde territorio estadounidense.¹² Víctima en 1990 de un secuestro transfronterizo para ser juzgado en una corte federal con sede en California, por su presunta implicación en la tortura y muerte del agente de la *Drug Enforcement Administration* (DEA) en Guadalajara, en 1985, Álvarez Machain fue liberado en 1992, después de que las acusaciones en su contra fueran desestimadas pese a la negativa de la Suprema Corte de los Estados Unidos a reconocer la ilegalidad de los secuestros transfronterizos,

¹⁰ *Idem.*, p. 44.

¹¹ *Ibidem.*, pp. 44 y 45.

¹² *Cfr. Sosa v. Alvarez Machain*, 542 U.S. 692 (2004).

en el marco del Tratado bilateral de Extradición y de las protestas del Gobierno mexicano.¹³

En 1993, ya de retorno en México, el afectado demandó civilmente, bajo el ATS y el diverso *Federal Tort Claims Act* (FTCA), a agentes de la DEA y a ciudadanos mexicanos implicados. En segunda instancia, la Corte de Apelaciones para el 9º Circuito, con sede en San Francisco, falló a favor del ciudadano mexicano, por configurarse en su caso el *common law tort* de privación ilegal de la libertad o *false arrest*, así como la violación de la prohibición por el derecho internacional de las detenciones arbitrarias.¹⁴ No así la Suprema Corte estadounidense, que revirtió los resolutive del 9º Circuito en el 2004 al determinar que, bajo el FTCA, el Gobierno de los Estados Unidos goza de inmunidad soberana frente a reclamos originados en el extranjero; y que, por cuanto al ATS, su alcance histórico debe entenderse circunscrito a tres delitos contra el derecho de gentes, reconocidos como tales por el derecho penal inglés del siglo XVII, a saber: violación de salvoconductos, violación de inmunidades diplomáticas, piratería.¹⁵

Adicionalmente, el tribunal constitucional rechazó considerar al secuestro transfronterizo de Álvarez Machain como una detención arbitraria conforme al derecho internacional, al negar vinculatoriedad a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) y reafirmar la falta de autoaplicabilidad del PIDCP en el ordenamiento interno estadounidense.¹⁶

En tercer lugar, el interés bilateral del ATS queda igualmente acreditado con la demanda promovida en su marco y el del *Torture Victim Protection Act* (TVPA) contra el ex Presidente de la República Ernesto Zedillo, en el 2011, ante la Corte Federal para el Distrito de Connecticut.¹⁷ En ella, se alegaba la supuesta responsabilidad del ex mandatario, en tanto Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas y en el contexto del “Plan de Campaña Chiapas 94” contra el Ejército Zapatista de Liberación Nacional, en el ataque que tuvo lugar en Acteal, Chiapas, el 22 de diciembre de 1997, y que costara la vida a 45 indígenas.¹⁸ Como es del dominio público, Zedillo rechazó en todo momento las acusaciones en su contra como infundadas, calumniosas, falsas e improcedentes.¹⁹

Pese al amparo interpuesto en México contra la petición mexicana al Departamento de Estado,

¹³ Cfr. Cicero Fernández, *Doe v. Zedillo* [...], p. 25.

¹⁴ *Idem.*, p. 26.

¹⁵ *Ibidem.*, pp. 27 y 28.

¹⁶ *Ibidem.*, p.27.

¹⁷ *Ibidem.*, p. 9.

¹⁸ *Ibidem.*

¹⁹ *Ibidem.*, p. 10.

para que éste formulara la respectiva “sugerencia de inmunidad” al juez de Distrito,²⁰ la sugerencia desde luego fue obsequiada, tal y como lo mandatan la Ley de Inmunidad Soberana (*Foreign Sovereign Immunities Act*) y la jurisprudencia relacionada.²¹ Consiguientemente, el expediente fue sobreseído mediante resolución de primera instancia del 18 de julio del 2013,²² confirmada en sus términos por el 2º Circuito de Apelaciones, competente para el Distrito de Connecticut.

De haberse pronunciado en algún sentido, sostuvo la parte mexicana que rechazó “que una legislación estadounidense deba, o pueda, otorgar jurisdicción a los tribunales de dicho país para conocer demandas civiles por hechos cometidos fuera de Estados Unidos entre extranjeros”, la Corte habría decidido “sobre acciones soberanas del gobierno de México realizadas en su propio territorio”.²³

El siguiente motivo por el que los abogados mexicanos debemos interesarnos en el ATS, es la tendencia a incoar procedimientos civiles contra grandes empresas transnacionales con presencia en los Estados Unidos, por presuntas violaciones corporativas al derecho internacional cometidas en el exterior. Las inversiones mexicanas en los Estados Unidos ya equivalen a 43 millones de dólares en Inversión Extranjera Directa; y tienen creciente presencia corporativa en ese país empresas mexicanas como *Bimbo*, *Gruma*, *Kuo*, *Lala*, *Kaltex*, *La Costeña*, *IUSA*, *Katcon*, *Alpek*, *Sigma Alimentos* y *Nemak*, algunas de las cuales tiene asimismo presencia en otras naciones de América y el mundo. Así, por ejemplo, de acuerdo a *El Financiero*, desde el 2014 “Bimbo se convirtió en la panificadora más grande del planeta en cuanto a ventas, al tiempo que expandió su presencia internacional que hoy abarca 21 países”. No debe albergarse duda de que las compañías mexicanas se caracterizan por su responsabilidad social y respeto a las normas nacionales e internacionales, pero tan sólo estos datos debían alertar a los respectivos asesores jurídicos acerca de la conveniencia de observar y dar seguimiento a los litigios y precedentes derivados del ATS en materia de responsabilidad civil corporativa internacional.

Por último, además de las enseñanzas que nos deja el estudio del ATS sobre el sistema judicial y federal estadounidense, en momentos cruciales de la relación bilateral, es inescapable la pregunta

²⁰ *Cfr.* Corzo, V.E. y E.E., “Claroscurios del amparo otorgado en el caso de Ernesto Zedillo” (referencia completa en la sección de bibliografía).

²¹ *Cfr.* Cicero Fernández, *Doe v. Zedillo* [...], pp. 12 y 33-40.

²² United States District Court, District of Connecticut, *Jane Doe I, an alien, et al v. Ernesto Zedillo Ponce de León, An Alien resident of Connecticut*, Ruling, July 18, 2013 (referencia completa en la sección de bibliografía).

²³ *Cfr.* Cicero Fernández, *Doe v. Zedillo* [...], p. 2.

de qué sucedería si en alguno de los litigios civiles promovidos bajo el ordenamiento de 1789, los tribunales estadounidenses requirieran la cooperación procesal internacional de sus contrapartes mexicanas en materia de notificaciones u obtención de pruebas; o, incluso, la eventual homologación de una sentencia definitiva con fines coactivos por parte de los tribunales de nuestro país.

Dado el categórico rechazo del Gobierno de México a la aplicación extraterritorial del ATS para conocer de hechos ocurridos entre mexicanos en territorio nacional, uno estaría tentado a suponer que, en tales hipótesis, el rechazo de los tribunales mexicanos a prestar tal cooperación en semejantes situaciones sería igualmente categórico. Después de todo, de los convenios en la materia vigentes entre México y Estados Unidos:

- El Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial, prevé el supuesto de que el cumplimiento de una petición de notificación o traslado conforme a sus disposiciones pueda ser rehusado “si el Estado requerido juzga que este cumplimiento es de tal naturaleza que implica un atentado a su soberanía o a su seguridad” (artículo 13, párrafo 1º).
- El Convenio, también de La Haya pero de 18 de marzo de 1970, sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero, asimismo en Materia Civil o Comercial, contiene una cláusula similar (artículo 12, inciso [b]).
- La Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Panamá, 30 de enero de 1975) es inaplicable “a los actos que impliquen ejecución coactiva” (artículo 3º), razón por la cual operaría el Código Federal de Procedimientos Civiles, cuyo artículo 569 estipula que las “sentencias, los laudos arbitrales privados de carácter no comercial y demás resoluciones jurisdiccionales extranjeros tendrán eficacia y serán reconocidos en la República”, en la medida en que no sean contrarios “al orden público interno” (véase también la fracción VII del artículo 571).

La cuestión es que, para la jurisprudencia mexicana de amparo, el “orden público” no es una noción predeterminada, sino una “cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevalecientes en el momento en que se realice la valoración [...] en el entendido de que la decisión a tomar en cada caso concreto no puede descansar en meras apreciaciones subjetivas del juzgador, sino en elementos objetivos que traduzcan las preocupaciones fundamentales de una sociedad”.²⁴

Adicionalmente, está bien establecido por nuestro máximo Tribunal, que contra la

²⁴ Cfr. “SUSPENSIÓN, NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y DE INTERÉS SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA” Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (referencia completa en la sección de bibliografía).

homologación y ejecución de una sentencia extranjera es procedente el amparo indirecto, concretamente en contra de la última resolución dictada en el incidente respectivo.²⁵

Como se puede apreciar, lejos de la certeza de un rechazo, los referidos precedentes contribuyen a hacer impredecible el desenlace de un eventual requerimiento de cooperación judicial, por tribunales estadounidenses a sus contrapartes mexicanas, en casos derivados del ATS. De hecho, en el caso de la extradición del ciudadano argentino Ricardo Miguel Cavallo a España en el 2002, a petición del Juez Baltasar Garzón, por delitos de genocidio y torturas ocurridos en Argentina durante la dictadura militar, la mayoría del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se abstuvo de pronunciarse sobre el principio de la jurisdicción universal.²⁶ Y en el antes citado caso del ex Presidente Ernesto Zedillo, enderezado conforme al ATS, el Juez Décimo Sexto de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, Ricardo Gallardo Vara, concedió el amparo de la justicia federal en contra de la nota diplomática con la que el Gobierno de México solicitó al de Estados Unidos la respectiva sugerencia de inmunidad soberana.²⁷

Si a ello agregamos los principios pro persona y de interpretación conforme, plasmados en el artículo 1º constitucional a partir de la reforma de derechos humanos del 2011, sería del todo aventurado prejuzgar la posible postura del Poder Judicial mexicano ante semejante situación.

Por todo lo expuesto, considero que el ATS es del interés del público jurídico mexicano, comprendidos los iusprivatistas y estudiosos del derecho congregados en el presente Seminario.

IV. EVOLUCIÓN Y ESTADO DE LA JURISPRUDENCIA RELATIVA

1. Caso Filartiga

A partir de 1793 se registran diversos precedentes de aplicación e interpretación del ATS, por hechos que van, entre otros muchos, desde la captura de presas marítimas en violación de la neutralidad del Estado del pabellón y la destrucción de buques en altamar durante la Guerra de las Malvinas, hasta la infracción de los derechos consulares de detenidos extranjeros y la sustracción ilícita internacional de menores.²⁸

²⁵ “HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA. ES PROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE LA ÚLTIMA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL INCIDENTE RESPECTIVO”. SCJN, 1ª Sala, 10ª Época (referencia completa en la sección de bibliografía).

²⁶ *Cfr.* Cicero Fernández, *Doe v. Zedillo* [...], p. 119.

²⁷ *Cfr.* Corzo, V.E. y E.E., “Claruscosos del amparo otorgado en el caso de Ernesto Zedillo”.

²⁸ *Cfr.* Altman, p. 119 (referencia completa en la sección de bibliografía); y Cicero Fernández, *Protección de extranjeros en los Estados Unidos de América* [...], pp. 45 y 46.

No obstante, el caso axiomático de la jurisprudencia relativa no es otro que *Filartiga v. Peña Irala*.²⁹ En una histórica decisión del año de 1980, la Corte de Apelaciones para el 2º Circuito, con sede en Nueva York, confirmó la competencia de la corte federal de primera instancia para conocer bajo el ATS y el derecho consuetudinario internacional, incluyendo como evidencia del mismo a la DUDH, de una demanda por 10 millones de dólares promovida por extranjeros contra uno de sus conciudadanos y derivada de hechos ocurridos en su país de origen.³⁰ Los actores fueron los exiliados paraguayos Joel y Dolly Filartiga; el demandado, también paraguayo, Américo Norberto Peña Irala, ex inspector de policía del General Stroessner.³¹ Y el acto ilícito causa de la acción, la muerte en Paraguay del hijo y hermano respectivamente de aquellos, Joelito, como consecuencia de las torturas que le fueran infligidas por las actividades políticas de su padre.³² Tras ser emplazado a juicio bajo la custodia del Servicio de Inmigración, Peña Irala fue deportado.³³

Es precisamente el fallo de apelación en *Filartiga*, a cargo del Magistrado ponente Irving Kaufman, donde se articula la actualización de la jurisdicción universal en materia civil para efectos del ATS. En palabras de Kaufman, “entre los derechos universalmente proclamados por todas las naciones [...] está el de vivir libre de tortura física [...] para efectos de responsabilidad civil, el torturador ha devenido, como el pirata y el tratante de esclavos que le precedieron, un *hostis humanis generis*, un enemigo del género humano”.³⁴ Consiguientemente, “con independencia de la nacionalidad de las partes [...] siempre que un presunto torturador sea encontrado y emplazado a juicio por un extranjero dentro de nuestras fronteras”, el ATS “dispone la jurisdicción federal”.³⁵

2. Caso Tel Oren

En 1984, apenas cuatro años después del histórico fallo de segunda instancia en *Filartiga*, en el caso *Tel Oren v. Libyan Arab Republic* la opinión concurrente del Magistrado Robert Bork ya ponía en duda sus postulados, al razonar que en el siglo XVIII no existía el derecho internacional de los derechos humanos, por lo que era insostenible que en siglo XX el ATS otorgase jurisdicción

²⁹ Cfr. Cicero Fernández, *Doe v. Zedillo* [...], pp. 16, 17 y 23.

³⁰ *Idem*.

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ *Ibidem*., pp. 23 y 24.

³⁵ *Ibidem*., p. 24.

alguna en virtud del mismo.³⁶

Dicha postura fue rechazada por otros tribunales de los Estados Unidos, mientras que en 1991 el Congreso promulgó el TVPA, previamente mencionado a propósito del caso Zedillo, con el fin de reafirmar la disponibilidad de las cortes federales de ese país para conocer de demandas por violaciones extraterritoriales de los derechos humanos internacionalmente reconocidos.³⁷

De manera que los litigios civiles iniciados por nacionales extranjeros en Estados Unidos por tales violaciones, ya fuera contra particulares, personas jurídicas o jefes o ex jefes de Estado o de gobierno igualmente de nacionalidad extranjera, prosiguieron. Las corporaciones transnacionales que en algún momento han sido demandadas al amparo del ATS incluyen a *Unocal*, *Royal Dutch Petroleum*, *Pfizer*, *Del Monte* y *ExxonMobil*.³⁸ Los comentarios sobre las repercusiones negativas que semejantes litigios podrían tener, ya no sólo en las relaciones diplomáticas, sino en las inversiones y el comercio internacionales, no se hicieron esperar.³⁹

3. Caso Kiobel

Como lo adelantábamos, la decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos de 17 de abril de 2013, en el caso *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, representa el desarrollo más significativo en años recientes por lo que respecta al ATS y al ejercicio de jurisdicción universal por vía civil en tribunales federales de ese país.

De acuerdo al Reglamento del alto tribunal, el recurso de revisión denominado *writ of certiorari* en cuyo marco se resolvió el asunto, no es de obligada admisión sino más bien materia de discreción, criterio o margen de apreciación judicial. Entre los factores a considerar por la Suprema Corte estadounidense en este sentido, figuran “la decisión por una Corte de Apelaciones de los Estados Unidos de una cuestión trascendente de derecho federal que no ha sido, pero debería, ser resuelta por esta Corte, o de una cuestión federal trascendente que de algún modo entre en conflicto con decisiones relevantes de esta Corte”.⁴⁰

En el caso *Kiobel* el ATS fue invocado por ciudadanos de Nigeria para responsabilizar

³⁶ Cfr. Altman, p. 116.

³⁷ *Idem.*, p. 117.

³⁸ *Ibidem.*, p. 113.

³⁹ *Ibidem.*, p. 116.

⁴⁰ Rules of the Supreme Court of the United States, Part III. Jurisdiction on Writ of Certiorari, Rule 10. Considerations Governing Review on Writ of Certiorari (inciso c) (referencia completa en la sección de bibliografía).

civilmente en Estados Unidos a diversas corporaciones petroleras, con filiales en el vecino del Norte, por su presunta complicidad en atrocidades en territorio del país del África Occidental, atribuidas a autoridades nigerianas.

La causa de *Kiobel* se presentó a favor del doctor Barinem Kiobel, uno de varios ogonis víctimas de la violencia en la región ogoni, en el delta del río Níger, a principios de los años noventa. Junto con otros 11 nacionales de Nigeria, ahora residentes en Estados Unidos, la viuda del doctor Kiobel demandó a compañías holandesas y británicas por complicidad en asesinatos, violaciones, arrestos arbitrarios, saqueos y destrucción de propiedades en contra de los ogonis a manos de las fuerzas militares y policiales nigerianas. Según ellos, a raíz de sus protestas públicas por los daños ecológicos y ambientales que causaba la extracción de petróleo, las compañías petroleras solicitaron al gobierno africano que suprimiera las demostraciones en su contra. Más aún, estas compañías brindaron comida, transporte y compensación a las fuerzas nigerianas, aparte de que permitían el uso de su propiedad para planear los ataques. De esta forma, los demandados violaban el Derecho internacional por ser cómplices del gobierno de Nigeria al cometer asesinatos extrajudiciales, crímenes contra la humanidad, tortura y tratos crueles e inhumanos, detenciones y arrestos arbitrarios, violaciones al derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la asociación, exilio forzado y destrucción de la propiedad.⁴¹

Mediante resolución interlocutoria emitida en el 2010, la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el 2º Circuito, con sede en Manhattan, Nueva York, desechó la acción por estimar “que el derecho de gentes no reconoce la responsabilidad corporativa”.⁴²

La admisión de la solicitud de *certiorari* en el caso *Kiobel* que involucraba el ejercicio de jurisdicción universal respecto de hechos acaecidos en el exterior imputados a extranjeros, habiéndose interpretado previamente el ATS en el caso *Sosa v. Álvarez Machain* respecto de hechos trasfronterizos imputados a autoridades estadounidenses, indica, así, que para la Suprema Corte estadounidense *Kiobel* planteaba “una cuestión trascendente de derecho federal” que no había sido, pero debía, ser resuelta por esa Corte; es decir: la procedencia o no de acciones bajo ese ordenamiento en los Estados Unidos, por conductas extraterritoriales sin conexión directa a

⁴¹ *Cfr.* Corzo, V.E. y E.E., “El caso *Kiobel*: El desvanecimiento de la jurisdicción universal” (referencia completa en la sección de bibliografía).

⁴² Véase Supreme Court of the United States, *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, *Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit*, Argued February 28, 2102–Reargued October 1, 2012–Decided April 17, 2013 (Slip Opinion), p. 3 (referencia completa en la sección de bibliografía).

ese país, atribuidas a autoridades extranjeras y corporaciones transnacionales.

La decisión de la Suprema Corte de los Estados Unidos en *Kiobel*, postulada por el Ministro Presidente John Roberts a nombre de la mayoría, efectivamente proclama la vigencia de una presunción legal contra la extraterritorialidad, aplicable a los reclamos enderezados bajo el ATS nada en el cual, ni en su historia legislativa, según la mayoría, sugiere lo contrario.⁴³ El propósito de tal presunción, reafirma la decisión, no es otro que el de conjurar conflictos entre las leyes de los Estados Unidos y las de otras naciones que pudieran resultar en diferendos internacionales.⁴⁴ De esta forma y conforme a lo resuelto anteriormente en *Álvarez Machain*, la aplicación del ATS quedaría en principio reducida a ciertas infracciones históricas del derecho internacional, entre las que destaca la piratería en alta mar, fuera de la jurisdicción territorial de los Estados Unidos u otros países soberanos y por consiguiente sin semejantes implicaciones de política exterior.⁴⁵

El detalle es que de acuerdo a la mayoría en *Kiobel*, la presunción contra la extraterritorialidad no es absoluta—sino, diríamos en México, *iuris tantum*—, requiriéndose valorar en cada caso, a fin de determinar si la presunción precluye o no una acción determinada con base en el ATS:⁴⁶

1. Si toda la conducta “relevante” tuvo lugar fuera de los Estados Unidos.
2. Si el reclamo “toca y concierne al territorio de los Estados Unidos con fuerza suficiente como para desplazar la presunción en contra de la extraterritorialidad”.

