

Revista Mexicana

DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO Y COMPARADO

N° 45. Abril 2021



*Academia Mexicana de
Derecho Internacional
Privado y Comparado*



Revista Mexicana

DERECHO INTERNACIONAL
PRIVADO Y COMPARADO



Editores

Leonel Pereznieto Castro, James A. Graham

Consejo Editorial

José Carlos Fernandez Rozas, Jorge Alberto Silva Silva, Bernardo M. Cremades, Erick Pérez Venegas.

Consejo Consultivo

José Luis Siqueiros †, Laura Trigueros Gaisman †, Alejandro Ogarrio R. E., Francisco José Contreras Vaca, Loretta Ortiz Ahlf, Ligia González Lozano Roberto Rendón Graniell, Mario de la Madrid Andrade, María Virginia Aguilar, Carlos Odriozola Mariscal.

Nº 45, abril de 2021.

Nueva Época.

ISBN: 978-607-9142-10-0

Correspondencia:

James A. Graham:
graham@3ct.com.mx

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.

-	<u>Presentación</u>	<u>6</u>
-	<u>Nota del Editor.....</u>	<u>9</u>
-	<u>Obituario-Homenaje.....</u>	<u>10</u>

DOCTRINA

-	<u>Pros y contras del Convenio de la Haya de 1996, sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños / María Virginia Aguilar...</u>	<u>13</u>
-	<u>La retención ilícita del menor en un contexto familiar transfronterizo: aspectos de competencia judicial internacional / David Carrizo Aguado.....</u>	<u>26</u>
-	<u>La (Des) Apreciación Conjunta de los Convenios de la Haya de 1980 y 1996 por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Perjuicio al Principio del Interés Superior del Niño / Aline Beltrame de Moura.....</u>	<u>43</u>
-	<u>El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de la Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X. c. Letonia / María</u>	<u>57</u>
-	<u>Algunos apuntes sobre sobre la competencia jurisdiccional civil internacional en materia de alimentos a la luz del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y el Derecho Procesal Peruano / Luis Raúl Serrano</u>	<u>77</u>
-	<u>La extensión de las cláusulas arbitrales a partes no signatarias con base en la Teoría del Grupo de Sociedades / Jorge I. Aguilar Torres</u>	<u>93</u>

- Comentarios al Convenio de la Haya del 2 de julio de 2019 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en materia Civil y comercial / Francisco José Contreras Vaca 110
- El Derecho Internacional Privado en el contexto internacional actual: Las reglas de competencia judicial internacional indirecta en el Convenio de la Haya de 2 de julio de 2019 y el acceso a la justicia / Carlos Eduardo Echegaray de Maussion128
- La aplicación de la regla de conflicto en materia mercantil / James A. Graham.....140
- Extraterritorialidad de la Foreign Corrupt Practices Act de 1977 / Francisco Jesús Goytortúa Chambon 156
- La Nacionalidad Mexicana / Leonel Pereznieto Castro 169
- Democracies and Major Economies are becoming authoritarian; Multilateralism and the rule of law is threatened: and the case of president Donald Trump /James Frank Smith 190

LA VOZ DEL COMITÉ EDITORIAL

- Los primeros 25 años de la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado / Jorge Alberto Silva 209
- Contribución de la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado al estudio y a la regulación de las transacciones privadas internacionales/ José Carlos Fernandez Rozas 212
- Cultura de Arbitraje / Bernardo M. Cremades 219

NOTAS

- Los MASC: La incorporación de la TIC a procesos judiciales y alternativos / Erick Pérez Venegas..... 223

- Exposición de motivos: mi vida dedicada al DIPr / Leonel Pereznieto Castro224

RESEÑAS

- Ortiz Ahlf Loreta: El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular / Jorge Alberto Silva 235
- Aguilar María Virginia: Manual de Derecho Familiar / Leonel Pereznieto Castro238
- -Enríquez Rosas José David y González de Cossío Francisco: Arbitraje Comercial y de Inversión en el Sector Energético / Erick Pérez Venegas 239
- Pérez Amador Barrón: El Derecho internacional Privado / Leonel Pereznieto Castro 241
- Silva Jorge Alberto: Rapsodia Jurídica, selección de estudios jurídicos / Nuria González Martín 243

DOCUMENTOS

- Ley Uruguaya de Derecho internacional Privado248

PRESENTACIÓN

Me congratula ampliamente tener el inmenso honor de escribir las presentes palabras en conmemoración y homenaje por los primeros 25 años de vida de nuestra revista, la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. La Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C. (AMEDIP) nacida en 1968 bajo la iniciativa de un selecto grupo de profesores e investigadores del derecho internacional privado, tiene por objetivo fundamental, de conformidad con su Estatuto Orgánico, “promover y estimular el estudio, la investigación y la difusión del derecho internacional privado, del derecho comparado y de aquellas disciplinas relacionadas...”.

La AMEDIP ha cobijado entre sus agremiados a los más reconocidos académicos y abogados especialistas en dicha materia en México y, se ha consolidado como el instituto por excelencia dedicado al estudio y difusión del derecho internacional privado y como una de las asociaciones académicas nacionales con mayor tradición y prestigio, trascendiendo su fama las fronteras del país que la vio nacer. “La Academia” -tal como la llamamos con cariño quienes la integramos- ha promovido, a lo largo de sus más de 50 años de vida, el desarrollo del derecho internacional privado en el país ya sea a través de su enseñanza en las aulas universitarias, en el análisis y debate de los temas más relevantes y actuales tanto en sus sesiones ordinarias como en los Seminarios Nacionales, así como en la representación de México ante los diversos foros codificadores internacionales de la materia. De esta manera, consciente de la necesidad de dejar testimonio escrito de dichos estudios, análisis y debates y, de plasmar las valiosas opiniones de las más reconocidas autoridades académicas en la materia, hasta entonces dispersas, la AMEDIP asumió el compromiso de “editar libros, publicaciones periódicas, estudios e investigaciones en materia del derecho internacional privado, derecho comparado y en aquellas disciplinas relacionadas”¹. Fue así como en el año de 1996, bajo la Presidencia del Dr. Alejandro Ogarrío Ramírez-España, un grupo de Académicos Numerarios² movido por esta labor de apostolado epistolar, dieron por fruto la publicación del primer ejemplar de la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. En dicho ejemplar se publicaron estudios de Laura Trigueros Gaisman, José Luis Siqueiros Prieto, Julio C. Treviño Azcue, Leonel Pereznieto Castro, Víctor Carlos García Moreno y Elisur Arteaga Nava, los comentarios a la legislación y jurisprudencia por parte de Francisco Contreras Vaca y Carlos Novoa Mandujano, así como el estudio intitulado Los conflictos de leyes entre los estados de la Federación. Examen de la solución constitucional frente al sistema federal de Dn. Eduardo Trigueros Saravia, pilar del derecho internacional privado en México. Al poco tiempo de nacida la Revista, asumió la Dirección de la misma el Dr. Leonel Pereznieto Castro, quien le dio el apoyo e impulso que la publicación necesitaba. Ante la necesidad de ampliar la difusión de la Revista Mexicana, con la publicación del Número 32 en octubre de 2014, ésta

¹ Artículo Quinto, inciso g) del Estatuto Orgánico de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A.C., aprobado en sesión extraordinaria celebrada el 26 de junio de 1997.

² José Luis Siqueiros Prieto, Laura Trigueros Gaisman, Alejandro Ogarrío Ramírez-España, Leonel Pereznieto Castro, Francisco Contreras Vaca y Carlos Novoa Mandujano con la colaboración de Elisur Arteaga Nava. Este grupo de Académicos Numerarios conformaría el primer Consejo Editorial de la Revista.

daría otro gran paso al aparecer publicada en formato electrónico disponible en la página oficial de la AMEDIP, ello ha permitido que la revista sea conocida en diferentes latitudes y sea más accesible al público en general. Sin duda alguna, en la Revista Mexicana se han conjuntado las más importantes voces, las más autorizadas críticas y las más reconocidas opiniones en la materia, tanto a nivel nacional como internacional.

Es imperioso señalar que, en la Revista se han publicado ensayos de figuras consagradas cuyos estudios son considerados como verdaderos clásicos en la doctrina nacional y, por tanto, de referencia obligada en el estudio de la materia, así podemos mencionar a José Luis Siqueiros Prieto, Laura Trigueros Gaisman, Leonel Pereznieta Castro, Víctor Carlos García Moreno, Jorge A. Silva Silva, María Elena Mansilla y Mejía, Francisco Contreras Vaca, Rogelio López Velarde, Hernany Veytia Palomino, Luis Manuel Méjan, Julio Treviño Azcue, Claus Von Wobeser, Carlos Loperena, Francisco González de Cossío, Juan Manuel Saldaña Pérez, María Mercedes Alborno, Nuria González Martín y Elisur Arteaga Nava, entre otros. Asimismo, la Revista ha publicado entre sus páginas estudios de, en ese entonces, jóvenes promesas nacionales como Ligia González, Carlos E. Odriozola, Mayela Celis, Juan Carlos Guerrero, Mario de la Madrid Andrade, Elí Rodríguez, María Virginia Aguilar, Arnau Muriá, Jorge Cicero, Adán M. Aranda, Juan Pablo Pampillo, Rosa María Alvarez, James A. Graham, Máximo Romero, Rodrigo Zamora, Yaritza Pérez, Carlos Reyes Díaz, Jorge Orozco y Diego Robles, por citar a algunos, hoy todos ellos a lo largo de los años han sido reconocidos por la seriedad de sus trabajos.

Respecto a la temática tratada, ésta ha sido verdaderamente amplia y completa, pues no solamente se han analizado los temas tradicionales del Derecho Internacional Privado tales como los conflictos de leyes y la elección del derecho aplicable, las reglas de competencia y la elección de foro, el orden público, el estatuto personal, así como temas diversos de la cooperación procesal internacional tales como la notificación de documentos judiciales en el extranjero, el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, la obtención de pruebas en el extranjero, y el arbitraje, tanto comercial como de inversión. Otros temas abordados en la Revista han sido aspectos muy diversos sobre contratos internacionales, sociedades extranjeras, el régimen de los poderes otorgados en el extranjero, el daño moral, la responsabilidad civil internacional por daño transfronterizo, el matrimonio y divorcio en el extranjero, la protección de menores, las inversiones extranjeras y las sucesiones internacionales.

De igual manera se han incluido temas de otras disciplinas como el Derecho constitucional con temas estrechamente vinculados al Derecho Internacional Privado como son los conflictos interestaduales, la cláusula Calvo y la “franja prohibida”, la nacionalidad y apatridia; el Derecho del Comercio Internacional analizado las implicaciones en el Derecho Internacional Privado de los tratados de integración regional; y por supuesto, temas de Derecho Comparado, como es el caso de la figura del Discovery; así como la protección de los derechos humanos y el impacto de estos en el derecho internacional privado. Asimismo, no podían faltar los temas actuales del Derecho Mercantil Internacional como la compraventa internacional de mercaderías, las garantías mobiliarias internacionales, la transportación internacional de mercaderías, las garantías independientes y cartas de crédito contingentes, la insolvencia transfronteriza, los contratos de franquicias internacionales, entre varios. Por otro lado, vale la pena destacar, la enorme participación de autores extranjeros en la Revista, pues aunque ésta surgió como una publicación nacional, desde sus inicios tuvo una clara vocación internacional, contando con artículos escritos tanto en español como en inglés, italiano y portugués.