Como era de esperarse, subsecuentes demandas se han promovido y, a partir de *Kiobel*, los Circuitos de Apelaciones se encuentran divididos sobre el alcance y la metodología de la mencionada valoración. Entre los puntos de contacto que, de acuerdo a la doctrina, pueden potencialmente implicar que un reclamo se compute como doméstico para efectos de la presunción contra la extraterritorialidad, figuran:⁴⁷

- La ejecución de una violación en los Estados Unidos.
- La planeación de la violación en los Estados Unidos.
- Los efectos de la violación en los Estados Unidos.
- La ciudadanía estadounidense de una de las partes en la violación.

Para el 2º Circuito de Apelaciones (caso *Balintulo v. Daimler* del 2013), si ninguna conducta “relevante” tuvo lugar en los Estados Unidos, entonces no es necesario pasara a la cuestión de si

⁴³ *Idem*, pp. 1, 3–14.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 2–6.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 2–3, 6–14.

⁴⁶ *Cfr.* Altman, p. 125.

⁴⁷ *Idem.*, p. 126.

el reclamo “toca y concierne” su territorio.⁴⁸ En cambio, según el 4º Circuito (caso *Al Shimari v. CACI Premier Tech., Inc* del 2014) la valoración de ambos aspectos es siempre relevante, aún si toda la conducta tuvo lugar en el extranjero.⁴⁹

De ahí que el título definitivo de este trabajo, en vez del aseverativo “Jurisprudencia estadounidense sobre el ATS de 1789: El ocaso de la jurisdicción extraterritorial sobre violaciones corporativas al derecho internacional”, sea el cauteloso “Jurisprudencia estadounidense sobre el ATS de 1789: ¿El ocaso de la jurisdicción extraterritorial sobre violaciones corporativas al derecho internacional?”, con signos de interrogación.

V. REFLEXIONES FINALES

A sus más de 200 años de edad y no obstante las sucesivas restricciones jurisprudenciales a su aplicación e interpretación, el longevo ATS de 1789 lejos está de encontrarse moribundo. Mientras los Circuitos de Apelaciones se mantengan divididos en torno de los alcances de *Kiobel*, la posibilidad de nuevas demandas contra corporaciones transnacionales con filiales en u otros puntos de contacto con los Estados Unidos subsistirá.

A diferencia del precedente sentado en *Sosa v. Alvarez Machain*, que podría propiciar la denegación de justicia a extranjeros agraviados por autoridades o ciudadanos de los Estados Unidos en violación del derecho internacional, el establecido por su Suprema Corte en *Kiobel* es congruente con el principio de la igualdad soberana de los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas. La decisión del tribunal constitucional en *Kiobel*, al disuadir la promoción bajo el ATS de acciones en ese país, sin contactos suficientes con el mismo, propicia que, de configurarse una denegación de justicia por el Estado extranjero donde tuvieron lugar los hechos extraterritoriales, las víctimas recurran no a los tribunales estadounidenses sino a los foros internacionales competentes.

Tratándose de casos similares a *Doe v. Zedillo*, tal instancia sería la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), a la que por cierto se sometieron simultáneamente los hechos del 22 de diciembre de 1997 en Acteal, con la consecuente duplicidad de procedimientos en contraposición tanto al espíritu de los requisitos de admisibilidad de denuncias ante la CIDH, como a la doctrina judicial estadounidense del *forum non conveniens* o inconveniencia del foro.⁵⁰

⁴⁸ *Ibidem.*, p. 127.

⁴⁹ *Ibidem.*, p.

⁵⁰ Cfr. Cicero Fernández, *Doe v. Zedillo* [...], pp. 67 y 73-81.

También se contribuye a reafirmar la disponibilidad de otras instancias multilaterales, como la Corte Penal Internacional,⁵¹ para conocer deslindar responsabilidades individuales y decretar reparaciones conforme al derecho internacional en casos semejantes a *Kiobel*. Como lo expresara el Ministro Presidente Roberts en *Kiobel*: “No hay ningún indicio de que Estados Unidos es el único foro para hacer cumplir las normas del Derecho internacional”.⁵²

En cuanto a la pretendida restricción del ATS a infracciones históricas del derecho de gentes, tipificadas como tales por el derecho penal inglés del siglo XVIII, nótese que aquellos piratas bajo custodia de los Estados Unidos, perseguidos y juzgados penalmente en ese país en casos semejantes al del buque *Maersk Alabama*, como el somalí Abduwali Abdukhadir Muse, de rastrearse y ubicarse los pagos por concepto de rescates de buques o personas, podrían en teoría ser demandados paralelamente en tribunales federales estadounidenses en el marco del estatuto de 1789 conforme a esta interpretación.

Ahora bien, concretamente para los juristas mexicanos y del mundo, acaso el más interesante legado de la jurisprudencia estadounidense relativa al ATS, sea la metodología expuesta a partir del caso *Filartiga* para determinar el contenido y obligatoriedad de las normas consuetudinarias del derecho internacional. La metodología seguida al efecto en *Filartiga* se asemeja, en parte, a la empleada por los Estados Unidos en el caso de su personal diplomático y consular en Teherán (EUA v. Irán).⁵³ En ese caso, como se recordará, fueron invocados con éxito diversos instrumentos no necesariamente suscritos por las partes, como prueba de principios obligatorios de derecho internacional.⁵⁴ Pero en *Filartiga* asimismo se asignó valor probatorio a la memoranda *amici curiae*, incluida la del Gobierno de los Estados Unidos, relativa al derecho internacional, así como al testimonio pericial de reconocidos académicos sobre el mismo particular, al igual que a las constituciones de 55 países y a declaraciones, informes, estudios, resoluciones y distintos documentos multilaterales, como evidencia de patrones de conducta y *opinio juris* en el ámbito global.⁵⁵

La relevancia de ello para la interpretación conforme, el control de convencionalidad y en general la interpretación contextual de tratados ya sean de derechos humanos, de cooperación

⁵¹ *Idem.*, pp. 83-114.

⁵² *Cfr.* Corzo, V.E. y E.E., “El caso *Kiobel*: El desvanecimiento de la jurisdicción universal”.

⁵³ *Cfr.* Cicero Fernández, *Protección de extranjeros en los Estados Unidos de América* [...], p. 78.

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ *Ibidem.*, pp. 76-79.

judicial internacional, en materia económica o conflictual, parecería inconcusa.

Por su hospitalidad y atención, muchas gracias.

BIBLIOGRAFÍA, HEMEROGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

DOCTRINA

ALTMAN, Ranon, “Extraterritorial Application of the Alien Tort Statute After Kiobel”, *University of Miami Business Law Review*, vol. 24, núm. 111, 2016.

AMERICAN CONSTITUTION SOCIETY FOR LAW AND POLICY, Harvard Law School Chapter, “The Alien Tort Statute: A Year After Kiobel”, 6 de mayo de 2014, <https://orgs.law.harvard.edu/acs/2014/05/06/the-alien-tort-statute-a-year-after-kiobel/>

CICERO FERNÁNDEZ, Jorge, “The Alien Tort Statute of 1789 as a Remedy for Injuries to Foreign Nationals Hosted by the United States”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 23, núm. 2, 1992.

-----, Protección de extranjeros en los Estados Unidos de América: La Ley federal de 1789 sobre responsabilidad civil por violaciones al derecho internacional, CNDH, Ciudad de México, 1992.

-----, “International Law in Mexican Courts”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 30, 1997.

-----, Doe v. Zedillo: El caso Acteal, el Alien Tort Statute y el Estado de derecho nacional e internacional, Edit. Porrúa, 1ª ed., 2013.

CORZO, Víctor Emilio y Ernesto Eduardo, “Claroscurios del amparo otorgado en el caso de Ernesto Zedillo”, *El mundo del abogado*, 1º de abril de 2013.

-----, “El caso Kiobel: El desvanecimiento de la jurisdicción universal”, *idem*, 1º de mayo de 2013.

YOUNG, Ernest A., “Universal Jurisdiction, the Alien Tort Statute and Transnational Public-Law Litigation After Kiobel”, *Duke Law Journal*, vol. 64, núms. 1023-1127, 2015.

TRATADOS, LEGISLACIÓN, REGLAMENTOS

Código Federal de Procedimientos Civiles.

Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias (Panamá, 30 de enero de 1975).

Convenios de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extrajudiciales en Materia Civil o Comercial; de 18 de marzo de 1970 sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial.

Rules of the Supreme Court of the United States, Cornell University Law School, Legal Information Institute, https://www.law.cornell.edu/rules/supct/rule_10

JURISPRUDENCIA

“COMPETENCIA FEDERAL O CONCURRENTES EN UN JUICIO CIVIL. HIPÓTESIS EN QUE SE PRESENTAN, TRATÁNDOSE DE CONTROVERSIAS SOBRE APLICACIÓN DE LEYES FEDERALES O TRATADOS INTERNACIONALES”. 1012842. 243. Primera Sala. 9ª Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. T. V. Civil Primera Parte - SCJN Primera Sección - Civil Subsección 2 - Adjetivo, p. 245.

“HOMOLOGACIÓN Y EJECUCIÓN DE SENTENCIA EXTRANJERA. ES PROCEDENTE EL AMPARO INDIRECTO EN CONTRA DE LA ÚLTIMA RESOLUCIÓN DICTADA EN EL INCIDENTE RESPECTIVO”. SCJN, 1ª Sala, 10ª Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. L. 16, marzo de 2015, T. II, p. 1068.

Supreme Court of the United States,

Kiobel v. Royal Dutch Petroleum, Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit, Argued February 28, 2102–Reargued October 1, 2012–Decided April 17, 2013 (Slip Opinion), https://www.supremecourt.gov/opinions/12pdf/10-1491_16gn.pdf

Sosa v. Alvarez Machain, 542 U.S. 692 (2004).

“SUSPENSIÓN, NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y DE INTERÉS SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA”. Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del 1er Circuito. 1012556. 2233. Tribunales Colegiados de Circuito. 9ª Época. Apéndice 1917-Septiembre 2011. T. II. Procesal Constitucional 1. Común 2ª Parte - TCC Novena Sección - Suspensión del acto reclamado Subsección 1 - Reglas generales, p. 2600.

United States District Court, District of Connecticut, Jane Doe 1, an alien, et al v. Ernesto Zedillo Ponce de León, An Alien resident of Connecticut, N: 3 3:11CV1433 (MPS), Ruling, July 18, 2013.

HEMEROGRAFÍA

“El pirata somalí que fue encarcelado en Nueva York se declaró inocente. Abduwali Abdukhadir Muse fue arrestado por estar implicado en el ataque a un carguero estadounidense y la toma de su capitán como rehén”, El Comercio, 21 de mayo de 2009, <http://elcomercio.pe/mundo/europa/pirata-somali-que-fue-encarcelado-nueva-york-se-declaro-inocente-noticia-289925>

“6 mexicanas líderes en el mundo. Una combinación de estrategias, pero principalmente por el Tratado de Libre Comercio, han colocado a estas empresas como las compañías líderes de sus respectivos sectores a escala global. Los ingresos de éstas sumaron 41 mil 889 millones de dólares en 2013, equivalentes a 4.3% del PIB de México”, El Financiero, 26 de junio de 2014, <http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/mexicanas-lideres-en-el-mundo.html>

“Millonarias inversiones mexicanas en el exterior. 5 datos sobre millonarias inversiones mexicanas en EU”, El Economista, 28 de enero de 2017, <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/5-datos-sobre-destacadas-inversiones-mexicanas-en-EU-20170128-0020.html>

**EL ORDEN PÚBLICO Y EL ARBITRAJE EN EL DERECHO MEXICANO,
AVANCE, RETROCESO O REDEFINICIÓN DE LÍMITES Y CONSECUENCIAS -
AMPARO DIRECTO 71/2014**

Juan Carlos Guerrero

INTRODUCCIÓN

En el año 2012 se resolvió por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en adelante solo referida como SCJN, el AMPARO EN REVISIÓN 755/2011, a partir del cual, la sociedad mexicana empezó a vivir con un concepto un tanto excesivo sobre ORDEN PÚBLICO, ya que dicha sentencia estableció los límites para entender, el referido concepto, como causal de nulidad de un laudo arbitral; sin embargo, los estándares que estableció la SCJN para poder actualizarse el referido supuesto de nulidad, eran demasiado altos, lo que provocó que pocos casos encuadraran en la hipótesis y por tanto, muy pocos laudos pudiesen ser sujetos a anulación.

Ahora bien, en el año 2016 la misma Primera Sala de la SCJN, resolvió el AMPARO DIRECTO 71/2014, en la cual en mi particular punto de vista, se ven reflejados de una mejor manera los criterios analizados en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN 755/2011, toda vez que relaja los estándares utilizados para establecer los límites y actualizar la causal de nulidad por contravenir el ORDEN PÚBLICO, lo cual considero es acertado, toda vez que, si bien, en una posición Pro-Arbitraje lo que se pretende es la NO NULIDAD DE LOS LAUDOS, el llevar este principio al extremo, no es bueno para el sistema y la percepción de justicia de cualquier usuario del sistema.

La finalidad del presente trabajo, es un breve análisis de la sentencia dictada el 13 de junio de 2012 en el AMPARO EN REVISIÓN 755/2011, resuelto por la Primera Sala de la SCJN, resuelto en la Ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz, en contraste con la sentencia dictada el 18 de mayo de 2016, en el AMPARO DIRECTO NÚMERO 71/2014, resuelto también por la Primera Sala de la SCJN, por la Ponencia del Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

I. AMPARO EN REVISIÓN 755/2011¹.

Los criterios analizados por el Ministro Ponente José Ramón Cossío Díaz y utilizados para resolver el amparo en revisión 755/2011, versan básicamente en el estudio de si un laudo puede ser anulado por la falta de estudio de la excepción de COSA JUZGADA y la relación de esta falta de análisis con el ORDEN PÚBLICO mexicano, como se verá en las siguientes líneas.

I.1. COSA JUZGADA.

El principal análisis de la Primera Sala, en la referida sentencia, radicó en determinar si un laudo arbitral puede ser anulado porque no se analizó, dentro del mismo, si existía COSA JUZGADA, para lo cual, en el análisis inicial, la referida Sala manifestó que *“la autoridad de la cosa juzgada solamente tiene eficacia con relación a las partes, entendiéndose por partes a las personas jurídicas que hayan intervenido en el juicio, por encontrarse legitimadas en la causa, empero, no la tiene con relación a los terceros que no hayan intervenido en el proceso”*.

De la anterior transcripción se desprende que, la COSA JUZGADA no tiene relación con terceros, pues los únicos que están ligados a está, son las partes legitimadas en la causa. Ahora bien, en aquel entonces la SCJN ya había determinado, mediante una contradicción de tesis², diversos efectos que provoca la figura procesal de COSA JUZGADA, expresando al respecto los siguientes:

- (i) La extinción de la acción con su ejercicio, lo que impide su renovación en otro juicio, salvo cuando la ley lo autorice expresamente y,
- (ii) La necesidad de seguridad jurídica a fin de dar estabilidad a las relaciones de derecho, y que alcanza tanto al derecho sustancial como al derecho procesal, bajo la forma de cosa juzgada material y cosa juzgada formal.

Por tanto, se había concluido que la COSA JUZGADA le concede a la resolución de una determinada situación jurídica, la autoridad de ley, la cual no solo impacta sobre el Tribunal que haya conocido y resuelto el asunto, sino también sobre todos los órganos del Estado, por tanto, ninguna persona debería de ser juzgada dos o más veces por una situación previamente resuelta mediante sentencia emitida en un juicio del cual fue parte.

Lo que expresamente quedó manifestado en la sentencia del AMPARO EN REVISIÓN 755/2011 fue que, no es una causa de nulidad del laudo el que el Tribunal Arbitral no hubiera tomado en

¹ Sentencia dictada en el Amparo en Revisión 755/2011, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=133489>

² Contradicción de tesis 39/2007-PS. <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=20741&Clase=DetalleTesisEjecutorias&IdTe=170353>

cuenta la excepción de COSA JUZGADA, toda vez que, la falta de consideración de esta excepción no es un acto que sea contrario al ORDEN PÚBLICO.

Según la sentencia estudiada, el ORDEN PÚBLICO únicamente se violenta cuando ocurren alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando se analizan cuestiones que no son disponibles para las partes ni para el árbitro (materias no dispositivas, como la vida) y,
- b) La violación a los principios esenciales del Estado, que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave del error cometido en la decisión.

Por tanto, tenemos que el estándar que manejaba la SCJN para tomar la decisión de nulificar un laudo por ORDEN PÚBLICO, era demasiado alto, ya que la Corte se atrevió a manifestar que la falta de análisis de la COSA JUZGADA (i) no trasciende de manera directa e inmediata a la colectividad, y que (ii) tampoco es una desviación grave de los principios fundamentales de justicia procesal, lo que significaba que, solo aquellas cuestiones que trascendieran de manera directa e inmediata a la sociedad, y constituyesen una desviación grave de los principios fundamentales de justicia procesal, serían los que pudiesen encuadrar en el supuesto de contravenir el ORDEN PÚBLICO para efectos de nulidad.

El Amparo en Revisión 755/2011 estableció determinadas bases al analizar el concepto de COSA JUZGADA y ORDEN PÚBLICO, concluyendo que, la resolución y el error cometido, por la falta de estudio o estudio indebido de la excepción de COSA JUZGADA, no afecta el ORDEN PÚBLICO, ya que, son los particulares que intervienen en el juicio arbitral, los que, en su caso, se ven afectados de manera directa por la conducta (omisa o indebida) de los árbitros al dejar de estudiar, o hacerlo de manera indebida, tal excepción, sin que ello trascienda de manera directa e inmediata a la colectividad.

Para la SCJN, lo único que parece hacer la diferencia para actualizar una violación al ORDEN PÚBLICO, es sí se violan o no los derechos de las personas que forman la colectividad, ya que, si los principios fundamentales de la justicia procesal, son transgredidos afectando de manera directa e inmediata a esa colectividad, si se considera la existencia de una violación al ORDEN PÚBLICO, sin embargo, sí estas violaciones solo afectan a las partes en un juicio, o no estamos en presencia de una afectación inmediata y directa a la colectividad, no serán violatorios al ORDEN PÚBLICO.

Por este argumento es que a mi particular punto de vista, esta sentencia resultaba bastante escandalosa, pues con base en los criterios establecidos por la SCJN, el límite para actualizar una violación del ORDEN PÚBLICO, significaba un estándar demasiado alto, lo que atentaba contra el

correcto equilibrio entre la justicia y una postura Pro-Arbitraje.

I.2. ORDEN PÚBLICO

No quisiera cerrar este capítulo sin traer a colación la interpretación, que en la misma resolución nos dio en ese momento la SCJN, sobre lo que debemos entender por ORDEN PÚBLICO en la cual manifestó que *“se localiza en el ámbito de los principios jurídicos, protegiendo las esencias fundamentales de las instituciones jurídicas y cuyo supuesto abarca también el caso de desviaciones graves de los principios fundamentales de justicia procesal; de manera que en relación al segundo supuesto previsto en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio, para considerar que un laudo arbitral es contrario al ORDEN PÚBLICO y que, por ende, constituye una causa de nulidad, tiene que actualizarse una violación a los principios esenciales del Estado, que trasciende a la comunidad por lo ofensivo y grave de la equivocación en lo decidido, lo que no ocurre en el presente caso”*.

Lo anterior resulta sorprendente, ya que, hasta el día de hoy, me cuesta trabajo considerar que la no observancia del principio de COSA JUZGADA, sea considerado como algo que (i) no es una desviación grave de los principios fundamentales de justicia procesal o, (ii) siéndolo, no afecta de manera inmediata y directa a la colectividad.

Esta exposición final del concepto de ORDEN PÚBLICO, quise traerlo a colación ya que, el mismo, siempre significará una temática apasionante para el Arbitraje, como para el Derecho Internacional Privado, por ser, una categoría abierta, que cada Estado conceptualiza a su voluntad, sin casi necesidad de dar explicaciones, que tiene un crisis de identidad mundial, y que está iniciando una tendencia hacia buscar conceptos compartidos y no Estatales-exclusivos, debido a esta crisis, que se demuestra, en el caso mexicano, con este movimiento de corriente entre las dos sentencias que contrastaremos.

II. AMPARO DIRECTO 71/2014.

El Amparo referido deriva de la relación contractual existente entre la Quejosa, Comisión Federal de Electricidad, en adelante solo referido como “CFE”, y el Tercero Interesado, AES Mérida III, S.R.L. de C.V.³, en adelante solo referido como “AES”.

³ <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=174099&Si nBotonRegresar=1>

II.1 ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

El referido asunto tiene su origen en la Licitación Pública relacionada con la adjudicación de un “Contrato de Compromiso de Capacidad de Generación de Energía Eléctrica y Compraventa de Energía Eléctrica Asociada”, publicada por CFE en 1994. Seguidas todas las etapas del procedimiento licitatorio, la empresa que resultó ganadora fue AES, siendo que, el contrato respectivo que finalmente fue firmado, contenía en su cláusula 22.3 un acuerdo o pacto arbitral para la resolución de las controversias que se derivaran del mismo, conforme al Reglamento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.

En el desarrollo del contrato, AES le notificó a CFE 3 eventos en calidad de “casos fortuitos o fuerza mayor”; el primero de los eventos fue notificado el 14 de abril de 2003 (Evento 2003); el segundo el 27 de enero de 2007(Evento 2007); y el tercer evento el 6 de abril de 2010 (Evento 2010). Toda vez que las partes acordaron someter a estudio de un perito independiente los eventos que fueran necesarios, el Evento 2003 fue sometido a estudio y el perito concluyó el 10 de agosto de 2009 que no se actualizaba un caso fortuito o fuerza mayor.

Con base en el peritaje al cual fue sometido el Evento 2003, AES presentó demanda de arbitraje ante la Cámara de Comercio Internacional, iniciándose el procedimiento el 28 de septiembre de 2009; demanda que fue ampliada con la solicitud por parte de AES, de que el Tribunal Arbitral decidiera si los Eventos 2007 y 2010, también podrían ser considerados casos fortuitos o de fuerza mayor.

II.2. LAUDO ARBITRAL.

El Tribunal Arbitral, dictó el Laudo Definitivo el día 11 de julio de 2012, en el cual las conclusiones fueron las siguientes:

Se resuelve declarar que el presente Tribunal Arbitral es competente para conocer de las controversias derivadas del Evento 2003 y del Evento 2007.

Se resuelve declarar la nulidad del Dictamen Pericial emitido por ABS, por lo que corresponde a la interpretación de la cláusula 15.1 del Contrato de Capacidad y los requisitos del Caso Fortuito.

No obstante, la resolución anterior, se resuelve declarar la procedencia del Caso Fortuito o Fuerza Mayor por lo que respecta al Evento 2003.

Se resuelve declarar que los montos reclamados por ***** como montos debidos no subsisten por lo que ***** no puede notificar un Evento de Incumplimiento del Productor, en términos de la Cláusula 11.2 inciso c) del Contrato de Capacidad en razón del Evento 2003.

Se resuelve que, a partir de la fecha de emisión del presente laudo, quedan sin efectos las Medidas Cautelares dictadas por el presente Tribunal Arbitral, por lo tanto, se ordena la

devolución de la Carta de Crédito a ***** para los efectos que correspondan.

Se resuelve declarar la procedencia del Caso Fortuito o de Fuerza Mayor por lo que respecta al Evento 2007.

Se resuelve declarar el incumplimiento por parte de ***** del Contrato de Gas por lo que respecta a la obligación de suministrar Gas dentro de los parámetros técnicos acordados.

Se resuelve declarar la procedencia del Evento 2010 como un Caso Fortuito o de Fuerza Mayor.

Se resuelve declarar que para la actualización del supuesto Caso Fortuito o Fuerza Mayor previsto en el inciso viii) de la cláusula 15.1 del Contrato de capacidad, no se requiere probar los requisitos enumerados a) a d) en la misma cláusula.

Se resuelve declarar que los periodos de indisponibilidad por falta de suministro de Gas dentro de especificaciones no deben de afectar la disponibilidad de la Central ni los Cargos que ***** tiene derecho a recibir de *****.⁴

De los anteriores resolutiveos se apreció que el Tribunal, una vez que estudió los hechos y declaró el peritaje nulo, concluyó que los Eventos 2003, 2007 y 2010 eran “casos fortuitos o de fuerza mayor”, por lo anterior existió un incumplimiento del contrato y las características del mismo, incluyendo el suministro del servicio y capacidad de generación de energía eléctrica debían ser modificados.

II.3 JUICIO ESPECIAL SOBRE TRANSACCIONES COMERCIALES Y ARBITRAJE Y JUICIO DE AMPARO DIRECTO.

Al no quedar conforme con el Laudo dictado por el Tribunal Arbitral, **CFE** demandó la declaración judicial de nulidad del laudo arbitral, el 11 de julio de 2012, ante los Tribunales Mexicanos competentes, quienes declararon válido el laudo por lo que, **CFE** promovió Juicio de Amparo Directo, el cual fue conocido por la Primera Sala de la Suprema Corte de la Nación, siendo ponente el Ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, mediante el Amparo Directo 71/2014.

II.4. CRITERIOS SOSTENIDOS POR LA PRIMERA SALA DE LA SCJN.

De la sentencia derivada del referido amparo, hay diversos puntos tratados, pero quisiéramos citar, determinados párrafos contenidos al final de la resolución, la cual aborda el concepto de **ORDEN PÚBLICO**, de la siguiente manera:

410. Los jueces constitucionales no deben valorar los méritos de política pública de las decisiones tomadas por los árbitros, cuando resuelvan una controversia sobre un contrato público; ello no está permitido por la causal de nulidad relativa a la violación al **ORDEN PÚBLICO**. En otras palabras, las consideraciones de política pública no deben entenderse

⁴ Sentencia Definitiva Amparo Directo 71/2014.

incluidas en el concepto de **ORDEN PÚBLICO**, pues éste tiene una connotación más restringida y tiene que ver con los principios objetivos del ordenamiento y no con las consideraciones utilitarias propias de la racionalidad de política pública.

411. Como se había establecido al inicio de este apartado, la regla general es la abstención de la intervención judicial para revisar los méritos de un laudo, pues si los jueces analizarán ilimitadamente los méritos de las decisiones de los árbitros, el arbitraje se convertiría en una etapa más en el proceso judicial y, por tanto, se le privaría de las ventajas que ofrece a las personas para encontrar en ejercicio de sus libertades básicas la posibilidad de acudir a medios de resolución de conflictos extrajudiciales definitivos.

412. No obstante, cuando un laudo arbitral se impugna como inválido por contravención del **ORDEN PÚBLICO**, los jueces, como lo afirma la parte quejosa, deben evaluar en algún grado los méritos de las decisiones tomadas sólo para el reducido efecto de determinar si se viola dicho **ORDEN PÚBLICO**.

413. Cuando se alega violación al **ORDEN PÚBLICO**, los jueces deben evaluar si los árbitros han desconocido reglas o principios fundamentales del derecho, no en abstracto, sino en el caso concreto, mediante la emisión de una decisión que, sin lugar a dudas, pueda presumirse su exclusión del ámbito de resolución de los árbitros. El propósito de la facultad de revisión judicial es evitar que los particulares, mediante el arbitraje, eviten la aplicación de contenidos normativos indisponibles establecidos en determinadas normas que los jueces no pueden desconocer. Sin embargo, los contenidos que ameritan la nulidad de los laudos son muy reducidas y de aplicación excepcional, de las cuales los jueces deben considerarse guardianes. Un claro ejemplo, sería la nulidad de un laudo, cuya ejecución implicaría la comisión de un delito o de un acto ilícito conforme a leyes prohibitivas.

414. Esta Sala reconoce que la identificación y aplicación de las normas de **ORDEN PÚBLICO** no admite una metodología de fácil identificación. De alguna manera, **todas las leyes son de ORDEN PÚBLICO, como lo ha establecido esta Corte, sin embargo, su inobservancia en el arbitraje no debe llevar en automático a la nulidad del laudo**, pues debe considerarse que se analiza un laudo arbitral y una decisión judicial, por lo que debe sopesarse que el laudo se soporta en el artículo 17 constitucional, cuyo principal propósito es la promoción del arbitraje como método definitivo de resolución de conflictos, por lo que este propósito puede triunfar y superponerse al interés subyacente a ciertos reclamos de violación al **ORDEN PÚBLICO**.

415. La autoridad judicial debe evaluar el tipo de interés público involucrado en la resolución del laudo arbitral, determinar su peso específico en el caso concreto y contrastarlo con el peso específico del interés también constitucionalmente protegido en el artículo 17, de preservar el arbitraje como un método de resolución de conflictos extra-judicial, con valor definitivo y vinculante para las partes cuando así lo decidan.

416. Por tanto, el juez debe balancear el tipo de interés público confrontado con lo decidido por los árbitros contra la mayor eficacia posible de la figura del arbitraje como un método de resolución de conflictos definitivo, el cual aspira a sustituir a un proceso judicial.

417. Con el fin de lograr la optimización del mandato de preservar el arbitraje como expresión de la libertad de las personas para resolver controversias, sólo las violaciones claras a importantes contenidos normativos justifican la nulidad de un laudo, con base en la fracción II del artículo 1457 del Código de Comercio. **Cuando la fricción del laudo con un interés protegido por el ORDEN PÚBLICO sea menor, debe prevalecer el principio de promover el arbitraje, pues toda vez que las partes acordaron someterse al arbitraje, debe aceptar la**

decisión del árbitro, incluido las posibles deficiencias interpretativas del derecho en que incurra, a menos que sea abiertamente injusta o incorrecta.

418. En el presente caso, esta Primera Sala estima que el tipo de interés público aducido como violados por la quejosa no presenta el suficiente peso relativo, a la luz de los principios objetivos del ordenamiento, para lograr superar el mayor peso que en el caso tiene el objetivo de preservar el arbitraje, pues la quejosa antepone consideraciones de política pública que deriva de la alegada cadena causal obtenible de la decisión tomada por el tribunal arbitral, la cual busca comparar con la cadena causal que se derivaría de una decisión arbitral en sentido opuesto, comparación que se basa en un criterio utilitarista. Pues bien, esta Suprema Corte no cuenta con las capacidades para evaluar argumentos de políticas públicas ni de utilidad pública: ello corresponde a los órganos técnicos de la Administración Pública (sic) y a las ramas políticas con representación política. Si las consideraciones de política pública son de tal magnitud, debe recordarse que al tratarse de un contrato público, el Estado cuenta con un régimen exorbitante de derecho público que permite la modificación o extinción del contrato, a condición del cumplimiento de los principios del artículo 134 constitucional.

De lo anteriormente transcrito, es de llamar la atención de forma significativa, el párrafo 417, el cual apertura el escenario de alegar deficiencias interpretativas del derecho que sean injusta o incorrectas, como causas de nulidad por contravención del **ORDEN PÚBLICO**; lo que entraña implícitamente, que los criterios de afectación de derechos a la colectividad, y la relación de esta afectación de forma directa e inmediata, parecen ya no ser el punto de partida para excluir la alegación de una causal de nulidad por deficiencias en la aplicación de derecho, sustantivo o procesal.

La anterior postura, que considero más relajada, hace al lector recordar el punto de partida del Juez Hércules en la concepción de Dworkin, para quien, el inicio del análisis lo constituye su propio juicio, para determinar qué derechos tienen las partes que se presentan ante él, y a partir de ahí, hacer el razonamiento jurídico aplicable, no empleando normas cerradas o con determinadas características, si no considerando principios jurídicos abiertos propios de cada sociedad, además de consideraciones basadas en su historia, su cultura, su filosofía y su idiosincrasia social.

Lo anterior se traduce que, bajo el nuevo escenario dibujado por nuestra **SCJN**, una decisión abiertamente injusta (la cual solo afecte a los particulares) puede llegar a ser nulificada, por lo expuesto en el párrafo 417, cuando se alegue **COSA JUZGADA**, y la misma no sea estudiada, lo que sería, además de abiertamente injusto o incorrecto, un actuar atentatorio contra los principios fundamentales de justicia procesal.

Por lo anterior, puedo concluir que, a mi parecer y para bien del sistema mexicano, la sentencia 71/2014, modifica los límites y el proceder que existían con la resolución 755/2011, pues decir que un laudo que omite el estudio de **COSA JUZGADA**, no es laudo anulable por violación al **ORDEN**

PÚBLICO, debido a que los intereses envueltos no afectan a la colectividad de forma inmediata y directa, es algo que siempre me costó trabajo defender, y que siempre considere que era atentatorio (i) a nuestro sistema, (ii) a una política Pro-Arbitraje y (iii) a un Estado de Derecho.

Ciudad de México, mayo de 2017.

PONENCIA: EL PROYECTO DE CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS JUDICIALES

Dr. Leonel Pereznieto Castro*

El tema del reconocimiento de Sentencias de suma importancia para el tráfico jurídico internacional, se comenzó a tratar por a finales de la década de los años ochenta por La Conferencia Permanente de la Haya la que finalmente aprobó en 1971 el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias extranjeras en materias civil y mercantil que entró en vigor en 1979; sin embargo pasaron 38 años en una materia tan dinámica y cambiante en el mundo lo que llevó a retomar los trabajos a fin de elaborar un instrumento más acorde con las necesidades actuales y sobre todo, que contuviera disposiciones que fueran aceptadas por todos los países miembros de la Conferencia.

De esta manera en se creó el grupo de trabajo para la elaboración de dicho Proyecto de Convención, por mandato del Consejo de Asuntos Generales y Políticas de la Conferencia.

Anteriormente había sido aprobada la Convención sobre la Elección del Foro que fue concluida el 30 de junio de 2005, ésta última ya ratificada por México y se considera un antecedente decisivo para la elaboración del Proyecto de Convención objeto de esta ponencia. Esta Convención, por otro lado, entró en vigor internacionalmente para México y otros países europeos a partir del 1° de octubre de 2015. Desafortunadamente dicha Convención no la firmaron Los Estados Unidos lo que para México representa un problema por el gran tráfico jurídico que se tiene con ese país

El último documento producido por el grupo de trabajo de Sentencias fue en su sesión de octubre de 2016 de donde salió el proyecto ya completo de lo que será la Convención sobre el Reconocimiento de Sentencias Judiciales Extranjeras.

* Profesor titular de tiempo Completo en la UNAM, Investigador Nacional Nivel III. Miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado. Representante de México en el Grupo d Trabajo sobre el proyecto de Convención sobre Reconocimiento de Sentencias Judiciales.

El grupo de trabajo manifestó en su momento que los objetivos de esta nueva Convención,

serían:

a) Mejorar el acceso a la justicia y b) Facilitar el comercio internacional y la inversión, mediante la reducción de costos y riesgos asociados a los negocios transfronterizos.

El proyecto en su art. 1º establece de manera acotada que esta “Convención se aplicará al reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales relativas a asuntos civiles y mercantiles únicamente. Entre estados parte de la Convención”. La precisión en su objeto se deriva de una serie de exclusiones que se mencionan en el artículo 2 a través de una lista y entre las que se puede señalar, asuntos sobre la capacidad legal de las personas físicas, obligaciones de mantenimiento y otras cuestiones familiares incluyendo propiedad matrimonial, testamentos y sucesiones, insolvencia, transportes de pasajeros y otras materias que tienen su propio régimen de regulación.

Es importante destacar que este proyecto de Convención, en gran medida se elaboró sobre el modelo de la Convención de Naciones Unidas para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 que como se sabe, es una de las grandes Convenciones de todos los tiempos en materia comercial y específicamente, en materia arbitral. En este sentido por ejemplo, el Art. 5 presenta una lista de las bases para el reconocimiento de las sentencias, muy próxima al Artículo V de la Convención de Nueva York pero se añaden planteamientos más modernos como la inclusión de sentencias dictadas a causa de: obligaciones contractuales, obligaciones extra contractuales provenientes de muerte, daños físicos y otros daños. Sentencias en materia de propiedad industrial, derechos de autor y sentencias relacionadas con Fideicomisos, entre otros.

Fue necesario alinear estas exclusiones de tal manera que los países miembros no tengan ningún pretexto para firmar la Convención.

En el Art. 7 se copió prácticamente lo dispuesto por el Art. V de la Convención de Nueva York, acotando las causas por las cuales un juez requerido puede negar el reconocimiento y ejecución de una sentencia.

Se listan en el Art.11, los documentos que deben acompañar a la sentencia para efectos de reconocimiento y ejecución y que serán los únicos, con lo cuales el juez requerido no podrá solicitar requisitos extra. Esta disposición es de gran importancia práctica porque en los exhortos que se envían actualmente a un juez extranjero, hay que consultar a un abogado local para que informe qué documentos se requieren y la forma de presentarlos, lo que hace que esta Convención evidentemente obviaría.

Hay un artículo interesante, el Art. 13 que seguramente será objeto de comentarios una vez que

se apruebe la Convención y es el artículo titulado “Efectos Equivalentes” que establece:

“A una sentencia reconocible y ejecutable conforme a esta Convención se le debe otorgar el mismo efecto que tendría dicha sentencia en el Estado en que fue emitida. En caso de que la sentencia prevea remedios que no existen según la ley del Estado requerido, dicho remedio debe, dentro de la medida de lo posible, ser tomado en consideración para ser adaptado a un remedio equivalente en conforme a la ley del Estado requerido, sin que sus efectos vayan más allá de los efectos que tendría esa misma sentencia en el Estado de su origen, es decir, del Estado requirente.”

Hemos tenido procedimientos de equivalencias en el DIPr. como ha sido el caso del concepto llamado de la “Adaptación” que consiste en una norma material aplicable que se refiere a un concepto jurídico realizado en el extranjero y por tanto se necesita saber en qué medida la relación del derecho extranjero puede ser substituida por el derecho interno, tomando en consideración el efecto jurídico de ese derecho. Estaremos hablando entonces de una equivalencia funcional en la relación entre la norma extranjera y la norma local. En el Código Civil Federal tenemos la norma que regula esta cuestión. La disposición nos dice cómo proceder en estos casos y es la fracción V, primera parte, del Art.14 del Código Civil Federal el que establece que

“En aplicación del derecho extranjero se observará lo siguiente: Cuando diversos aspectos de una misma relación jurídica están regulados por diversos derechos, estos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos”

Hay todavía una serie de puntos que deberán ser discutidos y aprobados, tales como el caso de la *Lis Pendens* y los problemas propios que se derivan de la Litis pendencia internacional, para lo cual la Secretaría General de la Conferencia preparó un documento muy interesante y que será la base de futuras discusiones sobre el proyecto en ese tema.

También está la propuesta de la Unión Europea de alinear a esta convención de la mejor manera posible con la Convención sobre el Foro recientemente aprobada y a la cual me acabo de referir. Los Estados Unidos por su parte, están proponiendo que en materia de obligaciones contractuales, exista un vínculo entre el cumplimiento de la obligación y el Estado que emitió la sentencia. En gran medida una propuesta de este tipo es para evitar que los tribunales estadounidenses sean seleccionados por las partes en su contrato, sin tener ningún vínculo con ese país; sin embargo, Los Estados Unidos ha tenido, como lo ha hecho siempre, una participación muy activa en las discusiones pero es altamente probable que tampoco firme y ratifique esta Convención, lo cual afecta a México por tener una relación jurídica y judicial muy intensa con los Estados Unidos. La

Unión Europea, por su parte, también propone alinear a esta Convención con las convenciones y demás trabajos de UNCITRAL.

Hasta el momento, México no tiene objeciones respecto del proyecto y es muy probable que nos las tenga a lo largo de lo que aún falta de discusión por lo que puede preverse que esta Convención pueda ser firmada y más tarde ratificada por nuestro país

Conclusiones

El proyecto de Convención vendrá a llenar algunos huecos que existen en el procedimiento actual a fin de que el reconocimiento de sentencias extranjeras, se lleve a cabo de manera más ágil, se trata, en resumidas cuentas de un instrumento de derecho uniforme a fin de homogeneizar un procedimiento que actualmente es difícil de realizar y con frecuencia, incierto en cuanto a resultados y también, con una Convención de este tipo, se reducirá sensiblemente la incertidumbre y los tiempos en los cuales se lleva a cabo el procedimiento.

PROYECTO DE CONVENCIÓN DE LA HAYA SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS

Jorge Alberto Silva
(traductor)¹

La Conferencia de La Haya acaba de publicar (31 de mayo de 2018) un proyecto de Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras. Me complace en presentar una traducción del citado proyecto.

Dicho documento derivó de la Cuarta Reunión de la Comisión especial conformada para elaborar este Convenio, reunida los días 24 a 29 de mayo de 2018.