Nuestra Revista no sólo ha logrado transcender fronteras y ser conocida y ampliamente reconocida en otras naciones, sino que su prestigio le ha facilitado poder contar con las aportaciones de diversos académicos extranjeros tales como Friedrich K. Juenger (Estados Unidos), Tatiana B. de Maekelt (Venezuela), Jacob Dolinguer (Brasil), Alejandro Garro (Argentina), Rubén Santos Belandro (Uruguay), José Carlos Fernández Rosas (España), Diego Fernández Arroyo (Argentina), Symeon C. Symeonides (Estados Unidos), Adriana Dreyzin de Klor (Argentina), Nuria Bouza Vidal (España), Francesco Seatzu (Reino Unido), Pedro Pablo Miralles Sangro (España), Beatriz Pallarés (Argentina), Carlos Esplugues (España), Rene Cacheaux (Estados Unidos), Marina Vargas Gómez Urrutia (España), Salvatore Iacangelo (Italia), Bernardo M. Cremades (España), Michael Wallace Gordon (Estados Unidos), Miguel Gómez Gene (España), Francesca Ippolito (Italia), Dale Beck Furnish (Estados Unidos), Carlos A. Berraz (Argentina), Gilberto I. Boutin (Panamá), Bruno Nascimbene y Cecilia Sanna (Italia), Nadia de Araujo (Brasil), Jack Fritzmaurice (Estados Unidos), Mario J.A. Oyarzábal (Argentina), Fabrizio Vismara (Italia), Paula María All (Argentina), Michael Wallace Gordon (Estados Unidos), Gabriela Pereira Dos Santos (Brasil), John M. Wilson (Estados Unidos), Alfredo Mario Soto (Argentina), James F. Smith (Estados Unidos), Eduardo Picand Albónico (Chile), Ana Elizabeth Villalta (El Salvador), Silvia Marino (Italia), Camila Quintana (Chile), María Dolores Adam Muñoz (España) y George R. Díaz-Arrastia (Estados Unidos), por sólo citar a algunos.

Cabe resaltar también la importante participación de algunos funcionarios de organismos internacionales, tal es el caso de Lena Peters y Martín J. Stanford del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), así como de Spiros V. Bazina, de la Secretaría General de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés). Por todo lo anteriormente comentado, es innegable la invaluable aportación que la Revista Mexicana ha hecho a la doctrina nacional e internacional. A 25 años de iniciado este “apostolado epistolar”, era imposible dejar de recordar y agradecer a todos y cada uno de quienes han contribuido con sus valiosas aportaciones a la conformación de la Revista, tanto por sus estudios, como por sus reseñas editoriales, así como por sus comentarios a la legislación y jurisprudencia mexicana y extranjeras. A todos, a quienes nombré y no nombré -pero no por ello olvidé- les expreso mi sincera gratitud, pues a ellos la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado les debe lo que hoy es. Sirvan están palabras como homenaje a cada uno de ellos. Por último, a nombre personal y a nombre de la Academia Mexicana quiero reconocer y agradecer ampliamente la labor realizada por el Dr. Leonel Pereznieto como Director de la Revista a lo largo de estos 25 años, pues su trabajo y dedicación han sido esencial para la consolidación de la misma; de igual manera, hago un especial reconocimiento al apoyo brindado por el Dr. Jorge Alberto Silva en su elaboración y publicación. Gracias al trabajo conjunto de ambos la Revista ha alcanzado la fama debida a su gloria. Auguro a la Revista, muchos años más de vida, y con ellos, de páginas llenas de conocimiento, de análisis profundo, de crítica especializada, de transmisión de nuevas ideas y de memoria escrita sobre el desarrollo y evolución del derecho internacional privado. Que ca as palabras en sus páginas impresas hablen del buen nombre de las plumas que las escribieron y del nombre de la casa que las plasmó, la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado.

Elí Rodríguez Mtz.

Presidente de la Junta de Gobierno de la

Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C.

NOTA DEL EDITOR

Celebramos 25 años de vida de la Revista, que en su tipo hacen su arranque difícil y que puedan sostenerse en un ambiente tan reseco, con tan poca producción doctrinal, como el mexicano. Afortunadamente la Revista ha servido del foro ideal para la expresión de trabajos con ideas que enriquezcan a la materia. En todo caso, después de estos años es indispensable un relevo. La Revista ha sido mi preocupación constante desde hace 25 años y justo es, que me desatienda de ella en cuanto a la labor que hay que hacer del día a día. Pero lo importante, es que todo cambio implica nuevas ideas, nuevos aires y las buenas ganas de comenzar algo. En mi documento “Exposición de motivos” que me permití publicar en la sección de documentos de este número, relato mi vida con el DIPr. Y ahí, hago un sucinto relato de los arranques de la Revista, cuando todavía estas publicaciones eran necesariamente en papel.

Pues se ha dado un paso importante en la vida de la Revista se le conoce ampliamente en México, es el referente del conocimiento de nuestra materia en el País y ya tiene reconocimiento internacional, le falta y esa es tarea de los próximos años, incorporarla en el catálogo internacional de las mejores revistas a nivel mundial. Eso hará que un mayor número de autores publique en la Revista. Es interesante ver como miembros jóvenes de la Academia empiezan a hacer sus píenens con alguna reseña o alguna nota que gustosamente les publico en la Revista, después presentan algún trabajo aunque muy académico haya que publicar, hacerlo es la única forma de darle un sustento real a la Revista. Los miembros de número deberán ser los principales proveedores de trabajos para la Revista, hay que iniciar esa cultura que traerá muchos beneficios para todos los estudiosos de la materia.

No me queda más que desearle toda la suerte al Dr. James A. Graham como Editor de la Revista, a partir del número 46, número siguiente. Agradecer a los miembros del Comité Editorial su apoyo a través de los años y agradecer también a todos los que contribuyeron para que pudiéramos sacar adelante este número de aniversario de la Revista.

LPC

OBITUARIO-HOMENAJE

Este en realidad no es un obituario, es un homenaje In-Memoriam, porque se trata de recordar y recuperar el legado de los Académicos de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C. (AMEDIP) que participaron a lo largo de los 25 años de la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado cuyo primer número se publicó en octubre de 1996, respecto al cual escribió nuestro amigo y colaborador de esta academia el Dr. Pedro Pablo Miralles Sangro en el Boletín de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España (BFD): “ Se trata de la Revista de una Institución Jurídica de primera magnitud...un acontecimiento de particular relevancia por tratarse de una entidad científica, práctica y docente de sólida autoridad pública, mexicana e internacional, que realiza su trabajo desde hace casi treinta años (1968).”

En el año 2020 vimos partir a muchos amigos y en especial a tres grandes académicos que ya fueron recordados en nuestro número anterior con su referencia de vida, que fueron: la Dra. María Elena Mansilla y Mejía (ene-2020), el Lic. José Luis Siqueiros Prieto (mar-2020) y el Dr. Rodolfo Cruz Miramontes (mar-2020), quienes dejaron un vacío como personas, pero una enorme dote con su constante actividad en el mundo del Derecho Internacional Privado.

Por eso, en esta ocasión vale la pena recordar a estos y otros académicos que nos acompañaron con su presencia, su sapiencia y su hacer y que, durante estos 25 años nos enriquecieron con la enseñanza de nuestra materia en las diversas Universidades, en la investigación, en el ejercicio de la profesión de abogados, en el desarrollo y codificación de la doctrina de sus especialidad, como árbitros comerciales internacionales, en sus importantes aportaciones en los distintos foros internacionales en los que participaron activamente en todas las convenciones interamericanas. como la Conferencia Interamericana sobre Derecho Internacional Privado (CIDIP), la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, la Organización de las Naciones Unidas o en los trabajos relativos a la celebración del Tratado de Libre Comercio (TLC) entre México, USA y Canadá y el actual TMEC, en la administración de Justicia, al preparar y aportar cambios a las diferentes legislaciones por medio de la actividad de los académicos en los órganos jurisdiccionales mexicanos y en los diferentes trabajos y aportaciones escritas como apóstoles en los Seminarios que han sido semillero de estudiantes y profesores.

La mención de todos ellos, además de los antes citados, no se hace en orden de su edad, importancia o momento de partida sino como una relación y recuerdo del esfuerzo compartido a la Academia y en agradecimiento a su contribución al Derecho Internacional Privado.

Recordamos a Laura Trigueros Gaissman, Eduardo Trigueros, Víctor Carlos García Moreno, Carlos Arellano García, James E. Ritch, Julio Cesar Treviño, Mario Ruiz Moreno, Walter Fritch, Luis Nicolás, Manuel Rosales Silva, Ricardo Abarca Landero, Fernando Alejandro Vázquez Pando, Luis Fausto Ornelas, Enrique Quintanar, Jorge Aurelio Carrillo, y amigos mexicanos y extranjeros que colaboraron constantemente como: Friedrich K. Juenger, Jorge Vargas, Enrique Helguera y, Guillermo Gallardo Como es el caso de nuestro recordado Emmanuel Gaillard fallecido en el mes de mayo de 2021 ¡¡¡A todos ellos solo resta decir Gracias!!!

María Virginia Aguilar

DOCTRINA

PROS Y CONTRAS DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 1996 SOBRE LA COMPETENCIA, LA LEY APLICABLE, EL RECONOCIMIENTO, LA EJECUCIÓN Y LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

María Virginia Aguilar*

*Sumario: I.- Introducción II.- Antecedentes Internacionales de esta convención y
conceptos que contiene III.- Estudio de Pros y Contras IV.- Conclusiones V.
Bibliografía*

Resumen: En el presente trabajo se pretende estudiar los posibles beneficios y problemas que contiene esta convención, ya que por sí misma, contiene una enorme carga de conceptos, pretendiendo concluir cuál sería su aplicación en México.

Abstract: The purpose of this work is to study the possible benefits and issues that are constrained in this convention, given that the convention in itself contains an enormous number of concepts. By the end of this study, conclusions will be given about possible uses of those concepts in Mexico.

* Licenciada en Derecho egresada de la UNAM. Especialista en Derechos Humanos en la UNAM. Fundadora de: AB Abogados Asociados y Aguilar International Litigation, ambos despachos especializados en litigio internacional. Miembro de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, A. C. Ex presidente en el periodo 2013-2014 y de la Academia Euroamericana de Derecho de Familia. Profesora de Derecho Internacional Privado; Tratados y Contratos Internacionales en la Facultad de Ciencias Políticas de la UNAM. Miembro del Grupo de Asesores Jurídicos Externos de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Autora de varios artículos relacionados con el Derecho Familiar Internacional y del Manual de Derecho Familiar editado por Tirant Lo Blanch. El presente trabajo fue una ponencia presentada en el 43 Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado.