A esa Comisión Especial asistieron 167 participantes de 55 Estados Miembros y un Miembro de la Organización Regional de Integración Económica (“REIO”). Asistieron, igualmente, como observadores, dos Estados no miembros y 11 organizaciones internacionales gubernamentales y no gubernamentales.

La Comisión Especial continuó su labor de preparación de un proyecto de convención sobre el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil.

Durante la reunión, la Comisión Especial discutió el trabajo de una serie de grupos de trabajo informales establecidos para llevar a cabo el trabajo entre sesiones en preparación para la reunión de la Comisión Especial, así como una serie de cuestiones adicionales.

Sobre la base de estos debates, la Comisión Especial preparó un proyecto revisado de la Convención (proyecto de Convención de 2018).

Este proyecto de Convención 2018 se presentará al Consejo de Asuntos Generales y Política en su reunión de marzo de 2019 y la Comisión Especial informará al Consejo que considera que ha completado su mandato y que, según lo previsto por el Consejo, el trabajo en el proyecto de Convención ha llegado al punto en que se puede convocar una sesión diplomática a mediados de

¹ Profesor de derecho conflictual. Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de DIPr. Investigador nacional (CONACyT), nivel III.

2019.

Se publicó en sus versiones en inglés y francés y se encuentran disponibles en la página de la Conferencia (<www.hcch.net>).

El documento se encuentra sujeto a la aprobación del Consejo de la Conferencia de La Haya, se realizará una Sesión Diplomática a mediados de 2019. En tal caso, este texto será la base de las discusiones en esta reunión.

Se presenta el documento tal y cual fue publicado, El lector podrá observar repetición de algún artículo y algunas señas que reflejan los “corchetes” propios de una discusión de un Convenio internacional. La traducción pretende ser lo más literal posible, para evitar al máximo los ajustes al español. Tómese en cuenta que solo es un proyecto.

Comisión Especial sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Extranjeras

2018 PROYECTO DE CONVENCION

Este documento reproduce el texto establecido en el documento de trabajo núm. 262 REV

CAPÍTULO I - ÁMBITO DE APLICACIÓN Y DEFINICIONES

Artículo 1

Alcance

1. El presente Convenio se aplicará al reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil o mercantil. No se aplicará en particular a los asuntos fiscales, aduaneros o administrativos.

2. El presente Convenio se aplicará en un Estado contratante al reconocimiento y la ejecución de una resolución dictada por un tribunal de otro Estado contratante.

Artículo 2

Excepciones a su ámbito de aplicación

1. El presente Convenio no se aplicará a los siguientes asuntos:

a) el estado y la capacidad jurídica de las personas físicas;

- b) obligaciones alimentarias
 - c) otras cuestiones de derecho de familia, incluidos los regímenes de propiedad matrimonial y otros derechos u obligaciones derivados del matrimonio o relaciones similares;
 - d) testamentos y sucesiones;
 - e) insolvencia, composición (*composition*), resolución de instituciones financieras y asuntos análogos;
 - f) transporte de pasajeros y mercancías;
 - g) contaminación marina, limitación de responsabilidad por reclamos marítimos, avería general y remolque y salvamento de emergencia;
 - h) responsabilidad por daño nuclear;
 - i) la validez, nulidad o disolución de personas jurídicas o asociaciones de personas físicas o jurídicas, y la validez de las decisiones de sus órganos;
 - j) la validez de las partidas en los registros públicos;
 - k) difamación
- [(l) privacidad[, excepto en los casos en que se haya iniciado el procedimiento por incumplimiento de contrato entre las partes];]
- [(m) propiedad intelectual [y materias análogas];]
- [(n) actividades de las fuerzas armadas, incluidas las actividades de su personal en el ejercicio de sus funciones oficiales;]
- [(o) actividades de aplicación de la ley, incluidas las actividades del personal encargado de hacer cumplir la ley en el ejercicio de funciones oficiales;]
- [(p) asuntos antimonopolio (competencia)].

2. Una sentencia no quedará excluida del ámbito de aplicación de la presente Convención cuando una cuestión a la que no se aplica la presente Convención surgió simplemente como una cuestión preliminar en el procedimiento en que se dictó la sentencia, y no como un objeto del procedimiento. En particular, el mero hecho de que ese asunto hubiese surgido a manera de defensa no excluye una sentencia de la Convención, si ese asunto no es un objeto del procedimiento.

3. El presente Convenio no se aplicará al arbitraje y procedimientos relacionados.

4. Una sentencia no quedará excluida del ámbito de la presente Convención por el mero hecho de que un Estado, incluidos un gobierno, una agencia gubernamental o cualquier persona que actúe en nombre de un Estado, sea parte en el procedimiento.

5. Ninguna disposición de la presente Convención afectará los privilegios e inmunidades de los Estados o de las organizaciones internacionales, con respecto a ellos mismos y sus bienes.

Artículo 3

Definiciones

1. En esta Convención

(a) “demandado” significa una persona contra la cual se presentó una demanda o una reconvencción en el Estado de origen;

(b) “sentencia” significa cualquier decisión sobre el fondo otorgada por un tribunal, cualquiera que sea la decisión, incluyendo un decreto u orden, y una determinación de costos o gastos por el tribunal (incluido un funcionario del tribunal), siempre que la determinación se refiera a una decisión sobre el fondo que pueda ser reconocida o ejecutada en virtud de esta Convención. Una medida provisional de protección no es un juicio.

2. Una entidad o persona que no sea una persona física se considerará residente habitual en el Estado:

- (a) en donde tenga su sede legal;
- (b) bajo cuya ley fue incorporada o constituida;
- (c) donde tenga su administración central; o
- (d) donde tenga su sede principal de negocios.

CAPÍTULO II - RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN

Artículo 4

Provisiones generales

1. Una sentencia dictada por un tribunal de un Estado contratante (Estado de origen) será reconocida y ejecutada en otro Estado contratante (Estado requerido) de conformidad con las disposiciones de este capítulo. El reconocimiento o la ejecución solo podrán denegarse por los motivos especificados en esta Convención.

2. No habrá revisión de los méritos de la sentencia en el Estado requerido. [Esto no excluye el examen que sea necesario para la aplicación de la presente Convención].

3. Una sentencia se reconocerá solo si tiene efecto en el Estado de origen, y se aplicará solo si es exigible en el Estado de origen.

4. Si una sentencia mencionada en el párrafo 3 es objeto de revisión en el Estado de origen o

si el plazo para solicitar la revisión ordinaria no ha expirado, el tribunal al que se dirija podrá:

(a) otorgar reconocimiento o ejecución, cuya ejecución puede estar sujeta a la provisión de la garantía que determine;

(b) aplazar la decisión de reconocimiento o ejecución; o

(c) rechazar el reconocimiento o ejecución.

Una denegación acorde al subpárrafo (c) no impide una solicitud posterior de reconocimiento o ejecución de la sentencia.

[[5. A los efectos del párrafo 1, una sentencia dictada por un tribunal común para dos o más Estados se estimará como una resolución dictada por un tribunal de un Estado Contratante si el Estado Contratante ha identificado al tribunal común en una declaración a tal efecto, y cualquiera de las siguientes condiciones se cumplen -

(a) todos los miembros del tribunal común son Estados contratantes cuyas funciones judiciales en relación con el asunto pertinente son ejercidas por el tribunal común, y el fallo es susceptible de reconocimiento y ejecución en virtud del artículo 5 (1) (c), (e), (f), (l) o (m); o

(b) la sentencia es elegible para reconocimiento y ejecución en virtud de otro subpárrafo del Artículo 5 (1) [, Artículo 5 (3)] o del Artículo 6, y esos requisitos de elegibilidad se cumplen en un Estado Contratante cuyas funciones judiciales en relación con el asunto relevante es ejercida por el tribunal común.]

o

[5. A los efectos del párrafo 1, una sentencia dictada por un tribunal común para dos o más Estados se considerará una resolución dictada por un tribunal de un Estado Contratante si el Estado Contratante ha identificado al tribunal común en una declaración a tal efecto, y cualquiera de las siguientes condiciones se cumplen -

(a) todos los miembros del tribunal común son Estados contratantes cuyas funciones judiciales en relación con el asunto pertinente son ejercidas por el tribunal común, y el fallo es susceptible de reconocimiento y ejecución en virtud del artículo 5 (1) (c), (e) , (f), (l) o (m); o

(b) la sentencia es elegible para reconocimiento y ejecución en virtud de otro subpárrafo del Artículo 5 (1) [, Artículo 5 (3)] o del Artículo 6, y esos requisitos de elegibilidad se cumplen en un Estado Contratante cuyas funciones judiciales en la relación con el asunto relevante es ejercida por el tribunal común.

6. Un Estado contratante podrá declarar que no reconocerá ni ejecutará las sentencias de un

tribunal común que sea objeto de una declaración de conformidad con el párrafo 5 con respecto a cualquiera de los asuntos cubiertos por esa declaración.

o

6. La declaración a que se refiere el párrafo 5 tendrá vigencia únicamente entre el Estado contratante que hizo la declaración y los demás Estados contratantes que hayan declarado su aceptación de la declaración. Dichas declaraciones se depositarán en el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos, que remitirá, por los canales diplomáticos, una copia certificada a cada uno de los Estados contratantes.]]

Artículo 5

Bases para el reconocimiento y ejecución

1. Una sentencia es elegible para reconocimiento y ejecución si se cumple uno de los siguientes requisitos:

a) la persona contra la que se solicita el reconocimiento o la ejecución era residente habitual en el Estado de origen en el momento en que esa persona pasó a ser parte en el procedimiento en el tribunal de origen;

(b) la persona física contra la que se solicita el reconocimiento o la ejecución tenía su domicilio principal en el Estado de origen en el momento en que esa persona pasó a ser parte en el procedimiento en el tribunal de origen y el derecho sobre el que se basa la resolución basado surgió de las actividades de ese negocio;

(c) la persona contra la cual se solicita el reconocimiento o la ejecución es la persona que presentó la demanda, que diferente a una reconvención, en la que se basa el fallo;

(d) el demandado mantenía una sucursal, agencia u otro establecimiento sin personalidad jurídica separada en el Estado de origen en el momento en que esa persona se convirtió en parte en el procedimiento en el tribunal de origen, y el reclamo en el que se basa la resolución fuera de las actividades de esa rama, agencia o establecimiento;

(e) el demandado consintió expresamente en la jurisdicción del tribunal de origen en el curso del procedimiento en que se dictó la sentencia;

(f) el demandado argumentó sobre el fondo ante el tribunal de origen sin impugnar jurisdicción dentro del plazo previsto en la ley del Estado de origen, a menos que sea evidente que una objeción a la jurisdicción o al ejercicio de la jurisdicción no habría tenido éxito bajo esa ley;

(g) la sentencia se pronunció sobre una obligación contractual y se emitió en el Estado en el que tuvo lugar, o debería haber tenido lugar el cumplimiento de esa obligación, de conformidad con

(i) el acuerdo de las partes, o

(ii) la ley aplicable al contrato, en ausencia de un lugar de cumplimiento acordado, a menos que las actividades del demandado en relación con la transacción claramente no constituyan una conexión intencional y sustancial con ese Estado;

(h) la sentencia se pronunció sobre el arrendamiento de bienes inmuebles y se otorgó en el Estado en el que se encuentra la propiedad;

(i) la sentencia dictada contra el demandado sobre una obligación contractual garantizada por un derecho real en bienes inmuebles ubicados en el Estado de origen, si el reclamo contractual se unía a un reclamo contra el mismo demandado relacionado con ese derecho real;

(j) la sentencia se pronunció sobre una obligación extracontractual derivada de muerte, daño físico, daño o pérdida de bienes corporales, y el acto u omisión que causó directamente tal daño ocurrió en el Estado de origen, independientemente de dónde ocurrió ese daño;

(k) la sentencia se refiere a la validez, construcción, efectos, administración o variación de un fideicomiso creado voluntariamente y evidenciado por escrito, y -

(i) en el momento en que se inició el procedimiento, el Estado de origen fue designado en el instrumento de fideicomiso como un Estado en el que se deben resolver las disputas sobre tales asuntos;

(ii) en el momento en que se inició el procedimiento, el Estado de origen fue expresa o implícitamente designado en el instrumento de fideicomiso como el Estado en el que se encuentra el principal lugar de administración del fideicomiso.

Este subpárrafo solo se aplica a juicios sobre aspectos internos de un fideicomiso entre personas que están o estuvieron dentro de la relación de confianza;

(l) la sentencia dictaminó sobre una reconvencción -

(i) en la medida en que sea a favor de la contrademanda, a condición de que la reconvencción surgiera de la misma transacción u ocurrencia que la demanda;

(ii) en la medida en que sea contra el contrademanda, a menos que la ley del Estado de origen exija la demanda reconvenccional para evitar la preclusión;

m) la sentencia fue emitida por un tribunal designado en un acuerdo celebrado o documentado

por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que haga accesible la información para que pueda ser utilizada para referencia posterior, que no sea un acuerdo exclusivo de elección del tribunal.

A los efectos de este inciso, un “acuerdo exclusivo de elección de foro” significa un acuerdo celebrado por dos o más partes que designa, con el fin de resolver disputas que han surgido o pueden surgir en relación con una relación jurídica particular, los tribunales de un Estado o uno o más tribunales específicos de un Estado, con exclusión de la jurisdicción de cualquier otro tribunal.

2. Si se solicita el reconocimiento o la ejecución contra una persona física que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos (un consumidor) en cuestiones relacionadas con un contrato de consumo, o contra un empleado en cuestiones relacionadas con el contrato de trabajo del empleado:

(a) el párrafo 1 (e) se aplica solo si el consentimiento se dirigió al tribunal, oralmente o por escrito; (b) los párrafos 1 (f), (g) y (m) no se aplican.

[3. El párrafo 1 no se aplica a una sentencia que resuelva sobre un derecho de propiedad intelectual o un derecho análogo. Dicha sentencia es elegible para reconocimiento y ejecución si se cumple uno de los siguientes requisitos:

a) la sentencia se pronunció sobre una infracción en el Estado de origen de un derecho de propiedad intelectual que debe concederse o registrarse y fue dictada por un tribunal del Estado en el que se ha producido la concesión o el registro del derecho correspondiente o, bajo los términos de un instrumento internacional o regional, se considera que ha tenido lugar [, a menos que el demandado no haya actuado en ese Estado para iniciar o promover la infracción, o que su actividad no pueda considerarse razonablemente como dirigida a ese Estado];

(b) la sentencia se pronunció sobre una infracción en el Estado de origen de un derecho de autor o derecho conexo, una marca no registrada o un diseño industrial no registrado, y fue dictada por un tribunal del Estado para el que se reclamó protección [, a menos que el demandado no se ha actuado en ese Estado para iniciar o promover la infracción, o no se puede considerar razonablemente que su actividad haya estado dirigida contra ese Estado];

c) la sentencia se pronunció sobre la validez [, subsistencia o propiedad] en el Estado de origen de un derecho de autor o derecho conexo, una marca no registrada o un diseño industrial no registrado, y fue dictada por un tribunal del Estado cuya protección se reclamó.]

Artículo 6

Bases exclusivas para reconocimiento y cumplimiento

No obstante el artículo 5 -

(a) una sentencia que se dictó sobre el [registro o] validez de un derecho de propiedad intelectual que debe otorgarse o registrarse se reconocerá y aplicará si y solo si el Estado de origen es el Estado en el que se ha otorgado la concesión o registro, o, según los términos de un instrumento internacional o regional, se considera que ha tenido lugar;]

(b) una sentencia que dictamine sobre derechos reales en bienes inmuebles se reconocerá y aplicará si y solo si el bien está situado en el Estado de origen;

(c) una sentencia que dictamine sobre el arrendamiento de bienes inmuebles por un período de más de seis meses no será reconocida ni ejecutada si el bien no se encuentra en el Estado de origen y en los tribunales del Estado Contratante en el que se encuentra tenga jurisdicción exclusiva bajo la ley de ese Estado.

Artículo 7

Denegación de reconocimiento o ejecución

1. El reconocimiento o la ejecución podrá ser denegada si:

a) el documento que inició el procedimiento o un documento equivalente, incluida una declaración de los elementos esenciales de la reclamación:

(i) no fue notificado al acusado con tiempo suficiente y de manera tal que le permitiera organizar su defensa, a menos que el acusado compareciera y presentara su caso sin impugnar la notificación en el tribunal de origen, siempre y cuando la ley del Estado de origen hubiese permitido impugnar esa notificación; o

(ii) fue notificada al demandado en el Estado requerido de una manera que es incompatible con los principios fundamentales del Estado requerido en relación con la notificación de documentos;

(b) la sentencia fue obtenida por fraude;

(c) el reconocimiento o la ejecución pudieran ser manifiestamente incompatibles con el orden público del Estado requerido, incluidas las situaciones en las que el procedimiento específico que condujo a la sentencia sea incompatible con los principios fundamentales de equidad procesal de ese Estado y situaciones que impliquen violaciones de la seguridad o la soberanía de ese Estado;

(d) el proceso en el tribunal de origen era contrario a un acuerdo, o una designación en un

instrumento de fideicomiso, en virtud del cual el conflicto en cuestión debía determinarse en un tribunal distinto del tribunal de origen;

(e) la sentencia es inconsistente con una sentencia dictada en el Estado requerido en una disputa entre las mismas partes; o

(f) la sentencia es incompatible con una sentencia anterior dictada en otro Estado entre las mismas partes sobre la misma materia, siempre que la sentencia anterior cumpla las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido;

[(g) la sentencia se pronunció sobre una infracción de un derecho de propiedad intelectual, que se aplica a ese [derecho / infracción] una ley distinta de la ley interna del Estado de origen.]

2. El reconocimiento o la ejecución podrá posponerse o denegarse si los procedimientos entre las mismas partes sobre el mismo asunto están pendientes ante un tribunal del Estado requerido, cuando:

(a) el tribunal del Estado requerido fue forzado ante el tribunal de origen; y

(b) existe una estrecha conexión entre la disputa y el Estado requerido.

Una denegación en virtud de este párrafo no impide una solicitud posterior de reconocimiento o ejecución de la sentencia.

Artículo 8

Cuestiones preliminares

1. Una resolución sobre una cuestión preliminar no será reconocida ni ejecutada en virtud del presente Convenio si se trata de una cuestión a la que no se aplica el presente Convenio o sobre un asunto mencionado en el artículo 6 sobre el que un tribunal distinto del tribunal se refirió en ese artículo dictaminado.

2. El reconocimiento o la ejecución de una resolución podrá denegarse si, y en la medida en que la resolución se basó en una resolución sobre una cuestión a la que no se aplica la presente Convención, o en un asunto mencionado en el artículo 6 sobre el cual un tribunal que no sea el tribunal al que se refiere ese artículo.

[3. Sin embargo, en el caso de una resolución sobre la validez de un derecho a que se refiere el artículo 6, párrafo (a), el reconocimiento o la ejecución de una resolución podrá posponerse o denegarse en virtud del párrafo anterior, únicamente cuando:

(a) que la resolución es incompatible con una sentencia o una decisión de una autoridad

competente sobre esa materia dictada en el Estado mencionado en el artículo 6, párrafo (a); o (b) los procedimientos relativos a la validez de ese derecho están pendientes en ese Estado.

Una denegación en virtud del subpárrafo (b) no impide una solicitud posterior de reconocimiento o ejecución de la sentencia.]

Artículo 9

Divisibilidad

El reconocimiento o la ejecución de una parte divisible de una sentencia se otorgarán cuando se solicite el reconocimiento o la ejecución de esa parte, o solo una parte de la sentencia pueda ser reconocida o ejecutada en virtud de la presente Convención.

Artículo 10

Daños y perjuicios

1. El reconocimiento o la ejecución de una sentencia podrá denegarse si, y en la medida en que la sentencia otorgue una indemnización por daños y perjuicios, incluidos daños ejemplares o punitivos, que no compensen a una parte por la pérdida real o el daño sufrido.

2. El tribunal requerido tendrá en cuenta si los daños y perjuicios adjudicados por el tribunal de origen sirven para cubrir los costos y los gastos relacionados con los procedimientos, y en qué medida.

Artículo 11

Remedios no monetarios en materia de propiedad intelectual

En materia de propiedad intelectual, una resolución judicial sobre una infracción se [reconocerá] y aplicará solo en la medida en que se pronuncie sobre un recurso monetario en relación con el daño sufrido en el Estado de origen.]

Artículo 12

Arreglos judiciales (transacciones judiciales)

Los arreglos judiciales (transacciones judiciales) que un tribunal de un Estado Contratante haya aprobado, o que hayan sido concluidos en el curso de un procedimiento ante un tribunal de un

Estado Contratante, y que sean ejecutables de la misma manera que una sentencia en el Estado de origen, se aplicará en virtud de este Convenio de la misma manera que una sentencia.

Artículo 13

Documentos a ser presentados

1. La parte que solicita el reconocimiento o solicita la ejecución presentará:

(a) una copia completa y certificada de la sentencia;

(b) si la sentencia se dictó en rebeldía, el original o una copia certificada de un documento que establezca que el documento que inició el procedimiento o un documento equivalente fue notificado a la parte que incumplió;

(c) cualquier documento necesario para establecer que la sentencia tiene efecto o, en su caso, es exigible en el Estado de origen;

(d) en el caso a que se refiere el artículo 12, un certificado de un tribunal del Estado de origen en el que asiente que un acuerdo judicial o una parte de él es exigible de la misma manera que una sentencia en el Estado de origen.

2. Si los términos de la sentencia no permiten al tribunal requerido verificar si se han cumplido las condiciones de este Capítulo, ese tribunal puede requerir cualquier documento necesario.

3. Una solicitud de reconocimiento o ejecución puede ir acompañada de un documento relacionado con la sentencia, emitido por un tribunal (incluido un funcionario del tribunal) del Estado de origen, en la forma recomendada y publicada por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

4) Si los documentos mencionados en este artículo no están en un idioma oficial del Estado requerido, deberán ir acompañados de una traducción certificada en un lenguaje oficial, a menos que la ley del Estado requerido disponga lo contrario.

Artículo 14

Procedimiento

1. El procedimiento para el reconocimiento, la declaración de fuerza ejecutiva o el registro para la ejecución y la ejecución de la sentencia se rigen por la ley del Estado requerido, a menos que el presente Convenio disponga lo contrario. El tribunal requerido actuará expeditamente.

2. El tribunal del Estado requerido no podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de una sentencia en virtud de la presente Convención sobre la base de que debe buscarse reconocimiento o ejecución en otro Estado.

Artículo 15

Costos de los procedimientos

1. No se exigirá ninguna garantía, fianza o depósito, cualquiera que sea la descripción, de una parte, que en un Estado Contratante solicite la ejecución de una resolución dictada en otro Estado Contratante por la única razón de que dicha parte es un nacional extranjero o no está domiciliado o residente en el Estado en el que se busca la ejecución.

2. Una orden de pago de costas o gastos de un procedimiento, realizada en un Estado Contratante contra cualquier persona exenta de requisitos en materia de garantía, fianza o depósito en virtud del párrafo 1, se aplicará a la persona que tenga derecho a beneficiarse de la orden se hará exigible en cualquier otro Estado contratante.

3. Un Estado puede declarar que no aplicará el párrafo 1 ni designará mediante una declaración cuál de sus tribunales no aplicará el párrafo 1.

Artículo 16

Reconocimiento o ejecución bajo la legislación nacional

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 6, la presente Convención no impide el reconocimiento o la ejecución de resoluciones judiciales en virtud de la legislación nacional.

CAPÍTULO III - CLÁUSULAS GENERALES

Artículo 17

Disposición transitoria

El presente Convenio se aplicará al reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales si, en el momento en que se entablara el procedimiento en el Estado de origen, el Convenio estuviera en vigor en ese Estado y en el Estado requerido.

Artículo 18

Declaraciones que limitan el reconocimiento y la ejecución

Un Estado puede declarar que sus tribunales pueden negarse a reconocer o ejecutar una sentencia dictada por un tribunal de otro Estado contratante si las partes eran residentes en el Estado requerido, y la relación de las partes y todos los demás elementos pertinentes a la controversia, salvo la ubicación del tribunal de origen estaba relacionada únicamente con el Estado requerido.

Artículo 19

Declaraciones con respecto a asuntos específicos

1. Cuando un Estado tenga un gran interés en no aplicar la presente Convención a un asunto específico, ese Estado podrá declarar que no aplicará la Convención a ese asunto. El Estado que haga tal declaración se asegurará de que la declaración no sea más amplia de lo necesario y que la materia específica excluida se defina de manera clara y precisa.

2. Con respecto a este asunto, el Convenio no se aplicará:

(a) en el Estado contratante que hizo la declaración;

(b) en otros Estados Contratantes, donde se busca el reconocimiento o la ejecución de una resolución dictada en un Estado Contratante que hizo la declaración.

[Artículo 20

Declaraciones con respecto a las sentencias relacionadas a los gobiernos

1. Un Estado podrá declarar que no aplicará el presente Convenio a las resoluciones judiciales derivadas de procedimientos en los que sea parte cualquiera de los siguientes:

(a) ese Estado, o una persona que actúe en nombre de ese Estado, o

(b) una agencia gubernamental de ese Estado, o una persona que actúe en nombre de dicha agencia gubernamental.

La declaración no deberá ser más amplia de lo necesario y la exclusión del alcance deberá definirse de manera clara y precisa.

2. Una declaración de conformidad con el párrafo 1 no excluirá de la aplicación de este Convenio los fallos derivados de procedimientos en los que sea parte una empresa de propiedad de un Estado.

3. Si un Estado ha hecho una declaración de conformidad con el párrafo 1, el reconocimiento o la ejecución de una sentencia originaria de ese Estado podrá ser denegada por otro Estado

Contratante si la resolución surgió de un procedimiento al que ese otro Estado Contratante, una de sus agencias gubernamentales, o personas equivalentes a las mencionadas en el párrafo 1 es una parte, en la misma medida que se especifica en la declaración.]

Artículo 21

Interpretación uniforme

En la interpretación de este Convenio, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.

Artículo 22

Revisión del funcionamiento de la Convención

El Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado hará arreglos periódicamente para:

- a) examen del funcionamiento del presente Convenio, incluidas las declaraciones; y
- (b) consideración de si son deseables enmiendas a esta Convención.

Artículo 23

Sistemas legales no unificados

1. En relación con un Estado Contratante en el que dos o más sistemas de leyes se aplican en diferentes unidades territoriales con respecto a cualquier asunto tratado en esta Convención:

- a) cualquier referencia a la ley o procedimiento de un Estado se interpretará como una referencia, cuando proceda, a la ley o el procedimiento en vigor en la unidad territorial pertinente;
- (b) cualquier referencia a la residencia habitual en un Estado se interpretará como una referencia, cuando corresponda, a la residencia habitual en la unidad territorial pertinente;
- (c) cualquier referencia al tribunal o los tribunales de un Estado se interpretará como una referencia, en su caso, al tribunal o los tribunales de la unidad territorial pertinente;
- (d) cualquier referencia a una conexión con un Estado se interpretará como una referencia, cuando corresponda, a una conexión con la unidad territorial pertinente.

2. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, un Estado Contratante con dos o más unidades territoriales en las que se apliquen sistemas jurídicos diferentes no estará obligado a aplicar el presente Convenio a situaciones que involucren únicamente a tales unidades territoriales

diferentes.

3. Un tribunal en una unidad territorial de un Estado contratante con dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas jurídicos diferentes no estará obligado a reconocer o ejecutar una sentencia de otro Estado contratante únicamente porque la sentencia haya sido reconocida o ejecutada en otra unidad territorial del mismo Estado contratante en virtud del presente Convenio.

2. Este Artículo no se aplicará a una Organización Regional de Integración Económica.

Artículo 24

Relación con otros instrumentos internacionales

1. La presente Convención se interpretará, en la medida de lo posible, para ser compatible con otros tratados en vigor para los Estados contratantes, ya sean celebrados antes o después de la presente Convención.

2. El presente Convenio no afectará a la aplicación por un Estado Contratante de un tratado [u otro instrumento internacional] que se haya celebrado antes de que este Convenio haya entrado en vigor para ese Estado Contratante [entre las Partes en ese instrumento].

3. El presente Convenio no afectará a la aplicación por un Estado contratante de un tratado [u otro instrumento internacional] celebrado con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio para ese Estado contratante a los efectos de obtener el reconocimiento o la ejecución de una resolución dictada por un tribunal de una Estado Contratante que también sea Parte en ese instrumento. [Nada en el otro instrumento afectará las obligaciones bajo el Artículo 6 hacia los Estados Contratantes que no son Partes en ese instrumento.]

4. El presente Convenio no afectará a la aplicación de las normas de una Organización Regional de Integración Económica que sea Parte en el presente Convenio, ya sea que se adopte antes o después del presente Convenio en lo que respecta al reconocimiento o la ejecución de sentencias entre los Estados Miembros de la Organización Regional de Integración Económica.

[5. Un Estado contratante podrá declarar que otros instrumentos internacionales enumerados en la declaración no se verán afectados por la presente Convención.]

CAPÍTULO IV - CLÁUSULAS FINALES

Artículo 25

Firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión

1. La presente Convención está abierta a la firma de todos los Estados.
2. La presente Convención está sujeta a la ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios.
3. La presente Convención está abierta a la adhesión de todos los Estados.
4. Los instrumentos de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión se depositarán en el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, depositario de la Convención.

Artículo 26

Declaraciones con respecto a sistemas legales no unificados

1. Si un Estado tiene dos o más unidades territoriales en las que se aplican sistemas jurídicos diferentes en relación con asuntos tratados en esta Convención, puede, en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, declarar que la Convención se extenderá a todas sus unidades territoriales o solo a uno o más de ellos y pueden modificar esta declaración mediante el envío de otra declaración en cualquier momento.
2. Se notificará una declaración al depositario y se indicará expresamente las unidades territoriales a las que se aplica el Convenio.
3. Si un Estado no hace una declaración de conformidad con este Artículo, la Convención se extenderá a todas las unidades territoriales de ese Estado.
4. Este Artículo no se aplicará a una Organización Regional de Integración Económica

Artículo 27

Organización Regional de Integración Económica

1. Una Organización Regional de Integración Económica que esté constituida únicamente por Estados soberanos y tenga competencia sobre algunas o todas las cuestiones regidas por la presente Convención podrá igualmente firmar, aceptar, aprobar o adherirse a esta Convención. La Organización Regional de Integración Económica tendrá en ese caso los derechos y obligaciones de un Estado Contratante, en la medida en que la Organización tenga competencia sobre asuntos regidos por esta Convención.

2. La Organización Regional de Integración Económica, en el momento de la firma, aceptación, aprobación o adhesión, notificará al depositario por escrito las cuestiones regidas por la presente Convención respecto de las cuales los Estados miembros hayan transferido dicha competencia a esa Organización. La Organización notificará con prontitud al depositario por escrito cualquier cambio en su competencia como se especifica en el aviso más reciente dado en este párrafo.

3. A los efectos de la entrada en vigor de la presente Convención, los instrumentos depositados por una Organización Regional de Integración Económica no se contarán a menos que la Organización Regional de Integración Económica declare de conformidad con el Artículo 28, párrafo 1, que sus Estados Miembros no serán Partes en esta Convención.

4. Cualquier referencia a un “Estado Contratante” o “Estado” en este Convenio se aplicará igualmente, cuando corresponda, a una Organización Regional de Integración Económica que sea Parte en el mismo.

Artículo 28

Adhesión de una organización regional de integración económica sin sus Estados miembros

1. En el momento de la firma, aceptación, aprobación o adhesión, una Organización Regional de Integración Económica podrá declarar que ejerce competencia sobre todas las cuestiones regidas por la presente Convención y que sus Estados miembros no serán Partes en la presente Convención, sino que estarán obligados por ella. virtud de la firma, aceptación, aprobación o adhesión de la Organización.

2. En el caso de que una Organización Regional de Integración Económica formule una declaración de conformidad con el párrafo 1, cualquier referencia a un “Estado Contratante” o “Estado” en esta Convención se aplicará igualmente, cuando corresponda, a los Estados Miembros de la Organización.

Artículo 29

Entrada en vigor

1. El presente Convenio entrará en vigor el primer día del mes siguiente a la expiración de [tres] [seis] meses después del depósito del segundo instrumento de ratificación, aceptación,

aprobación o adhesión a que se refiere el artículo 25.

2. Posteriormente, el presente Convenio entrará en vigor:

(a) para cada Estado u Organización Regional de Integración Económica que posteriormente lo ratifique, acepte, apruebe o se adhiera a él, el primer día del mes siguiente a la expiración de [tres] [seis] meses después del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación aprobación o acceso;

(b) para una unidad territorial a la que se haya extendido el presente Convenio de conformidad con el artículo 26 el primer día del mes siguiente a la expiración de [tres] [seis] meses después de la notificación de la declaración a que se refiere dicho artículo.

Artículo 30

Declaraciones

1. Las declaraciones a que se refieren los artículos [4,] 15, 18, 19, [20,] [24,] 26 y 28 podrán hacerse en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión o en cualquier momento posterior, y podrán ser modificado o retirado en cualquier momento.

2. Las declaraciones, modificaciones y retiradas se notificarán al depositario.

3. Una declaración hecha en el momento de la firma, ratificación, aceptación, aprobación o adhesión surtirá efecto simultáneamente con la entrada en vigor de la presente Convención para el Estado de que se trate.

4. Una declaración hecha en un momento posterior, y cualquier modificación o retirada de una declaración, surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de los seis meses siguientes a la fecha en que el depositario reciba la notificación.

5. Una declaración hecha en un momento posterior, y cualquier modificación o retirada de una declaración, no se aplicará a las sentencias resultantes de procedimientos que ya se han iniciado ante el tribunal de origen cuando la declaración surta efecto.

Artículo 31

Denuncia

1. El presente Convenio podrá denunciarse mediante notificación por escrito al depositario. La denuncia puede limitarse a ciertas unidades territoriales de un sistema legal no unificado al que se aplica el presente Convenio.

2. La denuncia surtirá efecto el primer día del mes siguiente a la expiración de doce meses después de la fecha en que el depositario reciba la notificación. Cuando en la notificación se especifique un plazo más largo para que la denuncia surta efecto, la denuncia surtirá efecto una vez que expire dicho período más largo después de la fecha en que el depositario reciba la notificación.

Artículo 32

Notificaciones del depositario

El depositario notificará a los Miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y a otros Estados y Organizaciones Regionales de Integración Económica que hayan firmado, ratificado, aceptado, aprobado o se hayan adherido de conformidad con los artículos [...] siguientes:

- a) las firmas, ratificaciones, aceptaciones, aprobaciones y adhesiones a que se refiere el artículo 25;
- (b) la fecha en que el presente Convenio entre en vigor de conformidad con el artículo 29;
- (c) las notificaciones, declaraciones, modificaciones y retiradas de las declaraciones a que se refiere el artículo 30; y
- (d) las denuncias a que se refiere el artículo 31.

ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO A LAS NORMAS QUE REGULAN SITUACIONES JURÍDICAS VÁLIDAMENTE CREADAS

Jorge Alberto Silva¹

Introducción

Un tema desconocido y no desarrollado en México es el de las llamadas *normas que regulan situaciones jurídicas válidamente creadas*, a pesar de que se encuentran en el derecho en vigor. Se trata de un tema de importancia para los ius internacional privatistas. Tradicionalmente a estos les ha llamado la atención las normas de conflicto y sus reformulaciones doctrinarias corren mayoritariamente sobre estas, ignorado las que son objeto de interés en este artículo.

Como sea, al lado de las normas de conflicto encontramos las que reconocen lo que tradicionalmente se ha denominado *derechos adquiridos*, conocidas actualmente como *normas que regulan situaciones jurídicas válidamente creadas*. Se trata de normas diferentes a las conflictuales, con las que no deben ser confundidas.²

La literatura suele referirse a dos variantes del llamado derecho adquirido: una, que se enfoca en torno a problemas inter temporales, en tanto que otra, atiende a problemas inter territoriales del derecho. En el primero, el tema marco se relaciona con la vigencia de las leyes en el tiempo, en tanto que el segundo, se atiende al reconocimiento de derecho más allá de las fronteras territoriales. El de importancia para los internacional privatistas es el segundo y que interesa en ese artículo.

Consecuentemente, cabe acercarnos a su conceptualización, que no es nada fácil. Por lo pronto, interesa destacar algunos de sus elementos definatorios con la finalidad de que algún día podamos precisar su significado.

1. Los textos jurídicos

¹ Profesor de derecho conflictual. Presidente de la Asociación Nacional de Profesores de DIPr. Investigador nacional (CONACyT), nivel III.

² En este sentido: Parra Aranguren, Gonzalo, *Curso general de derecho Internacional Privado*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1998, p. 197.

Comienzo citando los textos positivados que aluden a las situaciones jurídicamente creadas: la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado prescribe:

Art. 7. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en un Estado Parte de acuerdo con todas las leyes con las cuales tengan una conexión al momento de su creación, serán reconocidas en los demás Estados Partes, siempre que no sean contrarias a los principios de su orden público.

Lo prescrito en la citada Convención Interamericana se reitera en el CCFed, pero no solo para referirse a los derechos adquiridos en el extranjero, sino también para comprender los adquiridos en otra entidad federativa. Sobre el particular establece:

Art. 13 CCFed: I. Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la república o en un estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas.

En términos similares el enunciado se acoge en el CCDF, el de Colima (art. 13, frac. I, del CC), así como el de Puebla (art. 19 del CC). Este último prescribe: “las situaciones jurídicas válidamente creadas [...] en otras entidades federativas, deberán ser reconocidas en el Estado de Puebla”.

Otros textos, como la Ley de Migración, establece como principio:

Reconocimiento a los derechos adquiridos de los inmigrantes, en tanto que los extranjeros con arraigo o vínculos familiares, laborales o de negocios en México han generado una serie de derechos y compromisos a partir de su convivencia cotidiana en el país, aun cuando puedan haber incurrido en una situación migratoria irregular por aspectos administrativos y siempre que el extranjero haya cumplido con las leyes aplicables (art. 2).

En lugar de situación, esta ley prefirió la expresión derechos adquiridos.

2. Significado

Resulta de interés anotar las versiones portuguesa e inglesa en la citada Convención internacional:

Versión portuguesa: As situações jurídicas validamente constituídas em um Estado Parte, de acordo com todas as leis com as quais tenham conexão no momento de sua constituição, serão reconhecidas nos demais Estados Partes, desde que não sejam contrárias aos princípios da sua ordem pública.

Versión inglesa: Juridical relationships validly established in a State Party in accordance with all the laws with which they have a connection at the time of their establishment shall be recognized in the other States Parties, provided that they are not contrary to the principles of their public policy (*ordre public*).

Por lo pronto, destaco el enunciado lingüístico *situaciones jurídicamente*, en la versión española, pues en la versión portuguesa se le cita como *situações jurídicas*, mientras que en la inglesa, como “juridical relationships”, que en español significaría *relaciones jurídicas*. Desde aquí, la diversidad

de versiones idiomáticas, incluso, significativas, por lo que comenzamos con problemas interpretativos en las diversas versiones del convenio. ¿Qué significa situaciones jurídicamente creadas o *juridical relationships*? Ambas expresiones se toman como lo mismo en la Convención citada.

Por lo pronto, la expresión inglesa *juridical relationships* no parece corresponder con *situaciones jurídicas*. La inglesa alude a vínculos jurídicos. *Relationships* significa vínculo, relación o vinculación entre dos entes. La literatura estadounidense no suele preocuparse por la expresión empleada por la Convención. Es interesante saber que no se empleó la expresión *legal status* o *juridical situations*, que serían las más semejantes a la española.

En cuanto a las expresiones española y portuguesa los significados parecen similares, aunque con problemas.³

Por situación (de *situs*) se puede entender la posición de alguna persona dentro de un orden jurídico, más específicamente, frente a una decisión o resolución jurídica, la que crea esa situación. Esto es, una decisión concreta, no abstracta. Quien “está en una situación” ocupa un *situs*. No se trata de cualquier circunstancia o situación, sino de algo más restringido.

Procura significar la condición o posición que ocupa una persona dentro del derecho, pero no del derecho general y abstracto, sino de una relación con un derecho concreto, al tener que derivar, según la Convención, de una decisión que pueda crear “válidamente” esa situación.

Esta denominación no tiene una génesis definida. Se habla de situación en la doctrina del derecho civil, que aborda la temática de las situaciones jurídicas subjetivas y abstractas. La expresión también recuerda el tema los estudios de Santi Romano. Algo similar hace James Goldsmidt en la teoría del proceso como situación jurídica. Ninguna de estas tesis ni significados se expuso durante la negociación de la Convención Interamericana.