1. Introducción

Este trabajo trata primeramente de establecer la importancia de conocer y hacer un estudio objetivo de un documento convencional suscrito en la Haya, Me refiero al Convenio de 19 de octubre de 1996, relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de Niños, que fue adoptada por unanimidad en la Décimo Octava sesión plenaria en la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, el 18 de octubre de 1996 y quedó abierta a la firma a partir del 19 de octubre de ese año. Para facilitar la continuidad de este escrito, a partir de este momento lo refiero como CH/1996., ya que por su estructura y conceptos podría ser una herramienta útil para el poder judicial y para los operadores del derecho familiar, en el marco de la nueva normalidad, siempre y cuando se consideren los límites y los riesgos que también contiene, por lo que, el tema trata de pros y contras de este convenio.

Es de llamar la atención que un documento que es complementario de otros convenios en cuanto a la cooperación internacional para el cuidado de los menores, después de casi 25 años, únicamente se ha firmado por 49 Estados y está pendiente de ratificación en otros, a pesar de que sí se usan sus conceptos.¹

El interés del estudio de este documento convencional, es precisamente porque puede ser complementario de otros y porque sustituyó y conformó ausencias que era necesario establecer, por eso en una primera parte, hago notar la importancia de este documento que aun y cuando es complejo por sí mismo, ya que contiene diversos conceptos de derecho de familia en el aspecto del cuidado y protección de los menores como parte de la responsabilidad parental, su contenido puede ayudar a resolver las múltiples situaciones de problemas que se presentan en las familias internacionales o binacionales, en sus desavenencias, donde los niños siempre sufren la peor parte, sobre todo como consecuencia de la Pandemia que el mundo ha sufrido durante este año.

La forma de desarrollar el trabajo además de este preámbulo requiere de una segunda fase, que se refiere a sus antecedentes internacionales y revisar a qué documentos sustituyó y con cuáles es compatible y porque, al analizar someramente, el contenido de sus artículos pues es un tema que da para mucho tiempo de estudio y de conclusiones. Finalmente, en un tercer capítulo tratar de reconocer cuáles son los pros y las contras del documento internacional CH/1996 desde el punto de vista del análisis personal.

En cuanto a las conclusiones que se presentan al final, aclaro que son meras conjeturas sobre qué pasaría si México se adhiriera a este Convenio y si pudiera hacerlo con y sin los dos países del norte (Estados Unidos y Canadá), por ser estas naciones en razón de geografía, con las que tenemos el mayor número

¹ En España entró en vigor el 1 de enero de 2002 y provocó un proceso de comunitarización del DIPr que provocó el proceso de adhesión a este documento, mediante la Decisión del Consejo 2003/93/CE para invitar a la comunidad a firmar, ratificar y adherirse a esta convención en interés de la Comunidad Europea y hemos visto que en Uruguay, Paraguay y Ecuador es una herramienta que complementa al Convenio de 1980, sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.

de tratos y conflictos en general y en especial de relaciones familiares, por el número de paisanos que se encuentran ahí y por el tamaño de nuestra frontera norte.

2. Antecedentes Internacionales de esta Convención y conceptos que contiene

Como sabemos la conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado desde hace muchos años ha sido un estudioso de la protección de los niños, en todos los sentidos, y ha invitado a los Estados participantes de sus diferentes convenios a revisar sus legislaciones nacionales para armonizar los aspectos de Derecho internacional privado que puedan ser compatibles, este Convenio no es la excepción pero además toca aspectos de cooperación judicial para mejorar la protección de menores en las relaciones jurídicas entre los progenitores.

Tuvo su origen, precisamente en ese constante interés de protección de la infancia y se fue desarrollando desde finales de la segunda guerra mundial, en convenios como los de obligaciones alimenticias² como el reconocimiento y ejecución de decisiones en este aspecto, el de competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores³; en una temporada más actual y, siempre sobre la misma línea de resguardo, tenemos la convención sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional⁴ con la que es incluso compatible, así como, el convenio sobre la protección de los niños y la cooperación en materia de adopción internacional⁵. Estas últimas se ha firmado por más de 50 países, y en su aplicación varias de ellas son complementarias, como la de 2007 sobre cobro internacional de alimentos que es un concepto de protección de niños y con la de 1980 respecto a la residencia habitual, indica las exclusiones relacionadas con aspectos de fondo como la filiación y la de adopción, así como respecto a los bienes de los niños en fideicomisos y sucesiones porque algunos de estos conceptos no son compatibles con el objeto o fin del Convenio en estudio y amplía en mucho, el contenido del Convenio

² Los convenios sobre obligaciones alimenticias a favor de los niños de 2 de octubre de 1956 y 15 de abril de 1958, modernizados y amplificados por los de 2 de octubre de 1973 y el de cobro internacional de alimentos de 2007

³ Del 5 de octubre de 1961 que fue un convenio de 25 artículos y es el verdadero antecedente de necesidad de cambio para el de 1996.

⁴ Esta convención es la del 25 de octubre de 1980 y que puede ser complementada por la de 1996 en cuanto a las definiciones de residencia habitual y la competencia de ley para los casos en los que antes o después de un desplazamiento internacional se integran inevitablemente aspectos de fondo de la custodia.

⁵ El 29 de mayo de 1993, que entró en vigor el 1° de mayo de 1995 después de la firma de 15 Estados Parte

sobre la competencia de 1961 a la que absorbe y, todas las descritas nacen del marco legal general que está constituido por el convenio de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño⁶.

El documento convencional al que nos estamos refiriendo, la CH/1996, como se ha ido comentando, trató de corregir irregularidades o cuestiones prácticas que en otros convenios no se trataron o se quedaron cortos. En seguida reseño el contenido del convenio: contiene 63 artículos distribuidos en siete capítulos; en su primer capítulo, establece su objeto o fin que consiste en: a) determinar el Estado cuyas autoridades son competentes para tomar las medidas de protección de la persona o los bienes de los niños, b) la ley aplicable en el ejercicio de la competencia; c) la ley aplicable a la responsabilidad parental; d) asegurar el reconocimiento y la ejecución de las medidas de protección, de una forma muy ambiciosa como la propia convención lo dice “en todos los estados contratantes” y establecer la cooperación necesaria entre los estados para conseguir los objetivos.

En los primeros artículos establece el ámbito de aplicación y la edad de los niños a los que serán aplicables⁷, los conceptos de responsabilidad parental, y refiere las medidas previstas para la prevención⁸; conceptos, que como se acaba de manifestar, habían quedado sin una definición clara en otros convenios, como la residencia habitual⁹, y ahí también se encuentran las causas de excepción o de exclusión para la aplicación de este documento¹⁰.

El capítulo II. Aquí los artículos tratan sobre la competencia y es evidente que superaron al convenio de 1961 sobre este tema, La parte importante es que “los Estados tendrán una limitación de la competencia de sus autoridades”¹¹ en este punto, el principio o la regla general es que se reconoce como autoridades competentes a las de la residencia habitual, incluso cuando sean traslados ilícitos, caso contrario a la Convención de 1961 que daba competencia concurrente a las autoridades nacionales en caso de conflicto, lo que era gravemente contrario a la convención de 1980, la necesidad de que sea la autoridad de la residencia habitual estriba en que por hipótesis es la más próxima a la situación original del niño y la mejor enterada de sus necesidades y situación, sobre todo en menores binacionales o los que han sido trasladados ilícitamente.

⁶ Del 20 de noviembre de 1989, que ha tenido ya la firma de 187 países y que ha provocado cambios importantes en sus legislaciones nacionales.

⁷ Art. 2.- Es desde que nacen hasta los 18 años, distinto con la CH1980 que es hasta los 16 o la de 2007 de cobro internacional de alimentos que los establece hasta los 21 años.

⁸ Art.3.- Aspectos de cuidado y atención del menor, incisos de la a a) la g)

⁹ Artículos 5 y 7 de la CH/1996.

¹⁰ Artículo 4 de la CH/1996.

¹¹ Informe Explicativo de P. Lagarde sobre la CH/1996. Pág 11.

Establece medidas de protección para los menores refugiados, desplazados o sin residencia habitual, así como, en casos de urgencia o con situaciones estrictamente territoriales, se establece como juez competente al juez del vínculo más estrecho con el niño o el de residencia habitual, dejando atrás el concepto del juez de la nacionalidad, sobre todo en niños binacionales.

Propone para los casos de divorcio una competencia concurrente con el juez del foro donde se encuentre el menor y, en el caso de posible transferencia de competencia a un foro apropiado, a el foro de divorcio, pero con restricción exclusiva a la protección de la persona y bienes del niño¹².

El capítulo III trata sobre la ley aplicable, la regla es: “toda autoridad que adopta una medida de protección aplica su ley interna”, por ejemplo nos dice: “ Sin perjuicio del artículo 7 (sobre niños desplazados ilícitamente), son competentes para adoptar medidas de protección de la persona o bienes del niño, con carácter provisional y eficacia territorial restringida a este Estado, las autoridades del Estado contratante en cuyo territorio se encuentre el niño o el bien perteneciente a este...”¹³ Entonces, lo que se puede observar, es que ya no resuelve la ley nacional sino que unifica los criterios para que sea aplicable la ley que corresponde a la responsabilidad parental y que sea el mismo, el que dicte las medidas de protección, por lo que en caso de conflictos de movilidad ilícita corresponde resolver también a la ley aplicable a la responsabilidad parental. En este capítulo igualmente se encuentran las relaciones de autoridad ex lege¹⁴.

Lo novedoso de este convenio es que delimita diferentes conceptos como: la expresión “responsabilidad parental”¹⁵ asimismo, define qué se entiende por “Ley”, como el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes¹⁶, confirma el concepto de Guarda y de visita¹⁷ también considera el reenvío a la ley de un Estado no contratante que pueda o quiera aplicar su propia ley y, solo en caso que no la aplique, será la ley de la residencia habitual. Aclarando, algo que resulta interesante y oportuno, que si la ley aplicable es manifiestamente contraria al orden público y al interés superior del niño se excluye la aplicación de la ley de este artículo¹⁸.

¹² Artículos 5 a 10 de la CH/1996.

¹³ Artículo 12 de la CH/1996.

¹⁴ Artículos del 11 al 14 Medidas de Protección y el capítulo III inicia con Ley Aplicable del artículo 15 Artículo 23 CH/1996.

¹⁵ Artículo I.2, CH/1996. “comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño”.

¹⁶ Artículo 21.1 de CH/1996.

¹⁷ Artículo 3.b) de CH/1996.

¹⁸ Artículo 21.2 de CH/1996.

En el capítulo IV se trata sobre el Reconocimiento y Ejecución y ^{reglamenta} un concepto que era inexistente en la convención de 1961, que es el reconocimiento de las medidas de protección adoptadas en otro Estado contratante. Se expresa con claridad la diferenciación entre reconocimiento, ejecución, registro a fines de ejecución y la propia actuación de la ejecución (exequátur o registro), desde luego bajo los parámetros lógicos de evitar la revisión de los conceptos de fondo de la medida adoptada¹⁹.