Las situaciones subjetivas, de la dogmática civilista, son las que parecen más relacionadas con lo que habla la Convención (pero esto es una mera hipótesis no confirmada). Las civilistas se encuentran relacionadas con el efecto de un acto, incluso con lo favorable o desfavorable de las consecuencias de un acto. Como lo expresa el Prof. Rolando Tamayo y Salmorán:

Por situación jurídica la dogmática civil se refiere a la circunstancia jurídica en la que se

³ En general, la literatura portuguesa parece entender a estas *situações jurídicas*, como lo que entendemos por derechos adquiridos. De Oliveira Mazzuoli, Valerio, *Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2015, pp. 84 y ss.

encuentra un individuo con relación a otros individuos. [...] no se diferencia de los demás hechos jurídicos (en tanto generadores de consecuencias de derecho).⁴

Igualmente, el Prof. Galindo Garfias anotaba que:

La situación jurídica, es como el estado, la posición de una persona en relación con otras; pero la situación jurídica es independiente de la pertenencia del sujeto a este o a aquel grupo social. Así, por ejemplo, una persona puede hallarse colocada en una determinada situación jurídica respecto de otras: en la situación de acreedor o de deudor, por ejemplo. El estado por lo contrario, es una posición jurídica respecto de la familia o de la nación.⁵

La nube que complica la atribución de significado se encuentra en la versión inglesa de la Convención, que emplea otra expresión (*juridical relationships*). No me introduzco más a esta explicación porque sería tanto como especular al querer vincular esta teoría con lo que expresó la Convención, a lo que no me atrevo.⁶

Me pregunto si los negociadores tuvieron en mente el mismo significado. Con frecuencia suele surgir un problema de comunicación en la negociación de los tratados y que viene con motivo de la expresión lingüística objeto de este artículo. ¿Las expresiones de los negociadores de un tratado se produjeron con el mismo significado habido en el resto de los negociadores? Ocurre que los negociadores de un país emplean ciertos signos lingüísticos cuyo significado no es similar en el resto de los países y comunidades jurídicas. Tradiciones y usos del lenguaje no siempre son los mismos.⁷

Intentaré configurar el significado. ¿Qué se quiso decir en la Convención? El concepto que interesa para la Convención en comento es la situación concreta, la válidamente “creada”, no cualquier situación general o abstracta.

Al referirse el texto convencional internacional a situaciones jurídicas, elimina las situaciones de hecho, emotivas, fortuitas, quedándose únicamente con las jurídicas, creaciones derivadas de alguien autorizado para crearlas, autorizado para constituir las (v.g., un juez, un contratante, un testador). Al indicar que se trata de situaciones válidamente creadas, se eliminan las situaciones

⁴ Tamayo y Salmorán, Rolando, “Situación jurídica”, en *Diccionario jurídico mexicano*, t. VIII, México, UNAM, 1984, p. 142.

⁵ Galindo Garfias, *Derecho Civil*, México, Porrúa, 1980, p. 397.

⁶ Sobre este tema puede verse Perlingieri, Pietro, *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 323 y ss.

⁷ La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (art. 33) podría auxiliarnos sobre el problema, sobre todo, porque las diversas versiones se encuentran autenticadas, sin que se resuelva sobre la discrepancia o versión prevaleciente. García Moreno, Victor Carlos, *Apuntes sobre el Derecho de los tratados*, Cd. Juárez, UACJ, 2010, p.58.

jurídicas abstractas. La Convención se reduce a las situaciones jurídicas concretas (las creadas). Lo que solemos denominar derechos subjetivos.

La Convención no aborda una situación jurídica indeterminada, sino una determinada en sus relaciones jurídicas. Decir que alguien tiene una *posición jurídicamente válida* refiere una realidad producto del derecho; esto es un derecho, un conjunto de factores o circunstancias que afectan a alguien; una concreción del derecho. Reconocer esta situación significa reconocer una situación que el derecho mismo ha creado, que ya se ha concretizado. En general, y tal vez no solamente, lo que conocemos como una nota del derecho subjetivo. Con estos significados espero acercarme más a lo que podría entenderse por “situaciones válidamente creadas”.

La SCJN, a pesar de lo vago de la expresión, se aventuró en definir *derechos adquiridos* (que presuponen derechos subjetivos) en un asunto relacionado con la transitividad temporal del derecho, diciendo que:

El derecho adquirido se puede definir como el acto realizado que Introduce un bien, una facultad o un provecho al patrimonio de una persona, y ese hecho no puede afectarse, ni por la voluntad de quienes intervinieron en el acto, ni por disposición legal en contrario; la expectativa del derecho es una pretensión de que se realice una situación jurídica concreta, conforme a la legislación vigente en un momento determinado.⁸

En esta definición destaca que es un acto que aloja algo (un bien, una facultad o un provecho al patrimonio), que es un acto inafectable, que supone una expectativa de derecho.

La definición no es adecuada ni correcta para el tema inter espacial que explico. No esclarece, ni describe el significado, sobre todo, porque el derecho adquirido (al que aquí me refiero) no es un acto que se realice para obtener algo, en el mejor de los casos, es el derecho que ese acto produce. Tampoco es un derecho inafectable, puesto que cabría la posibilidad de que pudiese ser renunciado. Tampoco es una expectativa de derecho, más bien, es un derecho. En general esta definición de la SCJN no es congruente para el tema objeto de este estudio.

Otros datos faltantes en la decisión de la SCJN se relacionan con las condiciones requeridas para obtener un derecho como estos, el orden jurídico del que pueden derivar, los casos de oposición de las normas conflictuales, etc.

Para la atribución de significados, lo nebuloso hace acto de presencia complicando la labor

⁸ Pleno, SJF, 7a época, p. 53, AR 4226/76, 17 de febrero de 1981, registro: 232511. El caso está referido al deber de respetar ciertos derechos adquiridos bajo una ley abrogada.

hermenéutica. Hay diversas situaciones de las que también cabe preguntarnos si todas o solo un cierto tipo de situaciones deben de ser reconocidas. Basta recordar que las situaciones pueden ser desagradables, económicas, favorables, etc. El problema del signo y el significado deja en aprietos a la semántica jurídica. ¿A qué situaciones se refieren los textos del derecho convencional?

Otro problema que agrava la cuestión, es el hecho de que la expresión *situaciones jurídicas* en nuestro derecho de fuente interna (que proviene de la citada Convención Interamericana), es que nuestros legisladores solo hicieron un “copy paste”, sin introducir alguna explicación previa, ni siquiera en la exposición de motivos. Es más, ni siquiera existió alguna explicación significativa que le precediera a la negociación de la Convención Interamericana.

Durante la negociación los delegados hablaron, pero sin dejar algún estudio completo de lo que realmente quisieron decir (v.g., una definición estipulativa). El *definiendum* quedó sin un *definiens*. De aquí la importancia de considerar la expresión que mantiene nuestro derecho positivo y que, desde luego produce dudas significativas. Al juez y al jurista le es necesario atribuirle un significado (un *definiens*), que, cabe decir, no es un significado esencialista u ontológico. ¿Qué es lo que la comunidad jurídica quiere decir con esta expresión?

3. El contexto histórico

De lo que no cabe duda es que la expresión “situaciones jurídicas válidamente creadas” comienza por lo que conocemos como derechos adquiridos, punto por el que comenzaré.

Recordemos que la hoy milenaria norma de conflicto asienta su origen en la llamada Escuela Italiana, teniendo como base al derecho romano, especialmente el *corpus iuris civilis* justiniano, así como el longobardo. Tal norma, estuvo fuertemente sostenida por la posterior Escuela Francesa, que se extendió después de la Edad media. En realidad, no existió una explicación en torno a la norma de conflicto como hoy la conocemos, más bien, la explicación fue la estatutaria. La tesis presupuso un derecho superior a las ciudades que elige la ley de alguna ciudad (estatuto) como aplicable. Incluso desde los comentarios de Accursio sobre la *Cunctos Populus* (1245-1250).⁹

El marco que soportó la teoría estatutaria fue el *ius civile* y el germano. El Estado moderno aun no surgía y, por tanto, los derechos nacionales tampoco. El derecho o estatuto de cada ciudad

⁹ Silva, Jorge Alberto, “Los orígenes del derecho conflictual, La Lex Cunctos Populus”, en *Revista Mexicana de Derecho internacional Privado*, Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, núm. 34, noviembre de 2015.

presuponía un orden jurídico superior, identificado como derecho natural, confundido, en ocasiones con el derecho justinianeo.

Siglos después, resalta el tema de la soberanía. Bodin, seguido por Hugo Grocio, habían dejado su legado, fundando el derecho internacional moderno, pero, sobre todo, destacando el tema de la soberanía. Desde entonces, el Estado concentra el poder (se centraliza) y subordina a la Iglesia, a los señores feudales, a los comerciantes y a todo grupo que pudiera haber detentado mayor poder que el príncipe. El derecho deja de ser creación externa a los seres humanos.

Bertrand D'Argentré (1519-1590), un jurista bretón, sostuvo que las normas que eligen un estatuto ciudadano no derivan necesariamente de un derecho universal, sino del derecho local. Cambio de gran trascendencia, pues ya se habla de un cierto derecho nacional. Mediante este argumento, los que eran estatutos mixtos se convierten en estatutos reales, que, en gran medida, da lugar a la aplicabilidad de la ley local o doméstica, sin tener que tomar en cuenta un derecho justinianeo superior. La territorialidad, en este sentido, dio el paso más grande, después de la Escuela italiana personalista.

La teoría de los derechos adquiridos surge, inicialmente, como una reacción a la tradicional elección del derecho estatutario. El constructo adquirirá gran importancia en el pensamiento jurídico holandés, donde comenzará a conformarse.

Apenas firmada la Paz de Westfalia (1648), el Imperio y el poder del emperador se vino abajo, adquiriendo mayor autonomía unos 350 estados; cabe aquí destacar la conformación de la República Neerlandesa. Para ese momento, sus habitantes ya han pasado la revuelta contra los católicos, se ha entronizado el calvinismo, se concentran diversos judíos en ese lugar, el comercio resulta floreciente, siendo Ámsterdam, el mayor centro económico.

Los Países Bajos se convierten en gran potencia económica, aparece el mercantilismo, el Estado participa en la economía, procurando una balanza comercial óptima para el país.

El derecho de la Iglesia católica no fue del interés de los internacionalistas, al fin y al cabo, las ideas luteranas y calvinistas habían impregnado el norte de Europa y los holandeses eran independientes. La libertad de pensamiento se hizo presente y la nueva ciencia y la teoría del conocimiento comenzó a desarrollarse.

Coincidentemente, en ese momento se despierta la renovación por el conocimiento. Aparece el racionalismo, Descartes es conocido y difundido, se hacen a un lado las tesis dogmáticas religiosas, los gobernantes comienzan a apoyar al ser humano como el ser principal, dejando de

lado los enfoques religiosos.

En Holanda destaca la Universidad de Leiden, así como la de Utrecht, de la que el padre de Pablo Voet fue rector. Cabe destacar, que a esas universidades acuden estudiantes ingleses, que, luego, al regresar a su tierra, difunden las nuevas teorías, que luego también llegarán a lo que hoy es Estados Unidos de América, donde se desarrollaron y difundieron con mayor fuerza.

La aparición de los estudios holandeses se produjo en el momento en que el Estado moderno es naciente, sobresaliendo el concepto de soberanía.

La autonomía de Holanda le permite organizar su territorio y contar con un gobierno propio. Cuenta con diversas provincias autónomas, con una propia regulación jurídica y comercial.

Al resultar que cada ciudad cuenta con su propia ley, conduce a tener que hablar de “conflicto de leyes”. Ya no es necesario recurrir a normas supra locales (entiéndase el Corpus Iuris justiniano) para decidir cuál el estatuto aplicable. La ley de cada ciudad puede decidir.

Así, los holandeses se enfocaron en explicar las relaciones habidas entre las ciudades, creando nuevos enfoques epistémicos que sostenían al Estado con la característica de ser soberano y un propio derecho que podía decidir si aceptaba alguna ley extranjera.

A partir de aquí, las explicaciones se bifurcan. En algunos lugares se reelaboran las normas de conflicto, más o menos semejantes a como hoy las conocemos, mientras que en Holanda la reconstrucción da lugar a una nueva explicación.

¿Por qué nosotros, los holandeses, tenemos que acatar las disposiciones que dictan los franceses u otros pueblos? No existe ninguna ley, por encima de nosotros, que nos obligue. El tema de la soberanía nubló el entorno en que se cobijaban las viejas escuelas estatutarias sostenidas por un derecho supremo a las ciudades. Los holandeses prefirieron repensar lo habido hasta entonces, incluso, abandonando las tesis o teoría estatutarias, para conformar un nuevo paradigma.

Para ellos, ya no era necesario ni obligatorio tener que reconocer un orden jurídico ajeno. Su nuevo pensamiento fue: ¡somos soberanos y no tenemos por qué tomar en cuenta lo que otro orden jurídico prescriba!

Pablo Voet (1610-1677) hizo su aparición como uno de los grandes juristas, al que le siguió su hijo Juan (1647-1714). El primero, destaca por rechazar los llamados estatutos mixtos y por apoyar la territorialidad de la ley, aunque con posibilidad de reconocer parte del derecho extranjero, pero ahora, desde un derecho intraestatal, sin estar sujeto a un derecho supraestatal. Su hijo Juan, desarrolla el concepto de la *comitas gentium*, al que su padre ya había aludido. Los criterios de

utilidad y reciprocidad son introducidos en el derecho holandés. A partir de aquí, una nueva era en la concepción del derecho internacional privado ha surgido.

Ulricus Huber (1636-1694) dio el paso siguiente para la solución de la problemática internacional, sin tener que recurrir a un supuesto derecho supraestatal. Para este, no existe obligación alguna de tomar en cuenta el derecho extranjero. En el mejor de los casos se podrían admitir ciertos derechos adquiridos, pero por mera razón de justicia. Con su tesis desplaza por completo las tesis estatutarias. Un nuevo enfoque epistémico ha surgido.

Como decían los Voet, Si no dependemos de un derecho externo lo más que se puede hacer es obrar por *comity*, esto es, por cortesía. Solo por cortesía se podía reconocer algún derecho foráneo, pero solo un derecho adquirido.

Por aquí se inicia el camino de las hoy llamadas normas que regulan situaciones jurídicas válidamente creadas.

Tres años después de la Firma de la Paz de Westfalia, Christian Rodenburg (*Christiani Rodenburgii*), en 1653, terminó por desechar las tesis estatutarias (que en otros lugares se transformarían en normas conflictuales) concentrándose en la *comity*, que fue un nuevo método para enfrentar a los problemas de tráfico jurídico.¹⁰

La tesis se comprende mejor cuando observamos que al dársele fuerza a la soberanía (aparecida con el Estado moderno), ya no había un derecho supra estatal, *ius commune universal*, común europeo o un *ius gentium*, que pudiera imputársele al derecho romano medieval o el iusnaturalista. Lo único que por ese momento privaba era una *lex mercatoria*, pero esta era imputable a los comerciantes, no al Estado. Lo mejor que se podía hacer era reconocer ciertos derechos provenientes del exterior, pero un reconocimiento por conveniencia. Eso fue la *comity*: reconocer por mera cortesía.

Se justificó ese reconocimiento por la conveniencia para el comercio. En realidad, no se aceptó obligación alguna de reconocer algún derecho o un acto extranjero.

Para la tesis de los derechos adquiridos, ya llevada a la ejecución, no se reconoce el derecho extranjero, sino solo ciertos derechos adquiridos.

Como observó Pillet: los estatutarios ni siquiera tomaron en cuenta los derechos adquiridos,¹¹

¹⁰ Juenger, Friedrich K., *General Course on private international Law*, Recueil des Cours, Collected Courses of The Hague Academy of International law, 1985, IV, t. 193, Dordrecht, Martinus Nuhoff, 1986, pp. 148 y 149.

¹¹ Pillet, Antonio, *Principios de Derecho internacional privado*, t. II, Madrid, Librería General de Victoriano

pero a partir del absolutismo, al negarse el derecho extranjero, comenzó una cierta práctica de reconocer ciertos “derechos adquiridos”,¹² aunque inicialmente por mera cortesía.

4. Desarrollo doctrinal de los llamados derechos adquiridos

Como sabemos, todo cambio de las circunstancias políticas conduce al cambio del derecho y sus reformulaciones. El inicio y desarrollo de los llamados derechos adquiridos, como lo explique, proviene de la Escuela Holandesa de derecho internacional privado. Ante los cambios habidos, la nueva reformulación vino a sostener que, en principio, el derecho extranjero no es, ni puede ser reconocido. Pero que, a partir de ciertas tesis “justicieras”, cabría la posibilidad de reconocer algunas situaciones provenientes de otro Estado, pero solo a partir de una *comitas gentium*, esto es, por mera cortesía.

Conforme a esta tesis, esos derechos podrán ser reconocidos. La persona que adquirió ciertos derechos en un lugar, puede tener la posibilidad de que se le reconozcan en otro. Lo que se le reconoce es solamente su derecho adquirido, un derecho que ya ha sido “incorporado a su patrimonio jurídico”.

En este plano teórico suponemos dos Estados independientes o soberanos: uno, donde se genera una *situación* (Estado de origen) y, otro (Estado de destino), en el que se pretende el reconocimiento de esa situación (el derecho adquirido).

Ocurre que esa situación jurídicamente se obtiene en el Estado de origen por medio de alguna resolución, ahora convertida en un derecho subjetivo.

La teoría de los derechos adquiridos recibió un fuerte apoyo en las teorías estadounidenses (los *vested rights*) que, negándose a reconocer un orden jurídico extraño (como ocurre con la norma de conflicto), lo más que *puede reconocer son los derechos subjetivos creados por ese orden jurídico extraño*.¹³ El profesor Basedow explica que:

De acuerdo con la teoría de los derechos adquiridos, el derecho [...] no determina la

Suárez, 1923, p. 339.

¹² Basedow, Jürgen, “Vested rights theory”, en Chapter V.1: *Encyclopedia of Private International Law*, editada por Jürgen Basedow y otros, Edward Elgar Publishing, 2017.

¹³ Emil Dove decía: “En rigor, los tribunales de un país, por ejemplo, las Cortes de Inglaterra, no aplican nunca la ley extranjera; sino los derechos adquiridos bajo la autoridad de esta ley, lo que es muy diferente. En síntesis, la ley es territorial pero los derechos son ‘transitory’. Aquella no liga más que a los tribunales que residen en el interior de sus fronteras; éstos se imponen en el mundo entero y son reconocidos por los tribunales de todos los países”. Dove, Emil, *Derecho Internacional Privado*, vol. I. Bosch, Barcelona, 1947, p. 159.

aplicación de una ley específica, potencialmente una ley extranjera, a una disputa determinada; más bien, garantiza el reconocimiento de los derechos individuales adquiridos y ‘conferidos’ en el exterior.¹⁴

El profesor Joseph Beale, siguiendo a A.V. Dicey, afirmó que un Estado solo puede tener jurisdicción sobre un asunto y es el que ha de resolver. Cuando un Estado crea derechos a favor de una persona y, esta, al trasladarse a otro foro, puede solicitar que sus derechos sean reconocidos. Beale piensa que debe diferenciarse la creación de la ejecución. La creación de los derechos está referida únicamente a su reconocimiento y ejecución en un foro.¹⁵

En general, toda esta explicación (teoría) ha sido criticada al afirmarse que es inconcebible sostener que solo se reconocen derechos subjetivos sin que exista un derecho objetivo que le de vida al subjetivo.

En México, la mejor explicación que se ha producido sobre los derechos adquiridos corresponde a la exposición de Alberto G. Arce, que vale la pena tomar en cuenta, y que por desgracia me es imposible explicarla aquí.¹⁶ Antes de él, circularon en México diversas obras, tal vez las más conocidas fueron las de Pillet y Niboyet. Luego de estas exposiciones, la temática pareció desaparecer de los estudios doctrinarios.

Pese a todo, los derechos adquiridos reaparecieron a raíz las negociaciones en CIDIP. Al referirse al tema, se sustituyó la expresión “derechos adquiridos” por “situaciones jurídicas válidamente creadas”. Tatiana B. de Maekelt (de Venezuela) expresa que:

...la doctrina se ha manifestado proclive por reemplazar tan controvertido principio [el de los derechos adquiridos] por otro, referido al reconocimiento de situaciones jurídicas válidamente creadas, estableciendo cuatro condiciones para tal reconocimiento: 1) que la situación haya sido constituida de conformidad con una ley internacionalmente competente; 2) que se hayan observado todas las condiciones impuestas por esa ley; 3) que el ejercicio no viole los principios de orden público del país donde surtan los efectos de ella derivados; y 4) que la situación no se haya establecido en fraude a la ley del sistema que se invoca para ampararla.¹⁷

La Profa. Maekelt se refiere a la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado,¹⁸ que hoy es parte del derecho mexicano.

¹⁴ Basedow, Jürgen, “*Opus cit.*”

¹⁵ Lorenzen, Ernest G., *Cases and Material on The Conflict of Laws*, West Publishing, St. Paul, 1951, p. 9.

¹⁶ Arce, Alberto G., *Derecho internacional privado*, Guadalajara, Editorial Universidad, 1973, pp. 113 y ss.

¹⁷ Maekelt, Tatiana B. de, *Teoría general del derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 304.

¹⁸ Un trabajo más amplio sobre el tema a cargo de la Profesora Maekelt puede verse en *General rules of private*

En fin, los llamados derechos adquiridos, que inicialmente se reconocían por mera cortesía, hoy en día han pasado de un derecho natural a un derecho legislado. El Estado reconoce ciertos derechos adquiridos (me refiero a las situaciones válidamente creadas), no por mera cortesía, ni porque sean parte del derecho natural, sino porque están prescritos.

5. De la creación del signo lingüístico situaciones jurídicas hasta la de situaciones jurídicas válidamente creadas

El desarrollo histórico de la expresión podría auxiliar para conformar un significado. Por ello, me detengo en este apartado, para escharbar en su origen. ¿Cómo surgió? La expresión *situaciones jurídicas válidamente creadas* proviene de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, de 1979, cuyo artículo 7 he transcrito.

El proyecto original de este artículo fue elaborado por el Comité Jurídico Interamericano, cuyo texto inicial decía: “los derechos adquiridos de buena fe...”. Coincidió con el proyecto mexicano para esa Convención elaborado por José Luis Siqueiros y Carlos Arellano,¹⁹ que con una pequeña redacción diversa fue seguido por Alejandro Vázquez Pando,²⁰ quienes también aludían a *derechos adquiridos*, aunque después Siqueiros y Arellano cambiaron por las expresiones “actos celebrados y efectos originados en un estado parte...”.²¹

Para afinar la redacción durante la negociación se cambió la denominación derechos adquiridos por la de “relaciones jurídicas válidamente creadas...”.²² Fue la delegación venezolana la que propuso esta expresión.²³

Según la interpretación venezolana al cambiarse actos por situaciones se ampliaba el panorama, pues ahora se comprenderían “cualquier clase de hechos que produzcan consecuencias en el mundo derecho”.²⁴

Gonzalo Parra Aranguren, delegado por Venezuela, defendió el punto. Para este jurista, la Convención dejó de atender los derechos adquiridos para aceptar la denominación que esté de

international law in the Americas, Collected Courses of the Hague Academy of International Law, vol. 177. Brill Nijhoff, Leiden, Boston, 1982, pp. 307 y ss.

¹⁹ Vázquez Pando, Fernando, *Nuevo derecho internacional privado*, México, Themis, 1990, p. 76.

²⁰ *Ibid*, p. 76.

²¹ Parra Aranguren, Gonzalo, *opus cit*, p. 206.

²² Parra Aranguren, Gonzalo, *Ibid*, p. 207.

²³ Parra Aranguren, Gonzalo, *Ibid*, p. 207.

²⁴ Parra Aranguren, Gonzalo, *Ibid*, p. 208.

acuerdo con todas las leyes competentes.²⁵

La Profa. Maekelt expresa que la Convención sustituye la expresión derechos adquiridos por la de situaciones jurídicas, aunque esta última es más amplia.²⁶ Incluso, supone a los derechos adquiridos.

Actualmente Víctor Hugo Guerra (venezolano), explica que la expresión “situaciones jurídicas” conforma una noción más amplia que la de derechos adquiridos. Afirma que “la expresión ‘situaciones jurídicas’ pretende abarcar no solo los actos jurídicos sino también *cualquier clase de hechos* que produzcan consecuencias en el mundo del derecho”.²⁷ Con esta explicación (ya expresada por Parra Aranguren), desborda y va más allá de lo que es un derecho subjetivo al comprender “cualquier clase de hechos”. ¿Hechos y situaciones significarán lo mismo? A mi parecer la Convención no se refiere a cualquier tipo de hechos, sino solo a las “situaciones válidamente creadas”.

En la definición de situación, de Goldsmidt, esta es vista como una expectativa de que el derecho será favorable. Alude a hechos y, en estos, finca la situación. Si esto es así, la crítica no debe de hacerse esperar. La explicación no puede fincarse en simples hechos, pues es el derecho de lo que ha de hablarse. La contemplación debe verse como fenómeno jurídico, no factico.

Lo que requerimos es precisar un significado semántico lo más sólido posible que relacione el signo lingüístico con su significado jurídico. Pero el hecho es que el significado solo parece haber sido procurado por la comunidad jurídica venezolana. No he encontrado en otras comunidades una precisión conceptual.

En fin, estemos o no de acuerdo con el signo lingüístico, los llamados derechos adquiridos (el sentido original), al igual que “situaciones jurídicas válidamente creadas” mantienen un significado huidizo y difícil de comprender.²⁸

A pesar de tener que consultar la fuente venezolana para procurar conformar el significado, no es posible olvidar el signo lingüístico original que le dio vida, pues de otra manera no se podría

²⁵ Parra Aranguren, Gonzalo, *Ibid*, p. 208.

²⁶ Maekelt, Tatiana B. de, *Ley venezolana de derecho internacional privado, tres años de su vigencia*, Caracas, Academia de ciencias políticas y sociales, p. 79.

²⁷ Guerra, Víctor Hugo, “Derechos adquiridos”, en *Ley de Derecho internacional Privado Comentada*, t. I, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2005, p. 217.

²⁸ Walter Frisch estimó, que en comparación a la legislación territorial previa a 1988, el nuevo texto que habla de situaciones jurídicas “nos produce mucha seguridad”. Frisch Philipp, Walter, “El derecho mercantil y el nuevo orden del derecho internacional privado en su reforma de enero de 1988”, en *El Foro*, 8a. época, núm. 4, 1988.

entender el tema que presento. Cabe reconocer que es difícil encontrar autor alguno, de otro lugar, que atienda a la expresión.

El hecho es que la doctrina, incluida la mexicana, no suele abordarlo, pues estima que se trata de un advenedizo y antiguo enfoque que vino a incrustarse en el derecho convencional internacional y en el mexicano.

Por ejemplo, Leonel Pereznieto Castro, al abordar la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, expone:

No deja de sorprender que en una Convención aprobada en 1979 aún se acoge la antigua idea anglosajona de los derechos adquiridos o *vested rights*. En efecto, el desarrollo actual del Derecho Internacional Privado parte del principio que a través de la norma de conflicto o mediante los procedimientos establecidos para el reconocimiento de sentencias extranjeras, las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero son susceptibles de ser reconocidas, sin embargo, este texto es una muestra de que aún participan en estos eventos internacionales juristas de corte tradicional con influencia anglosajona.²⁹

Aunque en cierta forma Pereznieto toma los derechos adquiridos como una parte de las normas de conflicto, no deja de censurarlos.

Victor Carlos García Moreno al referirse a estas “situaciones jurídicamente válidas”, estima que son una “adopción de la teoría de los derechos adquiridos”.³⁰ Lo mismo expresa Fernando Vázquez Pando.³¹ Por desgracia, otros autores mexicanos nada expresan sobre su conceptualización y algunos, solo se conforman con transcribir la disposición sin comentario alguno.

En fin, las normas reguladoras de *situaciones jurídicas válidamente creadas*, derivan de tradiciones y métodos diferentes, con una explicación diversa a la de las normas de conflicto.

6. Contrastación entre normas de conflicto y normas que reconocen derechos adquiridos

Con los pocos elementos proporcionados ya es posible establecer algunas diferencias entre las normas conflictuales y las que reconocen derechos adquiridos transformados en normas que regulan situaciones jurídicamente creadas.

Las contemporáneas normas de conflicto (generalmente bilaterales) se caracterizan porque

²⁹ Pereznieto Castro, Leonel, “Algunas Consideraciones acerca de la Convención Interamericana Sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado”, en *VII Seminario de Derecho Internacional Privado*, sobretiro de la Revista de Investigaciones Jurídicas, año 8, núm. 6, México, 1984, p. 308.

³⁰ García Moreno, Victor Carlos, *Derecho Conflictual*, México, UNAM, 1991, p. 26.

³¹ Vázquez Pando, Fernando, *Nuevo derecho internacional privado*, México, Themis, 1990, p. 75.

permiten reconocer, y en su caso, aplicar derecho extranjero a personas, cosas o transacciones realizadas en el extranjero; igualmente, permiten aplicar derecho extranjero tratándose de alguna persona, aunque se encuentre en el propio foro, sea extranjera o este domiciliada en el extranjero. En casos como estos, la autoridad local toma en cuenta del extranjero el derecho general, abstracto o impersonal y, en su caso, lo aplica.

En cambio, las normas que reconocen derechos adquiridos no toman en cuenta el derecho general abstracto o impersonal extranjero. No resuelven los casos tomando en cuenta el orden jurídico extranjero. En el mejor de los casos, solo pueden reconocer y, en su caso, aplicar los derechos que derivan de un derecho subjetivo adquirido en el extranjero. Esto es, solo cuando este derecho es concreto y personal. La ley y la Convención Interamericana aluden a las “situaciones jurídicas válidamente creadas” en otro Estado. Alude a situaciones ya creadas, no a derechos abstractos o impersonales.

7. Las prescripciones mexicanas

Mediante lo prescrito en la Convención Interamericana citada y las leyes mexicanas cabe advertir el reconocimiento de las “situaciones válidamente creadas”. La disposición incluye, como decía Víctor Carlos García Moreno, la adopción de la teoría de los derechos adquiridos. En términos jurídicos se introduce una muy específica regla de reconocimiento de los derechos adquiridos en otro foro (Hart).

Esto es, las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero podrán ser reconocidas en México. De aquí la importancia de estas *situaciones* en el Derecho mexicano.

¿Qué fue lo que los legisladores mexicanos introdujeron en sus leyes? No hay respuesta sobre el particular, ni siquiera en la exposición de motivos de cada ley mexicana. Todo nos indica que los legisladores introdujeron por mera imitación lo que había en otros textos, pero sin saber qué introdujeron.

El problema, *ab initio*, consiste en saber qué ha de entenderse por *derechos adquiridos*, pero, especialmente, por *situaciones jurídicas válidamente creadas* (denominación empleada en la Convención Interamericana y en la ley interna). Problema que se agrava, dado que ni los teóricos ni los dogmáticos mexicanos se detienen en su conceptualización y, lo peor de todo, es que ni los legisladores supieron qué fue lo que introdujeron, dada la imprecisión significativa de la expresión. Imprecisión que evidentemente podría conducir a un uso abusivo ante la falta de conceptualización.

8. Las situaciones jurídicas válidamente creadas

La tesis de los derechos adquiridos se encuentra adoptada por varios códigos mexicanos, pero empleando la expresión *situaciones jurídicas válidamente creadas*, y con el sentido que a esta última debe de dársele. Al receptarse en el derecho de cada entidad federativa, además del Código federal, no solo se comprenden las *situaciones creadas en otro país, sino también las creadas en otra entidad federativa*.

Aunque los venezolanos han trabajado en diferenciar derechos adquiridos de situaciones válidamente creadas, sus propuestas no parecen haberse extendido a nuestro país, ni a muchos otros. Se les continúa entendiendo con el significado de las antiguas tesis de los derechos adquiridos, sin la extensión o agregado propuesto por Venezuela.

Pensemos que un extranjero tiene a su favor un derecho adquirido: el de divorciado, que ha obtenido en el extranjero. Ese derecho solo podría ser reconocido en México siempre y cuando su orden jurídico cuente con alguna disposición que reconozca derechos adquiridos en el extranjero, como el mencionado en el art. 13 del CCFed (no en todas las entidades federativas cuentan con esta disposición).

Siguiendo la tesis de los derechos adquiridos se reconocen las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero. Al respecto se toman en cuenta diversos aspectos:

- a) presuponemos una situación (puede ser un dato fáctico),
- b) pero esa situación tiene que haber sido creada al amparo de un orden jurídico extranjero,
- c) siguiendo los criterios de validez del acto creado, tal acto debe derivar *válidamente* del orden jurídico que lo crea,
- d) no olvidar que al crearse esa situación, amparada en el orden jurídico creador o de origen, se ha creado un derecho subjetivo (v.g., se es hijo, casado, divorciado, adoptado); pero no solo un derecho subjetivo favorable, sino también una situación desfavorable o excluyente (v.g., una sentencia en contra o que perjudica o prohíbe algo), esto es, cualquier situación válidamente creada,
- e) puede ocurrir que el titular de esa situación jurídica (no solo derecho subjetivo) creado se traslade o se encuentre en México, que él u otra persona pretende el reconocimiento de la situación jurídica creada (v.g., en un procedimiento sucesorio), y
- f) la situación jurídica adquirida en un Estado extranjero (el Estado de origen) será reconocido en el Estado de destino, salvo que opere alguna excepción a su reconocimiento.

Nótese que no se recepta un orden jurídico por medio de una norma que elige un derecho extranjero. La norma que reconoce situaciones jurídicas no es una norma de conflicto. No lo es ya que las que reconocen situaciones jurídicas no contienen algún punto de conexión (v.g., lugar de

origen, nacimiento, domicilio). Algo semejante ocurre con el supuesto normativo, pues mientras en las normas de conflicto se alude a alguna conducta o alguna institución jurídica, en la que reconoce derechos adquiridos solo se alude a una “situación jurídica válidamente creada”, esto es, un derecho subjetivo, concreto, presente y no futuro, ni expectativa.

Acorde a la norma que reconoce situaciones jurídicas creadas al amparo de otro ordenamiento, presupone que ciertos derechos subjetivos han sido creados al amparo de otro ordenamiento jurídico (que no depende ni está por encima del propio).

Como lo prescribe la Convención Interamericana o el Código civil, tales situaciones o derechos subjetivos podrán ser reconocidos (debe tratarse de situaciones jurídicas válidamente creadas). No importa que esté ausente alguna norma de conflicto en México como Estado de destino (varias de sus entidades federativas). Podría, incluso, no existir ninguna norma de conflicto, pero no debe faltar una que reconozca el derecho adquirido. Si se carece de norma de conflicto, entonces podría reconocerse la situación válidamente creada en el extranjero.

EJEMPLO. Una señora demandó en el extranjero a un hombre para que pague los alimentos de su hijo. El demandado negó ser el padre, pero, luego de una investigación de la paternidad, el juez declaró que ese hombre sí es el padre del niño. En este caso y con esta sentencia, el menor cuenta con un derecho subjetivo que lo acredita como hijo.

Al paso del tiempo, y ya en México, se abre la sucesión del padre. En este caso, quien fue declarado hijo cuenta con un derecho subjetivo que le otorga la facultad de reclamar los bienes del padre (se encuentra en la situación de hijo). Tiene a su favor el derecho a que se le reconozca como hijo.

En este ejemplo, el derecho creado en el extranjero a favor del hijo le da seguridad para que le sea reconocida su calidad de hijo en México, dado que se establece una norma que reconoce las situaciones jurídicas válidamente creadas en el extranjero.

No obstante, no basta que se trate de una situación adquirida, es necesario que se constate que tal situación derivó de una ley, esto es, que la situación sea válida, válidamente adquirida. Un tribunal colegiado sostuvo al respecto que:

La fracción I del artículo 13 del Código Civil Federal [la que alude a las situaciones jurídicas válidamente creadas] establece la regla de aplicación de la ley del lugar en que surta efectos el acto celebrado en el extranjero, pero también previene que el acto deba ser válido conforme a la ley del lugar en que se celebró, y esto es acorde con el principio de orden público que debe ser observado por el órgano jurisdiccional, tanto respecto de su derecho interno como del derecho extranjero. Por tanto, ante una controversia, el órgano jurisdiccional en que se cuestiona precisamente la validez del acto, tiene que hacer tal verificación no conforme a su derecho nacional exclusivamente, sino que debe atender a las leyes del lugar de la celebración

del acto.³²

A mi parecer, en esta resolución se encuentra interpretado incorrectamente el significado de derecho adquirido o situación válidamente creada. En esta sentencia, en otro apartado, se lee:

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; lo que implica desde luego un sentido de reciprocidad y convivencia armónica en la comunidad internacional.³³

Aunque la resolución sufre el demérito de estar mal redactada, en ella puede observarse que se exige tomar en cuenta el orden jurídico del otro lugar. En realidad, en la tesis que reconoce las situaciones jurídicamente válidas solo basta que el derecho subjetivo que se hubiese adquirido sea válido. La tesis no supone (aparentemente) tomar que tomar en cuenta otro orden jurídico (abstracto y general), que si debe ser tomado en cuenta en las normas de conflicto. Una idea semejante fue la que se tomó en cuenta al negociarse la Convención internacional.

Este es el problema y critica a la tesis de los derechos adquiridos: que se quiere tomar en cuenta el acto creado, pero no el orden jurídico del que derive. Es el punto vulnerable de la tesis y que ha sido ampliamente criticada. Elemento que Alberto G. Arce ya tomaba en cuenta.³⁴

Por lo anterior, cabe reiterar que mediante el reconocimiento de las situaciones creadas y adquiridas en el extranjero, ciertamente se reconoce un derecho creado al amparo de un derecho extraño, pero no solo un derecho favorable, sino cualquier situación desfavorable. ¡Vamos!, se trata de un derecho o situación consolidado y no de un derecho abstracto y general, pero ello no significa que el juez se abstenga de revisar si esa situación o derecho concreto y personal derivó válidamente del derecho del Estado de origen. Por ello, la Convención enfatiza en que la situación hubiese sido “válidamente creada”.

No hay que olvidar que el derecho (la situación creada) no nace espontáneamente, debe de ser creada a partir de un orden jurídico, por alguien que esté autorizado para crearla. Normalmente la encontramos en alguna resolución, la cual, para crear válidamente esa situación debe de apoyarse en un orden jurídico. Por lo tanto, la situación fáctica, por si misma, no es un derecho adquirido, sino hasta que jurídicamente se adquiera (que sea creada).

³² Tribunales colegiados, SJF, 9a época, p. 1113, AD 10523/2000, 12 de junio de 2001, registro: 188619.

³³ Tribunales colegiados, SJF, 9a época, p. 1112, AD 10523/2000, 12 de junio de 2001, registro: 188842.

³⁴ Arce, Alberto G., *opus cit.*, p. 112.

En general, de las decisiones judiciales habidas y que han estado a mi alcance a través del *Semanario Judicial de la Federación*,³⁵ no advierto que se hubiese hecho una acabada toma en consideración (un estudio conceptual) de los derechos adquiridos o normas que reconocen situaciones válidamente creadas en el extranjero. Las pocas habidas (muy rudimentarias), han confundido derechos adquiridos con normas de conflicto.

9. Una apostilla adicional

En forma complementaria trataré de explicar lo que puede entenderse por situaciones jurídicas válidamente creadas. Mi explicación, tal vez pueda ser calificada como burda (sin tantos detalles de la construcción teórica conceptual), pues lo único que pretendo es ser más ilustrativo en estas reflexiones sobre el tema.

Por lo pronto, es necesario tomar en cuenta que la tesis de los derechos adquiridos, hoy transformada en situaciones jurídicas válidamente creadas (al menos el signo lingüístico), se ha desarrollado a lo largo de la historia y fue acogida por países cuya legislación ha sido altamente unilateralista. Esto es, países que estiman que solo pueden legislar hacia el interior de su territorio, sin que deban inmiscuirse en situaciones acaecidas en otros lugares. Las llamadas normas de conflicto unilaterales suelen presentarse en Estados que solo piensan hacia su interior (sus súbditos y su territorio). Es cierto que desde el siglo XIX varios países que contaban con normas unilaterales las han venido bilateralizando. Esta forma de resolver bilateralizando, ha logrado que las tesis de los derechos adquiridos se vengam minimizando, pero eso no significa que los derechos adquiridos han desaparecido. Continúan siendo un instrumento contiguo a las normas de conflicto, al igual que las normas que toman en cuenta situaciones jurídicas válidamente creadas.