No obstante, existe consideraciones especiales en todos los aspectos del reconocimiento y ejecución, ya que tienen en cuenta el interés superior del niño e incluso se puede denegar²⁰ si se encuentran que la medida fue considerada en contra del debido proceso, la posibilidad de ser oído tanto el niño²¹, si es contrario al orden público o al propio beneficio del menor e incluso si se dejan de respetar reglas de una acogida de menor en una Kafala o de protección legal en una institución análoga, que incluso admite una acción preventiva para el reconocimiento o no de una medida de protección²².

En el Capítulo V. Que trata sobre La Cooperación y, aunque habla por sí misma, vemos que nuevamente la Haya para facilitar el cumplimiento de las convenciones, adopta el concepto de Autoridad Central, que son las autoridades administrativas o judiciales que facilitan el cumplimiento del documento convencional, que si bien, es un acierto porque el mecanismo de cooperación tiene un procedimiento de seguimiento continuo entre las autoridades establecidas por los Estados parte, también, llega a ser un problema en países en los que las autoridades que podrían ser nombradas, por lo regular se encuentran saturadas de trabajo, con bajos sueldos y con exceso de obligaciones y poderes para accionar estos documentos²³.

En este capítulo se habilita una autoridad en cada estado contratante y se sientan las bases de su actuación incluso para el cuidado del niño y sus bienes y solo se pueden activar estos mecanismos, si son estados parte para la puesta en práctica las medidas de protección que establece este CH/1996, así como el respeto del derecho de visita y el derecho del niño a mantener contactos directos regulares con ambos progenitores.

Los servicios entre autoridades son gratuitos, pero brindan la oportunidad de repartir gastos en caso de que ambos estados se pongan de acuerdo, lo que resulta muy útil en tiempos como éste, que con las

¹⁹ Artículos 23.1, 24, 25, 26, 27 y 28 de CH/1996.

²⁰ Artículo 23.2 de CH/1996.

²¹ Que es una consideración especial la escucha del menor que se encuentra dentro de un juicio relacionado con él, artículo 12 de la CDN.

²² Artículo 24 de CH/1996.

²³ Artículo 29, con obligaciones del artículo 30 al 38 de CH/1996.

consecuencias del Covid-19, hay muchas economías devastadas. Este es precisamente uno de los efectos del contexto internacional actual.

En el capítulo VI. – Se refieren las disposiciones generales, que como su nombre lo indica, trata sobre diferentes conceptos, a saber: sobre las formas de continuidad y la facilitación del CH1996; precisa el tipo de relación entre los Estados con sistemas jurídicos federados o no unificados²⁴; la forma de aplicación en el tiempo; la confidencialidad de los datos de los Estados contratantes y las personas involucradas; los posibles conflictos entre convenios²⁵, es decir, que no es incompatible con el CH1980, que seguirá rigiendo en su objeto o fin de restituir un niño que fue ilícitamente sustraído o retenido, que no perjudica al CH1961 en cuanto a las medidas adoptadas, pero que, si sustituye en cuanto a la competencia de autoridades y ley aplicable; nuevamente establece que la ley aplicable es la del sistema o del conjunto de reglas con el que el niño presente el vínculo más estrecho, en atención a su beneficio superior; se establecen los idiomas (inglés y francés); las reservas²⁶ y las convocatorias para examinar el funcionamiento del Convenio.

El capítulo VII contiene las cláusulas finales que casi todos los documentos internacionales suelen tener, como que queda abierto a la firma, los estados depositarios, las adhesiones, la entrada en vigor que es el día primero del mes siguiente ala expiración un período de 3 meses después del deposito del tercer instrumento de ratificación o en el mismo tiempo después de su entrega de aprobación o adhesión y que puede ser denunciado y la forma de hacerlo, así como las formas de notificación al Estado depositario²⁷.

3. Estudio de Pros y Contras.

Me interesa demostrar primeramente los PROS o lo que pueda ser positivo de este documento convencional:

Como se puede observar de la descripción del convenio en principio no ofrece ninguna confusión en cuanto a conceptos del objeto que son:

- Competencia

²⁴ Artículos 40 a 56 y el 46 de CH/1996.

²⁵ Artículos 50 a 52 de CH/1996.

²⁶ Artículo 55 de CH/1996.

²⁷ Artículos 57 a 63 de CH/1996.

- Ley Aplicable
- Reconocimiento y Ejecución
- Medidas de Protección

El hecho de que sea un nombre tan largo permite que haya exactitud sobre lo que se pretende.

Este convenio sustituye al de 1961 sobre competencia y ley aplicable y establece conceptos más claros por lo que es un convenio eminentemente de derecho internacional privado y no de derecho material.

Es proteccionista del niño al grado de que muchas cosas dependen del interés superior del niño, que, al ser un concepto del Convenio de la ONU sobre los Derechos del Niño, que es el marco general de todos los relacionados con menores, ofrece mayor comprensión y posibilidad de ser incorporado a cualquier ley nacional.

Elimina el conflicto entre la ley de nacionalidad del niño y la de residencia habitual para el establecimiento de medidas de protección, incluso agregando la ley con la que el niño tenga mayor relación, lo que facilita la cooperación entre autoridades o la posibilidad de tener que establecer una norma de conflicto especial para niños.

El tratado estipula que autoridades pueden ser competentes, sin limitarlas, ya que pueden ser administrativas o judiciales, que pueden estar en cualquier punto del territorio, por lo que establece la competencia internacional y no así la interna. En esto es igual que la CH1980 ya que se establece entre el país requerido y el requirente el estado contratante y no una parte de éste.

Se considera no solo el cuidado de la persona del niño, sino también sus bienes, pero con posibilidad de que se establezcan reservas entre la responsabilidad parental o una medida de protección del niño, que pudiera ser incompatible con una medida respecto a los propios bienes del menor}

El convenio determina la ley aplicable a la responsabilidad parental ya sea como un concepto preciso o que se deba atender como una norma de conflicto de leyes, aunque esta no se establece como una regla general de reconocimiento. Es decir, la designación de “responsabilidad parental” analiza precisamente el encargo y compromiso de los padres sobre los hijos no como una relación de autoridad, sino en relación al cuidado y la representación del niño (*puissance*) en todo sentido, como autoridad parental, tutela, curatela, administración legal, custodia (*custody*) y guarda (*guardianship*), es decir, el documento es absolutamente claro en cuanto a “los derechos y obligaciones que le pertenecen al padre y a la madre en virtud de la ley, para cuidar a sus hijos y asegurar su desarrollo ²⁸”.

²⁸ “Los debates demostraron que la responsabilidad parental no era comprendida del mismo modo por todas las delegaciones porque la definición es amplia” pag.14 del informe explicativo. Lo cual es comprensible, en México tiene que ver con el concepto de Patria Potestad y todo lo que esta institución contiene en sus artículos 414 al 416 del Código Civil de la Ciudad de México.

El hecho de que el convenio establezca a las autoridades competentes como las de la residencia habitual es novedoso y compatible con los conceptos internacionales porque se encuentran en otros textos convencionales²⁹.

Al evitar la concurrencia de autoridades que puedan establecer medidas de protección sobre la persona o bienes del niño en Estados diferentes, evita confusiones y permite aun cuando al haber pasado a una nueva residencia habitual, se pueda cambiar y es un gran acierto no establecer una temporalidad para la decisión de dicha residencia, porque coartaría el concepto social de la decisión de vida de los padres, además, es una hipótesis más próxima a la autoridad que conoce mejor la situación del niño y la mejor enterada de sus necesidades, sobre todo en menores binacionales o trasladados ilícitamente.

Para los casos de urgencia, de desplazamiento, de falta de residencia habitual o la del vínculo más estrecho es oportuno tener la posibilidad que otros Estados puedan ser llamados a intervenir en la protección del niño, pero de una manera restrictiva, ÚNICAMENTE para adoptar medidas de protección de los niños, aunque pueda haber una competencia concurrente con el foro del divorcio, sin ser definitiva por cuestiones de nacionalidad.

La decisión de establecer la protección a partir del nacimiento evitó acudir al problema ético de la posibilidad de una interrupción voluntaria del embarazo o sobre el estatuto legal internacional sobre el embrión, ya que dejaron en libertad a cada Estado de reconocer las medidas dentro de su ley nacional sin obligarse a reconocer otras formas diferentes.

La edad de protección del niño se estableció en relación a la Convención de los Derechos del Niño, a los 18 años, es decir, hasta la mayoría de edad, sin entrar en las problemáticas de si son o no capaces por su ley interna y tener que definir por el conflicto de leyes de la competencia por su ley personal donde puedan ser niños mayores con posibilidad de emancipación por matrimonio. Que desde luego en México esta posibilidad es ya inexistente.

Se respeta la obligación de asegurar el bienestar superior del niño, que al ser un concepto internacional importante ha permeado en las legislaciones de muchos estados parte, así como el derecho a ser escuchados en todo proceso judicial o administrativo que les pueda afectar.

La convención no contiene disposición limitativa en el plano geográfico, en materia de conflicto de leyes, es aplicable a todos los niños que tengan su residencia habitual en un estado contratante, cualquiera que sea su nacionalidad o su residencia.

La enumeración de las medidas de protección, como pueden variar de estado a estado, son a modo de ejemplo tratando de ser lo más amplias posibles precisando que pueden ser de atribución, ejercicio, retirada total o parcial de la responsabilidad parental, ya que se trata de la obligación de cuidado del menor, independiente de si es una relación de autoridad o no.

²⁹ CH1980.

Igualmente, el tema de custodia y visitas se trato de que fueran nociones de derechos de los padres en el contexto de la responsabilidad parental instaurado por el convenio de los Derechos del Niño, por lo que en el texto en ingles se establecieron como residence order en lugar de custody y de Access en lugar de visitation or contact cuando se trata de entender los contactos a distancia de un progenitor con su hijo.

Se trato de establecer todas las medidas de protección como tutela, curatela u otras instituciones análogas en favor de los niños que perdieron a sus padres e incluso representantes en caso de conflicto de intereses y la existencia de familias de recepción o colocación de niños cuando no tengan padres, sin que tenga que operar la adopción, por ser un concepto tratado en otra convención.

Precisamente las exclusiones del artículo 4 pretenden por una parte evitar los conflictos entre convenios, pero también tiene evita problemas de interpretación y no entra a cuestiones relacionadas con responsabilidad civil, filiación donde depende de la ley personal determinada por el derecho internacional privado de la autoridad requerida o que tenga que haber calificaciones o impugnaciones relacionadas con el domicilio del demandante, y no, a favor de las autoridades de la residencia habitual del niño. Asimismo, se excluyeron las sucesiones y los fideicomisos y las prestaciones sociales por que implican desviaciones del Convenio, ya que en realidad su objeto es la protección de la infancia de una manera inmediata, por lo que los derechos de asilo en materia de inmigración también se excluyen porque van en contra del poder soberano de los estados, pero pueden velar por el derecho de asilo o de residencia como protección del niño.

En cuanto a los CONTRAS, también existen y pueden ser importantes, a saber:

En cuanto a la competencia, si bien se centraliza en las autoridades del Estado de residencia habitual, existe el riesgo y la posibilidad de decidir un cambio de residencia habitual por cuestiones de sustracción y en esta convención también la de la competencia para establecer medidas de protección para el niño. La explicación es: en un primer momento se dice que: “las autoridades tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes”, pero el supuesto del artículo 5.2, explica; “sin perjuicio de lo dispuesto en el 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual...”

El problema se provoca porque el artículo 7 establece la competencia de residencia habitual del lugar donde un menor tenía su residencia habitual hasta antes de un desplazamiento o retención ilícitos, que hasta aquí sigue la regla establecida por el CH1980, sin embargo, aclara al final “hasta el momento en que el niño adquiriera una residencia habitual en otro Estado.... Y continua en un inciso b) “el niño resida en este otro Estado por un periodo de al menos un año desde que la institución o cualquier otro organismo que tenga la guarda conozca o debiera haber conocido el lugar en que se encuentra el niño, sin que se encuentre todavía pendiente petición alguna de retorno...y el niño se hubiera integrado en su nuevo medio.”

Si bien la idea original es que el traslado o retención ilícito, de conformidad con el artículo 3 de la CH1980, no permite modificar la competencia de las autoridades donde tenía el niño su residencia habitual antes de ser removido, y son los que tienen el derecho de fijar medidas de protección de la persona o de los

bienes del niño, pero si perdura- dice la CH/1996- entonces, no puede ignorar, hasta el punto de privar a las autoridades del nuevo Estado, que se ha convertido en la nueva residencia habitual del niño, para convertirse en una competencia de protección.” Esta decisión es gravísima porque altera el área de excepción de la CH1980, ya que por una parte la protege y acepta los mismos preceptos en cuanto a la aceptación de desplazamientos ilícitos, no pueden establecer la integración de un niño a su nuevo medio, porque estarían prejuzgando, antes de que se decida la restitución del niño, lo que es contrario al artículo 16 de la CH1980.

Este concepto daría una vía de salida a todos los sustractores, porque se tardarían en aparecer un año y después alegarían que el niño está integrado para poder lograr cambiar la competencia. La primacía del convenio de 1980 soluciona el problema del derecho de guarda y al aceptar un posible cambio, pero, pone en peligro el cumplimiento de éste.

Otro contra es que, si bien del artículo 5 al 12 tienen conceptos muy interesantes, desde la general que “el cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante tiene como efecto en lo sucesivo hacer competentes a las autoridades de este otro Estado, salvo en los casos de desplazamiento ilícito”, hasta conceptos de materia procesal y de Derecho Internacional Privado, al hablar de competencia en casos de niños a los que no se les puede determinar residencia habitual o, niegan la existencia de competencias compartidas entre la residencia habitual anterior y la posterior, considera los casos de niños no acompañados, fugados, abandonados, las situaciones de urgencia para una protección duradera, la posible representación legal del menor, creando un foro de necesidad y, trata sobre la competencia del juez de divorcio, en caso de cambio de residencia habitual, así como planteamiento de riesgos, como el que la autoridad nuevamente competente tome rápidamente una medida que anule a aquella tomada, poco antes, por una autoridad competente anterior, que se puede considerar un riesgo agravado para un niño que de inicio fue protegido y que el próximo juez de su nueva residencia habitual pueda anular estas medidas. Lo anterior nos lleva a pensar que tantos foros como posibilidades, pueden llevar a decisiones equivocadas por parte del juez competente por tanta variedad.

Otro contra, se presenta cuando el cambio de residencia habitual del niño de un Estado contratante a otro, si las autoridades de la primera residencia habitual son requeridas para la adopción de una medida de protección, esta medida continúa y si la competencia de esta autoridad puede tomar pedidas posteriores por un cambio de residencia habitual, hasta donde hay una perpetuatio fori o si se les obliga a declararse incompetentes. En este caso el Convenio lo deja al procedimiento interno de cada Estado.

Otra situación que si bien de inicio ha sido positiva, puede tornarse en un problema y por tanto en una contra e incluso en la causa de evitar la adhesión a un Convenio, me refiero a la creación de las Autoridades Centrales, ya que por lo regular los Estados parte, sobre todo en América, tiene una capacidad económica restringida y si el Convenio indica que su trabajo de facilitador sea gratuito, lo pueden enviar a una institución pública para el desarrollo del trabajo pero, si esa institución es la Autoridad Central de más de dos Convenios, la solución puede volverse tortuosa o volver ineficaz el cumplimiento de ese convenio.

Otra situación contraria de este convenio es que se abstiene de proveer de medidas de protección a los mayores de edad incapaces, lo cual es contrario a la aceptación de las figuras de tutoría, curaduría, etcétera, que bien podrían colaborar en estos casos.

4. Conclusiones

PRIMERA: Una conclusión es en el sentido de que para México este Convenio será muy importante en tanto Estados Unidos llegue a firmarlo que aunque por la fecha es remoto que lo haga, porque nuestras relaciones de familia son más asiduas con este país; sin embargo, con el resto del mundo, pudiera ser útil para establecer medidas de protección para los niños, de inicio somos firmantes de diferentes documentos internacionales se sustituyen o suplen por el momento la necesidad.

SEGUNDA: Los foros de competencia pueden establecerse perfectamente con la Convención de Foro de la que sí somos parte, el reconocimiento y ejecución también está contemplado en la convención de la que ya somos parte, así como la adopción, que protege en la medida que se requiere en estos casos. Por otro lado, somos firmantes de la Convención de Cobro internacional de alimentos de 2007, que es también una medida de protección de niños, al ser un documento muy completo, debería de firmarse.

TERCERA: En Convenios tan amplios como el que se comenta, al no haberse firmado y tener tantos puntos de conexión con nuestra legislación interna podría ser oportuno crear soft law, mediante guías legislativas o seguir las guías de buenas prácticas y aplicar lo mejor que tenga en situaciones de niños binacionales o problemas de aplicación de más de una ley mediante los conceptos internacionales de Interés Superior del niño.

5. Bibliografía

1.- Convenio de la Haya, Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de responsabilidad Parental y de Medidas de protección de los Niño del 19 de octubre de 1996.

2.- Convención de la Haya Sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de Menores de 25 de octubre de 1980.

3.- Convención de la Haya Sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Menores del 5 de octubre de 1961.

4.- Convención de la ONU sobre los derechos del niño, noviembre de 1989.

5.- Convenio de la Haya, Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de responsabilidad

Parental y de Medidas de protección de los Niño del 19 de octubre de 1996.

6.- Convención de la Haya para el cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia del 23 de noviembre de 2007.

7.- Convenio de la Haya sobre acuerdos de elección de foro de 25 de noviembre de 1965.

8.- Convenio de la Haya Sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil y Comercial del 1 de febrero de 1975.

9.- Código Civil de la CDMX

10.- JIMENEZ BLANCO, Pilar. Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores. Universidad de Oviedo. Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires. 2008.Pp.10-11

LA RETENCIÓN ILÍCITA DEL MENOR EN UN CONTEXTO FAMILIAR TRANSFRONTERIZO: ASPECTOS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

David Carrizo Aguado*

Sumario: 1. Introducción: el Derecho de Familia en el escenario transnacional. 2. Caracteres esenciales del desplazamiento transfronterizo ilícito. 2. Marco regulatorio. 2.1. Escalafón europeo. 2.2. El Convenio de La Haya de 1996. 2.2.1. Observación preliminar. 2.2.2. Aspectos nucleares: la residencia habitual del menor. 2.2.3. Límite de actuación para los jueces: acatamiento del principio «favor minoris». 3. Reflexión final. 4. Elenco bibliográfico.

Resumen: Este artículo trata sobre el derecho de familia en un contexto transfronterizo y el incremento de asuntos en la jurisdicción de la familia, en los que existe al menos un elemento internacional, cuando surgen litigios internacionales en particular en lo que respecta a los hijos, y cuando existe la retención ilícita de un menor, surgen dudas acerca del país en que se debe juzgar.

Abstract: This article it's about family law in a cross-border context, and the increase in matters in the family jurisdiction in which there is at least one international element, when international litigation arises in particular with the children, and when there is the illegal retention of a minor, there are doubts about the country in which it should be tried.

* Profesor Ayudante Doctor (acreditado a Profesor Contratado Doctor) de Derecho internacional privado de la Universidad de León (España). Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales - AEPDIRI- y de la Associação Portuguesa de Direito Intelectual -APDI-.

1. Introducción: el Derecho de Familia en el escenario transnacional

El auge de la globalización ha incrementado el número de asuntos en la jurisdicción de familia en los que existe al menos un elemento internacional¹. De este modo, la creciente movilidad de los ciudadanos dentro y fuera de la UE ha conllevado un aumento considerable de familias con dimensión transnacional², en particular aquellas familias cuyos miembros presentan diferente nacionalidad o residen en Estados diferentes³.

De este modo, en el contexto europeo, la libre circulación de ciudadanos ha fomentado la creación de familias “internacionales”, en las que los padres tienen nacionalidades distintas o viven en un país distinto del país del que son nacionales. Cuando surgen litigios familiares, en particular en lo que respecta a los hijos, esto puede provocar dudas acerca del país en el que se debe juzgar el caso. La situación se complica aún más cuando se trata de ciudadanos que proceden de terceros países y en supuestos en los que los hijos residen en estos terceros países y se solicitan medidas respecto de los mismos por los padres residentes en un Estado miembro.

En los litigios con elemento extranjero debe tenerse en cuenta que, cada medida controvertida puede estar sometida a la aplicación en materia competencial de distintos instrumentos internacionales, lo que puede provocar dispersión jurisdiccional del pleito con la consecuencia negativa de multiplicación no solo de las normas aplicables, sino incluso, de los tribunales estatales competentes, pudiendo obligar a

¹ Comienza a constatare que las relaciones familiares experimentan una creciente internacionalización puesto que la libre circulación de personas conlleva, junto a la dimensión económica, derechos personales; en la sociedad globalizada en la que vivimos son muchos los problemas que afectan a menores (Vid. Rodríguez Vázquez, María Ángeles, “Los avances de la normativa comunitaria en materia de protección de menores”. *Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas. Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive*. Universidad de Sevilla. 2008. pp. 151-152).

² El Derecho de familia se ha visto afectado en las últimas décadas por los movimientos migratorios y la internacionalización de las relaciones privadas de las personas cuyas vidas se conectan con más de un país. Muchas dificultades se plantean, tales como el tratamiento de instituciones jurídicas extranjeras, la determinación de la ley aplicable al caso concreto o el reconocimiento del estado civil de unos países a otros (Vid. Azcárraga Monzonís, Carmen, “Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en un mundo globalizado”. *El Foro*. Número 15. 2014. pp. 99-116).