Quiero decir, que el empleo de los llamados derechos adquiridos ha sido de gran importancia para aquellos Estados en donde sus normas han sido unilaterales o donde las normas de conflicto son inexistentes.

Al carecer de normas de conflicto bilaterales, el recurso “justiciero” ha consistido reconocer los derechos adquiridos en otro lugar, sin necesidad de tener que emplear normas de conflicto. Holanda, por ejemplo, que no se interesaba en reconocer las leyes francesas, sostuvo (por razón

³⁵ He tomado en cuenta estas resoluciones a partir del Sistema de Consulta del *Semanario Judicial de la Federación*, el antiguo Sistema Ius.

de justicia) que si alguna persona había adquirido un derecho subjetivo en otro lugar, ese derecho podría reconocérsele, sin que con ello se pudiera significar que “se reconoce la ley extranjera”. En realidad, un sofisma, pero ese fue el argumento.³⁶

En Estados Unidos (bajo el enfoque territorialista) se siguió esta tesis, para afirmar que solo el derecho adquirido es el aceptable, no el derecho general y abstracto extranjero que lo constituyó. Algo así como decir: “se aceptan los *vested rights* (derechos adquiridos), pero no las leyes abstractas e impersonales que los han creado”. Sus autores así lo han dicho, pero, ahora, ya sin el agregado de *comity*.

De esta manera, el reconocimiento de los derechos adquiridos –se dice-- garantiza la aceptación en el foro de destino de un acto o un derecho subjetivo obtenido (adquirido) en otro foro, sin necesidad de tener que recurrir a normas de conflicto.

Para mayor comprensión de lo que explico, recordemos la diferencia entre las normas sustantivas generales, abstractas e impersonales, de las que son más concretas y personales. En general, las primeras se encuentran en leyes, mientras que las segundas, en decisiones judiciales o administrativas (son más concretas y personales). Los Estados con predominio de normatividad conflictual unilateral no podrían reconocer las normas generales y abstractas extranjeras. El modelo de razonamiento sería algo semejante al siguiente:

El único derecho que yo conozco es el derecho mío, yo no puedo legislar sobre hechos ocurridos fuera de mi territorio, de la misma manera que ningún Estado ajeno a mí tampoco puede legislar sobre hechos acaecidos en mi territorio. Por eso, yo no reconozco el código civil, ni ninguna ley de otro lugar ajeno a mi Estado, tampoco me siento capaz de legislar o resolver sobre hechos o situaciones acaecidas fuera de mi territorio. Si acaso una situación jurídica ha sido creada fuera de mi Estado yo no la puedo reconocer, no obstante, la reconoceré. ¡Solo la situación personal y concreta!

Esto es, ante la imposibilidad de tener que reconocer un orden jurídico ajeno, la solución consistió en aceptar los derechos subjetivos creados al amparo de ese derecho ajeno (derechos personales y consolidados).

La teoría de los derechos adquiridos, al paso del tiempo no es mucho lo que ha mejorado, más bien, se ha producido un cambio en la denominación (el signo). El cambio de denominación *derechos adquiridos* por el de *situaciones jurídicas válidamente creadas* endereza la explicación,

³⁶ Quiero decir, el hecho de reconocer un derecho subjetivo implica reconocer las disposiciones que le dieron origen (su fundamento), pero la explicación teórica que se le dio solo dijo reconocer un derecho subjetivo.

pues ahora se agrega que esa situación sea “válidamente creada”, lo que supone tener que revisar su validez.

Permítaseme otra explicación más vivaz. Supongamos dos hipótesis:

- En la ley de un Estado (foro de origen) se prescribe que los hijos de un *de cuius* tienen derecho a ser herederos (se encuentra en alguna ley de un Estado de la comunidad internacional).
- El juez de un Estado (foro de origen) ha resuelto, en un juicio de reconocimiento de la paternidad, que el hijo “z” (una persona específica) es hijo de un específico *de cuius*.

En la primera hipótesis, suponemos una disposición general, abstracta e impersonal, mientras que en la segunda, una más concreta y personal: que a favor de “z” existe un derecho subjetivo que lo ha declarado hijo de ese específico *de cuius*.

En la primera hipótesis, aunque la ley del foro de origen habla de los hijos como derechohabientes a la sucesión de un *de cuius*, ese derecho (general, abstracto, impersonal) no puede ser tomado en cuenta en el foro de destino, ya que un derecho ajeno (general y abstracto) no puede regir en el propio territorio (en el foro de destino).

La segunda hipótesis es distinta, se trata de una norma concreta y personal, opera a favor de una específica persona, ya concretizada. Es un derecho subjetivo, esto es, un derecho adquirido o consolidado en el foro de origen, por lo tanto, ese derecho puede ser admitido en el foro de destino. En este caso, se ha establecido o concretizado una situación válida (una situación válidamente creada). En esta última hipótesis, ese hijo tiene a su favor un derecho subjetivo, por lo que en el foro de destino podrá participar como heredero.

En fin, para las normas que vengo refiriendo:

- No se toma o recepta un orden jurídico ajeno en abstracto (leyes y códigos), sino un derecho concreto y personal (una situación válidamente creada). Podría tomarse en cuenta los derechos generales y abstractos prescritos en el orden jurídico ajeno si alguna norma de conflicto del propio foro contase con normas de conflicto bilaterales; normas que admitiesen a las extrañas, lo que no es necesario para las que admiten situaciones válidamente creadas.
- No es lo mismo que un orden jurídico ajeno declare que un hijo pueda ser heredero (una expectativa), a que un juez ya hubiese declarado heredero a un específico hijo (un derecho concreto y consolidado).
- Puede ocurrir que en el foro propio se reconozca un derecho adquirido en el foro de origen (la situación válidamente creada), independientemente de que alguna norma de conflicto lo pudiera reconocer.

Obviamente, un derecho subjetivo obtenido en otro foro no significa que necesariamente tenga

que ser reconocido. Por ejemplo, un matrimonio poligámico declarado en otro lugar (que otorga el estatus a la segunda cónyuge de estar casada legalmente con su marido), no significa que necesariamente tenga que reconocérsele su matrimonio, pues ello pugnaría con el orden público local.

En fin, para México, en donde el derecho de las entidades federativas es mayoritariamente *legeforista* y unilateralista, la tesis de las situaciones jurídicas válidamente creadas en otro Estado de la comunidad internacional es otro medio (diverso a las normas de conflicto bilaterales) para resolver problemas interordinamentales. No cabría tomar en cuenta la norma que acoge las situaciones válidamente creadas en el extranjero, cuando una norma de conflicto bilateral excluye el derecho de donde proviene esa situación. Se trata de normas recíprocamente excluyentes.

Conclusión

Tanto las normas conflictuales como las que reconocen situaciones válidamente creadas son parte del derecho internacional: ambas pueden estimarse como medios o métodos para resolver problemas de tráfico jurídico internacional.

Las llamadas *normas que regulan situaciones jurídicas válidamente creadas* son resultantes de una convención interamericana en la que los negociadores no mantuvieron un significado recíprocamente entendible. Partieron del rechazo a la teoría los derechos adquiridos, pero cayeron en algo semejante. A pesar de que el texto de la Convención Interamericana se encuentra redactado en diferentes idiomas, el significado en cada uno es diferente.

El significado de situaciones es vago, impreciso, nebuloso. Produce graves problemas para su explicación y aplicación. Su imprecisión podría llegar a un uso abusivo, dada la falta de conceptualización. Para la construcción de su significado es necesario comenzar con el de los derechos adquiridos, que también es problemático. Carecemos de un uso lingüístico y una significación aceptada por una amplia comunidad de juristas.

No parece que la inclusión de este enunciado en un texto internacional haya tenido éxito o efectividad. Prueba de ello es que, a pesar de los años transcurridos, la doctrina suele quedar callada en torno a su significado, así como en su aplicación y eficacia.

En la tesis de los derechos adquiridos, la expresión *derecho* suponía, al menos hablar de una potestad particular, presumiblemente que favorecía al titular, pero, ahora, con la expresión situación, no solamente se comprende un derecho favorable, sino todo tipo de situaciones (v.g.,

desagradables, económicas, favorables), que algunos suelen entender como hechos.

Ante la crítica a la teoría de los derechos adquirido, tal vez hubiese sido mejor no haber suscrito ese apartado de la Convención Interamericana que reconoce situaciones creadas. No obstante, hay que aceptar que ahí está, que es derecho en vigor.

Por lo pronto, la única ventaja que puede arrojar (si es que podría así decirse) es tomar en cuenta cualquier situación jurídica extranjera, ya que la mayoría de las entidades federativas carecen de normas conflictuales bilaterales. Sobre todo, aquellas entidades que cuentan con unilaterales, que no les permite reconocer derecho extranjero.

Por lo pronto, continuaremos con el problema de saber qué es lo que se quiere decir con situaciones jurídicamente creadas. La respuesta no se ha dado.

RESEÑAS

Karl Ludwig von Bar. The Theory and Practice of Private International Law (*Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*), 2da. Edición ampliada¹

Ludwig von Bar es originario de Alemania (1836 – 1913). Inició sus estudios sobre derecho en la Universidad de Göttingen, luego como profesor asociado en la de Universidad de Rostock (1866) y en la de Breslau (1868), para posteriormente regresar a la de Göttingen (1890). Por ese entonces, como miembro del partido liberal, participó en la política, siendo miembro del Reichstag (German Imperial Parliament) entre 1890 y 1893. Mas tarde, participó como juez en el tribunal de La Haya. Como profesor, fue designado emérito en 1911.

Trabajó temas de Derecho internacional Público y privado. Estuvo unido académicamente con Ernst Zitelmann, uno de los más conocidos e influyentes profesores alemanes de esa época

Von Bar es autor de diversas obras, entre otras, la que es objeto de esta reseña (The Theory and Practice of Private International Law). Su patrón epistémico es el universalismo, que sostiene un derecho supraestatal que se obtiene del mismo derecho natural, dada la naturaleza de las cosas.

Como dejé anotado, corresponde a la segunda edición. El mismo autor, asienta en su prefacio que al momento de esta segunda edición han transcurrido 25 años. Que los cambios introducidos han sido de tal magnitud, que conforman un nuevo libro.

En torno a su obra, algunos estiman que su tesis es una síntesis de las teorías de Savigny y Mancini. Friedrich K. Juenger lo calificó como multeralista.

Bar afirmó que existe una estrecha relación entre el derecho internacional publico y el privado, incluso con influencia reciproca. Sus tesis parten del derecho natural. Este, es el que crea las condiciones para la coexistencia entre los estados. Su punto central, es el equilibrio entre la aplicación del derecho extranjero y el propio. Hay que tomar en cuenta que el trabajo de Von Var se produjo antes de la codificación alemana. Incluso, Von Bar fue los que se opuso a tal codificación.

Aunque el autor es avezado en el derecho penal, explica que esta materia no la tomó en cuenta para esta segunda edición, aunque apareció en la anterior, a pesar de que el derecho penal

¹ El ejemplar de mi consulta es de 1892.

internacional si es tema propio del DIPr.

Confiesa haber consultado diversas revistas sobre la materia, especialmente francesas. Anota, a la vez, que aunque ha consultado a las escuelas francesa e italiana, se ha sentido libre de disentir y proponer otras opciones. Se ha sentido obligado a tomar en cuenta a Savigny.

Me llama la atención el apartado en el que dice que tomar en cuenta el derecho positivo es un riesgo, ya que ello podría producir mal entendidos sobre los principios. Además, cualquier tratado siempre estará restringido, dado que producirá incertidumbre y “estará expuesto al peligro de ser socavado por algunas ideas nuevas”. En su opinión, afirma:

...el derecho internacional privado no exige, como condición previa a su existencia, que debería haber sido constituido, en lo que respecta a sus principios o doctrinas principales, por tratados o por legislación. Existe porque es una necesidad, y es la fuerza de las circunstancias, la naturaleza de las cosas lo que lo hace así.

Hablando de tratados, asienta que:

...el derecho internacional privado no exige, como condición previa a su existencia, que debería haber sido constituido, en lo que respecta a sus principios o doctrinas principales, por tratados o por legislación. Existe porque es una necesidad, y es la fuerza de las circunstancias, la naturaleza de las cosas lo que lo hace así.

En realidad, Von Bar sueña con una uniformidad internacional que no se ha dado.

El ejemplar que reseño corresponde a una traducción del alemán al inglés por parte de G.R. Gillespie. Edinburgo. Es a una obra voluminosa (1131 páginas). Dividida en 12 libros y un apéndice.

Tal vez para algunos Ludwig von Bar es un jurista desconocido. No obstante, Wordcat le recuerda con 197 trabajos, en 932 publicaciones, en 7 idiomas y 5,940 colecciones bibliotecarias. La obra que reseño cuenta con 18 ediciones publicadas entre 1892 y 2015. Esta obra se conforma por 12 libros y varios apéndices, que paso a resumir. Dada la amplitud, solo me limitaré a un listado de los apartados de que se compone la obra.

Primer libro: objeto y alcance, en donde presenta alguna introducción, historia, a partir del derecho romano, hasta el siglo XIX.

Segundo libro: Domicilio y nacionalidad. Aborda el tema general y se introduce en domicilios especializados, como el de oficiales y soldados, pluralidad de domicilios y personas carentes del mismo. El tema de nacionalidad es amplio y va refiriéndose a cada caso habido en la época. Va tratando cada temática a partir de principios.

Tercer libro: Formas de operaciones jurídicas. Examina la regla *locus regit actum*, sus

limitaciones.

Cuarto libro: Derecho de las personas o estado y capacidad.

Quinto libro: Derecho de familia. Incluye tres grandes apartados: i) matrimonio, dispensas, impedimentos, matrimonios ante embajadores, divorcio, etc. ii) Relaciones entre padres e hijos, iii) tutela, curatela.

Sexto libro: Derecho de las cosas. Aborda el tema de muebles e inmuebles.

Séptimo libro: Derecho de las obligaciones. Intención de las partes, diversas teorías, ¿ley del domicilio o de la nacionalidad? Interpretación de los contratos.

Octavo libro: Derecho comercial. Temario amplio, entre otros aspectos aborda notas negociables, fletes, contrato de seguro, derecho marítimo, etc.

Noveno libro: Derechos inmateriales, incluye derechos de autor, privilegios y prohibiciones, patentes, modelos industriales, nombres, marcas. Para varios estudiosos, este apartado proviene de uno de los primeros en hablar sobre esta temática.

Décimo libro: Derecho sucesorio. Comienza con una explicación histórica de diversas teorías, intensión del difunto, leyes que rigen la sucesión, legados, etc.

Décimo primer libro: Derecho procesal. Pasos a seguir en un proceso, competencia, asistencia, reconocimiento de sentencias.

Décimo segundo libro: Derecho de quiebras. Teorías, algunos elementos del derecho positivo, etc.

Apéndices: conformado por tres: límites territoriales del Estado, actos de embajadores, competencia de los tribunales y estados soberanos extranjeros.

Complementa la obra una infinidad de índices de gran importancia para un investigador.

Se trata de una obra difícil de obtener. Puede encontrarse un ejemplar en la biblioteca de Saint Marys University; la University of Texas, Tarlton Law Library; Baylor University, School of Law; University of California, San Diego; etc. En las bibliotecas mexicanas no localice la obra. Ni encontré traducción al español.

En fin, se trata de una obra que, de hecho, cerró un periodo pasado, anterior a la codificación y que observa al DIPr desde una perspectiva supranacional. Por ello, se le cataloga entre las universalistas, una perspectiva filosófica que acarrió a su favor una gran cantidad de juristas, y enfoque, por lo que vale la pena revisar su contenido.

Jorge Alberto Silva²

² Prof. de Derecho de los conflictos, presidente de la Asociación Mexicana de Profesores de Derecho Internacional Privado, investigador nacional CONACyT, nivel III.

S.I.Strong, Kathia Fach Gómez y Laura Carballo Piñeiro, Derecho Comparado para abogados angloparlantes . Culturas jurídicas, términos jurídicos y prácticas jurídicas

Ed. Eduard Elgar.Publishing. G.B. 2016. 662 págs.

Cada vez más el derecho comparado nos muestra la necesidad que de él se tiene. Sobre todo esa necesidad se refleja en libros más complejos en su estructura pero definitivamente más prácticos en su manejo, incluyendo magníficos índices que facilitan el acceso a la obra. En este caso además, y es muy importante decirlo, que la estructura de toda la obra es bilingüe, inglés y español, lo que además de aportar un instrumento propicio para el aprendizaje jurídico en las dos direcciones, muestra el gran esfuerzo que debieron hacer las autoras para construir una obra de este tipo y hasta cierto punto, inédita en su campo.

En su primera parte, las autoras de la obra proponen como introducción un cuadro metodológico muy completo en el que abarca en una primera parte de la primera sección, una óptica de análisis cultural que tiene la ventaja de enfocarse “ A las culturas jurídicas empresariales y sociales de la jurisdicción objeto de análisis” para en la segunda sección entrar en el estudio de “Las reglas jurídicas fundamentales referidas a la identificación uso e interpretación de las fuentes del derecho más relevante” Este manejo de las fuentes es muy llamativo para cualquier internacional privatista y sobre todo en su método con fines prácticos.

En la Parte II se desarrolla de manera amplia y excelente el tema de las fuentes del derecho en las dos tradiciones la codificada y la anglosajona, lo que plantea desde aquí las rutas a seguir. En ésta sección se analiza cómo los diferentes centros de producción normativa son fundamentales para una y otra, se analiza t tradiciones, también la cuestión fundamental de la jurisdicción y la interacción con los tratados internacionales, así como la forma de interpretación en cada sistema. Para lograr lo anterior, previamente se lleva a cabo por las autoras un interesante análisis de la estructura y funcionamiento de los diferentes tribunales en cada tradición

En la segunda parte de la obra se lleva a cabo el estudio de las diferentes áreas jurídicas en cada sistema incluyendo una distinción disciplinaria más específica, en el que se explica para los lectores del sistema anglosajón, su estructura , funcionamiento y lo mismo con el caso de la

explicación de los tribunales de Derecho Civil y en estos, además, diferentes dificultades que presenta el Derecho procesal civil, incluyendo reglas probatorias.

La IV parte de la obra está destinada a diferentes aspectos de la práctica jurídica y esta es una completa y muy bien detallada guía para quienes deseen dedicarse al ejercicio del derecho comparado. Entre otros, se encuentra un ejercicio en el que se plantea la elaboración y manejo de documentación interna, externa y “Transnacional” así como de dictámenes. Muy ilustrativo para estudiantes de derecho que accedan a despachos grandes que son los que más requieren del conocimiento del derecho comparado.

En su quinta parte se refiere la obra a lo que llama “Ejercicios y cuestiones adicionales” en donde se plantea un ejercicio práctico de disputa arbitral y otro ejercicio muy interesante de “Transacción Jurídica”, lo que se hace de una forma lo más detallada posible tomado siempre en cuenta las limitaciones de la obra que se comenta que, con esta parte concluye de manera muy adecuada su planteamiento.

Además de la excelencia de la obra en sí, es importante subrayar que se trata de un muy buen libro de texto para el estudio de la materia, con este fin al término de cada una de las subsecciones, los autores se han esmerado para redactar autoevaluaciones que el lector de la obra puede llevar a cabo para conocer cuánto es su nivel de conocimiento de lo que se dice a lo largo de cada subsección, este test es indispensable para cualquier estudiante de la materia. Y las autoras diseñaron una metodología de autoevaluación, sencilla y precisa que nos debe servir de ejemplo a los autores de libros de texto.

El trabajo bilingüe y bicultural jurídico que nos ocupa es verdaderamente una obra monumental y extraordinaria por lo que hay que felicitar ampliamente a las autoras y se entiende además el porqué debieron participar tres muy reconocidas profesoras de Derecho Internacional Privado y Comparado, una estadounidense: la Prof. S.I. Strong, de la Universidad de Missouri, Universidad reconocida por sus trabajos en materia de enseñanza del derecho y las diferentes opciones que existen motivar a que los estudiantes aprendan más en casos prácticos. La profesora Katia Fach Gómez de la Universidad de Zaragoza, España y la profesora Laura Carballo reconocida de éste este lado del Atlántico por su presencia en el Seminario Anual de Derecho Internacional Privado y Comparado que organiza la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado

Con la esperanza que alguna librería mexicana importe esta obra y la difunda en México para beneficio de los estudiantes de derecho que deben saber lo que existe jurídicamente más allá de sus fronteras.

Leonel Pereznieto Castro