³ En este contexto, como pieza clave, condicionante y habilitante de la movilidad de las personas, se encuentra el derecho a la vida familiar que requiere conciliarse con el ejercicio del derecho a circular y a residir en otro Estado. La movilidad transfronteriza de personas requiere una adecuada protección de su derecho a la vida familiar, lo que implica, en consecuencia, la posibilidad de trasladarse y residir con los miembros de la familia en otro Estado (Vid. Jiménez Blanco, Pilar. “Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado”. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*. Número 35. 2018).

los particulares a tener que litigar en países distintos en función de la tutela judicial que se pretenda⁴. Es más, cada vez el protagonismo de las fuentes de producción institucional es mayor, lo que no obedece al clásico principio de jerarquía normativa sino a la coherencia del sistema jurídico que ha optado por dar un paso más hacia el sistema de la integración jurídica, en ámbitos caracterizados por la globalización en la conformación de las relaciones jurídicas. En efecto, en el marco de cesión de la soberanía a favor de las instituciones europeas, se están dando pasos muy importantes en la línea de la potenciación de las libertades comunitarias que principalmente en este ámbito, serían la libre circulación de personas, resoluciones judiciales y el respeto de los Derechos Fundamentales⁵.

Así las cosas, se debe tener en consideración que la presencia de un “ingrediente extranjero” en el proceso no implica necesariamente que se apliquen exclusivamente normas de Derecho internacional privado vigentes⁶, ni tampoco que la aplicación de las mismas sea correcta⁷. No obstante, nos hallamos ante un Derecho internacional privado de familia muy vivo, caracterizado por la actuación de diversas organizaciones internacionales⁸.

⁴ Santana Pérez, Emelina. “Experiencias de los tribunales en materia de responsabilidad parental y retención ilícita de menores: algunos retos y cuestiones controvertidas”. *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*. Madrid. Dykinson. 2017. p. 233.

⁵ Guzmán Peces, Monserrat. “La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español”. *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2018. pp. 243-244.

⁶ En el ámbito de la UE se ha propiciado la existencia de un Derecho internacional privado propio de la Unión, con apoyo en normativa unificadora y con una cada vez mayor proyección expansiva sin rechazar en modo alguno el recurso a cooperaciones reforzadas. Se trata de un marco normativo que ha alcanzado una notoria complejidad y que, en lo esencial, hace difícil su real puesta en práctica por parte de los operadores jurídicos (*Vid.* Forcada Miranda, Francisco Javier. “La creciente complejidad del Derecho internacional de Familia”. *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*. Número 106. 2014. p. 15).

⁷ En efecto, parece evidente que el acceso a una justicia de calidad depende en los supuestos internacionales en mayor medida del sustrato social, cultural y económico de los litigantes frente a los supuestos internos (*Vid.* González Beilfuss, Cristina. “Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas”. *Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro*. Madrid. Dykinson. 2017. pp. 199-201).

⁸ Por una parte, la UE se ha consolidado en un sector material que hasta hace bien poco le era ajeno, actuando con una perspectiva regional y universal. Se han adoptado numerosos Reglamentos, ejerciéndose al mismo tiempo la competencia exclusiva en el ámbito externo, para vincularse por los Convenios promovidos por la Conferencia de la Haya de Derecho internacional privado (*Vid.* Campuzano Díaz, Beatriz. “La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 5. Número 2. 2013, p. 263).

2. Caracteres esenciales del desplazamiento transfronterizo ilícito

Podemos definir el fenómeno de retención transfronteriza ilícita de un menor, como aquella situación en la que uno de los progenitores -el sustractor- sin el consentimiento del otro progenitor -aquel privado del menor- traslada o retiene a su hijo menor de edad desde el Estado donde este reside habitualmente a otro Estado diferente de manera ilícita, esto es, sin estar autorizado para hacerlo⁹. Se precisa que exista un efectivo desplazamiento internacional¹⁰ que aparte al menor del otro progenitor y, que dicho desplazamiento sea la causa de un efectivo cambio o variación sustancial del status del niño.

Como es sabido, se reputa ilícito el traslado cuando se realice con infracción de un derecho de custodia atribuido con arreglo al Derecho del Estado en que el menor tenía su residencia antes del traslado¹¹. Por este motivo, a la vista del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980¹² podrá pedir la restitución no sólo aquel progenitor que tenga un derecho de custodia en sentido estricto, sino también el progenitor que sea titular de un derecho de visitas. Es decir, el concepto «custodia» se corresponde con el derecho a elegir la residencia o domicilio

⁹ La configuración jurídica de la sustracción internacional de menores se construye sobre otras instituciones como la filiación o la custodia, cuya determinación preliminar resulta necesaria a los efectos de concluir si el traslado o la retención ilícitos se han producido efectivamente: *vid.* Azcárraga Monzonís, Carmen y Quinzá Redondo, Pablo. “Sustracción internacional de menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 10. número 2. 2018, p. 800.

¹⁰ Ese traslado internacional se utiliza para obtener la aplicación de las normas de Derecho internacional privado favorables para el progenitor que se apodera del niño. De este modo, los progenitores intentan conseguir por la vía de hecho la guarda y custodia que no se les confía de manera legal (*Vid.* Lorente Martínez, Isabel. *Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico*. Madrid. Dykinson. 2019, p. 9).

¹¹ Castelló Pastor, José Juan. “Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 10. Número 1. 2018, p. 563.

¹² Instrumento de Ratificación del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980 (BOE n° 202, de 24 de agosto de 1987). El número de Partes contratantes del Convenio son 101 a 19 de julio de 2019: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/status-table/?cid=24> En cuanto a los objetivos, características y relación con otros Convenios, *vid.* Informe explicativo de Dña. ELISA PÉREZ VERA: <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf>

Una interpretación aislada del Convenio de la Haya de 1980, sin referencia a los tratados aplicables sobre derechos humanos, se ha convertido en una práctica de antaño (*Vid.* Celis Aguilar, María Mayela. “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*. Volumen 13. 2020. p. 232).

del menor; esta matización, en opinión de ciertos autores, abre el espectro de la casuística a muchos más supuestos¹³.

A su vez, ha constituido piedra angular en esta materia, la Circular 6/2015 de la Fiscalía General del Estado español. Fruto de su análisis, podemos atisbar que es extensa y en general bien fundamentada; de esta manera, en ella se debe encontrar la adecuada acogida en su aplicación práctica, esencialmente por parte de los Fiscales, sobre todo en lo que concierne a la prioritaria asistencia de los mismos a la vista¹⁴.

Por tanto, la sustracción que discurre desde la óptica puramente del Derecho internacional privado se produce cuando un progenitor altera deliberadamente la situación jurídica establecida respecto del menor, de manera que cuando lo traslada a otro país irregularmente, inevitablemente, hay un cambio de residencia¹⁵, suponiendo ello una situación compleja para retornar a la situación legal previa¹⁶. En efecto, se trata de una situación transfronteriza en la que el menor se ve implicado y demanda una especial protección jurídica¹⁷.

¹³ Asimismo, conviene constatar que, no es necesario que exista una previa resolución judicial que otorgue un determinado derecho de guarda o régimen de visitas, ya que lo que verdaderamente se protege es el efectivo ejercicio de un derecho de custodia o régimen de visitas, y con ello, el mantenimiento del *statu quo* del menor, lo cual puede suceder en una mera separación de hecho (Vid. Serra Muñoz, María. “La sustracción internacional de menores en España”. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Número 909. 2015. versión *on line*).

¹⁴ Así pues, más que de prioritaria asistencia deberíamos hablar de obligatoriedad que ha de evitar hipotéticos futuros vicios de nulidad en los procesos (Cfr. Forcada Miranda, Francisco Javier. “El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)”. *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*. Número 3. 2016, p. 10).

¹⁵ Un cambio de residencia habitual del menor como el que se produce como consecuencia de un secuestro internacional puede otorgar competencia con base en el Reglamento (CE) 2201/2003 a los tribunales de otro Estado miembro para pronunciarse acerca de los derechos de custodia y visita. No obstante, ante el peligro de legalizar una sustracción ilícita se contempla la prórroga de competencia otorgando la misma a los órganos del Estado de la residencia habitual del menor anterior al traslado, *vid.* Sabido Rodríguez, Mercedes. “La sustracción de menores en derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03”. *Anuario de la Facultad de Derecho*. Número 22. 2004. p. 319).

¹⁶ Muñoz Cuesta, Javier. “Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, *Actualidad jurídica Aranzadi*. Número 934. 2017. p. 6.

¹⁷ Se están produciendo muchos casos en los que, bien el padre, o bien la madre de los hijos habidos en el matrimonio en crisis, o en la pareja en crisis, abandonan el domicilio familiar y se marchan a otro lugar. La devolución del menor o del hijo, si se trata de países fuera de la Unión Europea, en los que los derechos y la seguridad jurídica es relativa, se torna muy complicada (Vid. Soto Rodríguez, María Lourdes. “El secuestro interparental”. *Diario La Ley*. Número 8418. 2014, versión *on line*).

3. Marco regulatorio

3.1. Escalafón europeo

En sede de competencia judicial internacional, la regulación de la sustracción internacional de menores en la Unión Europea conlleva la aplicación conjunta del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000¹⁸ y del Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980¹⁹ para la tramitación de la orden de retorno en el Estado al que el menor ha sido trasladado²⁰. Conviene poner de manifiesto que, el Reglamento (CE) 2201/2003 quedará derogado a partir del 1 de agosto de 2022 por el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores²¹.

¹⁸ DOUE n° 338, de 23 de diciembre de 2003. Se observa que la incorporación de la sustracción internacional de menores en el Reglamento (CE) 2201/2003 ha provocado que se trate de una materia comunitarizada, de forma que los Estados miembros tendrán que contar con una Propuesta de Decisión del Consejo para declarar la aceptación de la adhesión de Estados no miembros al Convenio de la Haya de 1980 en interés de la Comunidad (*Vid.* Herranz Ballesteros, Mónica. “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”. *Revista Española de Derecho Europeo*. Número 44. 2012. Versión *on line*). El Reglamento (CE) 2201/2003 no sólo completa la regulación del Convenio de La Haya, sino que la mejora. Así, introduce en materia de competencia judicial internacional foros de competencia que no existían sino implícitamente en el citado Convenio de La Haya (*Vid.* Reig Fabado, Isabel. “El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno *vs* violencia familiar o doméstica”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 10. Número 1. 2018. p. 614).

¹⁹ Una de las premisas básicas del Convenio es que el debate en torno al fondo del asunto, es decir, el derecho de custodia impugnado, debe iniciarse ante las autoridades competentes del Estado en el que el menor tenía su residencia habitual antes del traslado (*Vid.* Forcada Miranda, Francisco Javier. “La creciente complejidad del Derecho internacional de Familia”. *Familia y sucesiones: cuaderno jurídico*. Número 106. 2014. pp. 18-19). La finalidad de tal norma no es otra que garantizar la inmediata devolución del menor al Estado de la residencia habitual antes de ser trasladado ilícitamente a otro Estado parte. Ahora bien, este objetivo podría implicar que los intereses de los menores se vean quebrantados si la obligatoriedad impuesta por esta norma llegara a suponer a corto o largo plazo consecuencias perjudiciales para el menor (*Vid.* Moreno Cordero, Gisela. “Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor. *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 632).

²⁰ Tanto la restitución como el retorno constituyen actuaciones que pueden realizarse individualmente, al término del proceso de sustracción, con independencia de la probable complementariedad de ambas en un momento ulterior (*Vid.* Calaza López, María Sonia. “El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores”. *Diario La Ley*. Número 8564. 2015, versión *on line*).

²¹ DOUE L 178/1, de 2 de julio de 2019. El nuevo texto del Reglamento 1111 es mucho más claro por lo que respecta a la relación entre instrumentos normativos. Contiene un precepto, el artículo 96, que claramente estipula que los traslados y retenciones ilícitos intracomunitarios seguirán rigiéndose por el Convenio de La Haya de 1980. Dicho precepto indica

A estos dos textos normativos hay que añadir, por un lado, el Convenio Europeo relativo al reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980²², el cual posee un papel secundario, tanto por el contenido concreto de sus soluciones, cuanto por el número de Estados contratantes que se encuentran vinculados por sus disposiciones²³. Esta norma tiene como fin la lucha contra la sustracción ilícita a través del exequatur. Funciona del siguiente modo: cuando se ha infringido una sentencia que atribuye la custodia o el derecho de visita a ciertas personas, tales personas pueden instar en el país donde se encuentre el menor, el exequatur de la sentencia que establece el régimen de custodia o visita del menor. Logrado dicho exequatur, la sentencia o pronunciamiento judicial se ejecutará en el país donde se halla el menor, de modo que se puede ordenar el retorno del mismo al país desde donde fue ilícitamente trasladado²⁴. Por otro, el Convenio entre el Reino de España y el de Marruecos en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997²⁵. En dicho texto, el criterio de la nacionalidad juega un papel importante, pues a tenor de su artículo 2 se aplicará a todo menor de dieciséis años no emancipado que posea la nacionalidad de uno de los dos Estados firmantes²⁶.

Todas estas normas aspiran, en definitiva, a potenciar el regreso inmediato del menor que, en último término, suponga la satisfacción del interés superior de este²⁷, con el cumplimiento de las máximas

adicionalmente que los capítulos III y IV del Reglamento contienen disposiciones que completan a las del Convenio. Vale la pena resaltar que el nuevo Reglamento establece que las decisiones ejecutivas dictadas en un Estado de la Unión se ejecutan en los demás Estados sin declaración previa de ejecutividad: *vid.* el magnífico estudio de la novísima regulación en materia de sustracción internacional de menores en, González Beilfuss, Cristina. “La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111”. *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*. Thomson Reuters-Civitas. Navarra. 2020. pp. 383-398.

²² Instrumento de ratificación de 9 de mayo de 1984 (BOE. n° 210, de 1 de septiembre de 1984).

²³ Álvarez González, Santiago. “Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva”. *Derecho privado y Constitución*. Número 16. 2002. p. 61.

²⁴ Calvo Caravaca, Alfonso-Luís y Carrascosa González, Javier. “Protección de menores”. *Derecho Internacional Privado*. 18ª ed. Volumen II, Granada. Comares. 2018. pp. 491-492.

²⁵ BOE n° 150, de 24 de junio de 1997. Entrada en vigor del Convenio (BOE n° 151, de 25 de junio de 1999).

²⁶ Pías García, Esther. “Los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bilateral con Marruecos”. *Congreso jurídico sobre traslado ilícito de menores*, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país. Zaragoza. 2001. p. 69. Es de lamentar que el primer tratado bilateral específico concluido por España no se haya configurado como convenio doble, pues solo controla la competencia del tribunal de origen en el supuesto de que se trate de una resolución dictada en ausencia del demandado o de su representante legal (Cfr. Moya Escudero, Mercedes. *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*. Granada. Comares. 1998. p. 203-204).

²⁷ La evaluación y la determinación del interés superior del niño deben tener en cuenta el principio de proporcionalidad. En tanto este principio no sea incorporado expresamente a la legislación y las Administraciones no actúen conforme al mismo no se podrá garantizar dicho interés, incluso aunque la legislación formalmente incorpore muchas de las previsiones de las Directrices. El enfoque de flexibilidad en la respuesta de cuidado alternativo es también una exigencia del interés superior del

garantías y en defensa de sus derechos más fundamentales²⁸. Sin embargo, un consolidado sector doctrinal estima que, los instrumentos jurídicos sobre sustracción internacional de menores, tan necesarios y relevantes para evitar estos desplazamientos, corren el riesgo de dar lugar a situaciones materialmente injustas para el menor sustraído, si en su texto y aplicación no se atiende al contexto y a la realidad que comporta la violencia de género²⁹.

3.2. El Convenio de La Haya de 1996

3.2.1. Observación preliminar

La mayor parte del conjunto de casos de sustracción internacional de menores son una manifestación trágica y dolorosa de una crisis matrimonial o de pareja. En este marco de actuación, la retención transfronteriza, frente a las situaciones estrictamente internas, posee como elemento distintivo el desplazamiento o traslado del menor a cargo del sustractor con el fin de encontrar un sistema legal de cobertura distinto y más favorable a sus intereses.

Para evitar múltiples perjuicios y, en aras de preservar el interés superior del menor, el Convenio de La Haya de 1996 blinda la competencia en esta materia a favor de los tribunales de la residencia habitual del menor. Si bien, la gran diversidad de causas que subyacen en el secuestro de menores no deben ser ignoradas a la hora de proponer la solución más adecuada.

Como indica su título, este texto convencional regula fundamentalmente tres tipos de cuestiones: la determinación de las autoridades competentes para adoptar las medidas de protección, la determinación de la ley aplicable a la adopción de dichas medidas, así como el reconocimiento y, en su caso, la

niño: *Vid.* Martínez García, Clara. El derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España. Aldeas Infantiles SOS de España. 2020, p. 52.

²⁸ Debe entenderse que todas las medidas adoptadas por los jueces deben estar enfocadas a tramitar un regreso rápido del menor desde nuestro país, tanto cuando está aquí retenido ilícitamente, como cuando lo está en otro Estado miembro y las autoridades españolas ordenan su regreso a España (en cuanto Estado miembro de residencia habitual del menor antes de su traslado ilícito). En cambio, cuando el menor deba regresar a nuestro país desde otro Estado miembro en el que el menor está retenido ilícitamente, el regreso se llevará con arreglo a las medidas fijadas por su normativa interna, de ahí la importancia de la cooperación interestatal para que, en todo caso, el regreso del menor se lleve con éxito y con salvaguarda de su interés (*Vid.* Espinosa Calabuig, Rosario. “Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y algunas ausencias”. *Revista española de derecho internacional*. Volumen 68. Número 2. 2016. p. 350 y p. 352).

²⁹ Ruíz Sutil, Carmen. “El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista”. *Aproximación interdisciplinaria a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*. Navarra. Thomson Reuters Aranzadi. 2019. p. 632; Requejo Isidro, Marta. “Secuestro de menores y violencia doméstica en la Unión Europea”. *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Número 6. 2006. pp. 179-194.

declaración de ejecutividad de las medidas adoptadas por las autoridades de un Estado contratante en los demás Estados contratantes. Su ámbito material se circunscribe a la responsabilidad parental y a las medidas de protección de la persona o de los bienes del niño, entendiéndose por tal los comprendidos entre el momento de su nacimiento y hasta que cumplen los 18 años de edad (art. 2), siendo indiferente que se hallen sometidos o no a patria potestad.

3.2.2. Aspectos nucleares: la residencia habitual del menor³

El traslado del menor a fin de que permanezca en otro Estado con el consentimiento de ambos progenitores implicará la modificación de su residencia habitual y, en consecuencia, el cambio de las autoridades que serán competentes en su caso para decidir las cuestiones relativas al menor.

Cuando el traslado del domicilio se produce con el acuerdo de ambos progenitores, la decisión parece adoptarse en un contexto en el que no hay crisis familiar y, por tanto, son asuntos que no plantean controversia jurídica. Son las situaciones de declive familiar las que, sin duda, suscitan los contratiempos más importantes cuando se trata de decidir uno de los elementos más importantes en la vida de un menor: el lugar de su domicilio y, sobre todo, cuando supone determinar si este ha de situarse en un Estado, a veces muy alejado, en todos los sentidos, de aquel en el que tiene su residencia habitual³⁰.

Según este Convenio, son competentes para adoptar medidas tendentes a la protección de la persona o bienes de un menor, las autoridades del Estado de residencia habitual de aquél, excepto si las autoridades del Estado del que el menor es nacional consideran que sus normas internas son más beneficiosas para el interés del menor. También, establece que, en caso de cambio de residencia habitual del menor, de un Estado contratante a otro, las medidas protectoras adoptadas por las autoridades de la anterior residencia habitual permanecerán en vigor hasta que las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual las reemplacen³¹. En definitiva, se trata de vincular la adopción de las medidas protectoras a aquel lugar en el que el menor tenga su centro de actividad en el momento en que necesite de protección.

³⁰ Herranz Ballesteros, Mónica. “Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 11. Número 2. 2019, p. 648.

³¹ El elemento territorial del *ámbito personal* de aplicación del Convenio puede variar según la cuestión de la que se trate. Así, en relación con la determinación de la *competencia* de las autoridades, aun cuando el criterio general es que el menor tenga su residencia habitual en un Estado contratante (arts. 5, 7, 10), en ocasiones es suficiente con que se encuentre en un Estado parte en el Convenio (arts. 6, 11, 12) o simplemente que posea bienes en uno de los Estados contratantes (arts. 11, 12) –también pueden ser competentes las autoridades de un Estado miembro que se hallan «mejor situadas» para apreciar el interés superior del niño (Estado de la nacionalidad del niño, en el que se sitúan bienes del niño, en el que se conozca una demanda de nulidad, separación o divorcio de los padres del niño, o con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho) (arts. 8 y 9)–. En el ámbito de la *ley aplicable*, es indiferente que el menor tenga su residencia en un Estado parte, pues las normas de conflicto del capítulo III se aplican con carácter universal (art. 20): *Vid.* Garau Sobrino, Federico, F. “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 3. Número 1. 2011. p. 289.

De esta suerte, la norma objeto de análisis, otorga un destacado papel procesal al menor siendo la residencia habitual el criterio de determinación de foros competenciales, de modo que, el principal factor vinculante es la localización de aquella. En consecuencia, la residencia habitual del menor es el eje gravitatorio del sistema que decide la competencia judicial internacional, además del carácter lícito o ilícito del traslado o la retención y, en último término, y en función de su concreción o modificación si se producirá finalmente o no el retorno inmediato del menor³².

Interesa poner de manifiesto una eventual colisión entre el Convenio de La Haya de 1996 con el Reglamento (CE) 2201/2003, supra citado. Precisamente, el Convenio de La Haya de 1996 se aplica en las relaciones entre Estados de la UE y países terceros que han ratificado el texto convencional en las cuestiones de determinación de la competencia internacional cuando el niño afectado resida habitualmente en un Estado parte del convenio que no sea miembro de la UE. El Convenio no se aplicará para determinar la competencia internacional cuando el niño sea nacional de un Estado no miembro de la UE parte en el Convenio, *exempli gratia*, Marruecos, pero tenga su residencia habitual en un Estado miembro, como, por ejemplo, España.

3.2.3. Límite de actuación para los jueces: acatamiento del principio «favor minoris»

A este respecto, debe entenderse que, el concepto de «residencia habitual», ha de ser interpretado en función del interés superior del menor como un criterio de ponderación abierto y un principio necesario inspirador de todas las actuaciones judiciales³³.

Entre los elementos de interés de protección del menor en tales situaciones se han destacado por el Tribunal Supremo español³⁴ aspectos como la valoración del apego que tiene el menor con quien solicita el traslado, la aptitud del progenitor para conseguir al menor bienestar, así como procurarle un entorno

³² Piénsese que este elemento fundamenta la demanda de restitución por cuanto esta solo prosperará si el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes del traslado o la retención ilícitos en el Estado donde se presenta (*Cfr.*: Reig Fabado, Isabel. “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 11. Número 1. 2019, p. 887.

³³ Bartolomé Cenzano, Jose Carlos. “Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español”. *Revista sobre la infancia y la adolescencia*. Número 3. 2012. p. 50; Chéliz Inglés, María del Carmen. “El interés superior del niño en los supuestos de sustracción internacional de menores. Análisis jurisprudencial en el marco del convenio de la Haya 1980”. *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*. Navarra. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 342.

³⁴ En el ámbito de los mecanismos de restitución, cabe referirse a dos cuestiones problemáticas: a) la inadmisibilidad del recurso de casación; y b) la denominada regla de “competencia judicial internacional negativa, *vid.* Caamiña Domínguez, Celia María. “Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España”. *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*. Volumen 2. Rapid Color. Murcia. 2019. pp. 587-605.

familiar, económico y de protección adecuado, el establecimiento de un apropiado régimen de visitas que venga a paliar la limitación de las relaciones del menor con el progenitor que no se traslada y el otorgamiento de opinión de los menores³⁵.

A tenor de esta última consideración, no debe caer en baldío que los menores pueden expresar su opinión libremente y que su parecer puede ser tenido en cuenta para los asuntos que les afecten, si bien únicamente en función de su edad y madurez³⁶. Pero ello implica que, incumbe al juez que haya de resolver sobre la restitución del menor apreciar la oportunidad de tal audiencia, en la medida en que los conflictos que hacen necesaria una decisión en cuanto a la atribución de la custodia de un menor a uno de los progenitores, y las correspondientes tensiones, constituyen situaciones en las que la audiencia del menor, por cuanto requiere, llegado el caso, puede resultar inapropiada, incluso perjudicial para la salud psíquica del niño, pues a menudo se ve sometido a dichas tensiones y padece sus efectos dañinos³⁷.

Sobre este particular es preciso apuntar que, el respeto del principio del interés superior del menor debe considerarse como regla general con el fin de que el menor retorne con celeridad³⁸ al lugar de su

³⁵ Vid. la sólida jurisprudencia del Tribunal Supremo en torno al interés de protección del menor en caso de traslado de su domicilio al extranjero junto con unas magníficas valoraciones en, Herranz Ballesteros, Mónica. "Traslado de domicilio del menor a otro país. Doctrina del Tribunal Supremo". *El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado*. Volumen 2. Rapid Color. Murcia. 2019. pp. 567-586.

³⁶ El tiempo biológico no puede medirse según criterios generales, dada la estructura intelectual y psicológica de los menores y la rapidez con la que esta evoluciona: vid. STJUE de 11 de julio de 2008, asunto C-195/08 PPU, asunto *Rinau* (EU:C:2008:406). La decisión adoptada en el asunto *Rinau* es la primera que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea canaliza procesalmente a través del procedimiento prejudicial de urgencia previsto para los asuntos relacionados con el espacio de libertad, seguridad y justicia. Un procedimiento que trata de responder a la celeridad y rapidez que requieren determinados pronunciamientos en este ámbito (Vid. Sabido Rodríguez, Mercedes. "Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro". *Diario La Ley*. Número 7066. 2008. Versión *on line*). En esta misma línea, la clave del caso reside en la circunstancia de que el tribunal del Estado miembro en el que el menor se encuentra ilícitamente retenido decide la restitución del menor tras haber dictado previamente una resolución de no retorno, que había sido notificada al tribunal del Estado miembro de origen (Vid. Caamiña Domínguez, Celia María. "Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau". *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 2. Número 2. 2010. pp. 222-235).

³⁷ Vid. STJUE de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 PPU, *Aguirre Zarraga* (EU:C:2010:828). En consideración de un sector doctrinal, cuando el Tribunal de Justicia analiza en concreto el derecho del menor a expresar su opinión en el asunto de autos encuentra el bálsamo de la oportunidad judicial que se dio a la menor de ser oída, vid. al respecto Álvarez González, Santiago. "Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído". *Diario La Ley*. Número 7578. 2011. Versión *on line*.

³⁸ La exigencia de celeridad es obvia si se asume que, de lo que se trata en casos de sustracción internacional de menores es de retornar rápidamente al menor al lugar del que fue sustraído para permitir que el órgano jurisdiccional con competencia para resolver cuestiones de fondo pueda resolver lo que en Derecho proceda evitando así que el sustractor pueda buscar de propósito órganos jurisdiccionales de conveniencia alterando el orden internacional de decisión preestablecido (Cfr. Forcada Miranda, Francisco Javier. "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)". *Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado*. Número 3. 2016. p. 9). El criterio de la inmediatez se concreta en la necesidad de que las autoridades competentes adopten una decisión sobre la restitución del niño al Estado de su residencia habitual (Vid. Ortiz Vidal, María Dolores. "Sustracción internacional de menores y derecho al respeto a la vida privada y familiar: celeridad e interés superior del

residencia habitual inmediatamente anterior al traslado o retención, dejando para un procedimiento diferente la concreta determinación de la custodia³⁹.

Como confirma un sólido sector doctrinal, los derechos de los niños y su interés superior deben permanecer como objeto principal en todos aquellos ámbitos que le incumben⁴⁰. Sin embargo, en los casos en que la residencia habitual del niño cambia con frecuencia, es dudoso que una orden de devolución realmente sirva al interés superior del niño⁴¹. En ningún momento debe eludirse el derecho fundamental que posee el menor de mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre⁴², cuyo respeto se confunde incontestablemente con un interés superior de todo menor⁴³.

Convenientemente, asentada doctrina española, considera que, una apropiada resolución de las *relocation disputes*⁴⁴ contribuiría a una mejor defensa del interés superior del niño y permitiría reducir los casos «difíciles» de sustracción, que se caracterizan, por ser supuestos en los que el traslado parece, habida cuenta de las circunstancias, una solución adecuada, censurable únicamente por su carácter

menor". *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*. Valencia. Tirant lo Blanch. 2019. pp. 141-144).

³⁹ Ázcárraga Monzonís, Carmen. "Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 52/2018, de 17 de abril". *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 11. Número 1. 2019. p. 677.

⁴⁰ González Martín, Nuria. "Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez)". *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*. Número 29. 2015. p. 4. *Id.* "Mediación ante el "grave riesgo" en la sustracción internacional parental de menores". *El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad*. Navarra. Thomson Reuters Aranzadi. 2019. pp. 255-274.

⁴¹ Antomo, J. "International child abduction or homecoming: HCA caught between the best interests of the child and general prevention". *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Volumen 39. Número 5. 2019. pp. 405-406.

⁴² *Vid.* apartado 3, artículo 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 364/1, de 18 de diciembre de 2012).

⁴³ En todo caso, considerar que una medida que obstaculiza que se mantengan de forma periódica relaciones personales y dificulta el contacto directo con ambos progenitores sólo podría estar justificada por otro interés del menor de tal entidad que primara sobre el protegido por el mencionado derecho fundamental, *vid.* STJUE de 23 de diciembre de 2009, asunto C-403/09 PPU, *Detiček* (EU:C:2009:810).

⁴⁴ Las disputas relativas al cambio del domicilio de menores reciben la denominación de *relocation disputes*. Este término es acuñado por el Prof. Dr. Santiago Álvarez González, "Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles". *Cooperación Jurídica internacional*. Número 5. Colección Escuela Diplomática. Madrid. 2001. pp. 125-136.

unilateral, lo que implícitamente exige que existan cauces jurídicos suficientemente conocidos y fiables para efectuar los desplazamientos lícitamente⁴⁵.

Estableciéndose una conexión necesaria entre el criterio de la residencia habitual del menor y el principio del interés superior del niño se puede afirmar que ambas variables generalmente no tienen un carácter absoluto⁴⁶. De hecho, hay autores que estiman que, existen tantas excepciones a la competencia basada en la conexión residencia habitual del menor -conexión principal-, que este dato, unido a la falta de una calificación autónoma de la misma, confieren una gran complejidad a los supuestos de responsabilidad parental⁴⁷. Es más, resulta extremadamente difícil cerrar la concreción de un concepto fáctico modulado por el principio del interés superior del menor que necesariamente debe concretarse ex casu en atención al conjunto de las circunstancias de cada supuesto⁴⁸.

En definitiva, se enfatiza que el interés del menor varía de niño a niño, el cual, es profundamente situacional y que cambia con el paso del tiempo, incluso en relación con el mismo menor⁴⁹.

4. Reflexión final

El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos cuando se haya producido con infracción de un derecho de custodia o cuando este derecho se ejercía en forma efectiva en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

⁴⁵ Cfr. González Beilfuss, Cristina. “El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*”. *Revista española de derecho internacional*. Volumen 62. Número 2. 2010. p. 73.

⁴⁶ Quiñones Escámez, Anna. “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. Número 4. 2004. p. 6.

⁴⁷ Guzmán Peces, Monserrat. “Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (CE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares”. *La Ley Unión Europea*. Número 67. 2019. Versión *on line*.

⁴⁸ En este sentido, el enfoque centrado en el menor y la flexibilización del criterio temporal, así como la utilización de elementos fácticos en una apreciación casuística han resultado las claves para la construcción progresiva de un concepto autónomo de residencia habitual del menor (Cfr. Reig Fabado, Isabel. “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”. *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 11. Número 1. 2019. pp. 887-888).

⁴⁹ Ello nos lleva a cuestionar la conveniencia o no del establecimiento de criterios generales, más o menos vinculantes para el aplicador de la norma, destinados a minimizar la vaguedad o indeterminación del concepto y que pretenden servir de guía para la concreción del interés del menor en cada caso concreto (Cfr. García Rubio, María Paz. “Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor”. *Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*. Navarra. Thomson Reuters-Civitas, 2020, pp. 1075-1090).

El caso prototípico resulta ser el de un padre o una madre que tras su ruptura decide trasladar al niño a su país de origen, en muchas ocasiones, aprovechando unas vacaciones consensuadas. Se vulnera así el derecho de custodia o de visita, según los casos, del otro progenitor, y deja a este en una difícil situación, ya que tiene que reclamar la devolución de su hijo a un Estado extranjero.

Ante el surgimiento de un litigio familiar, en particular en lo que respecta a los hijos, esto puede provocar dudas acerca del país en el que se debe juzgar el caso y del efecto transfronterizo de cualquier resolución al respecto. Ciertamente, el menor nunca debe quedar sin que un órgano jurisdiccional proteja sus intereses y salvaguarde sus derechos fundamentales.

La competencia a favor de los tribunales de la residencia habitual del menor antes del traslado, hacen que sean estos jueces los idóneos para proteger los derechos inherentes del menor. La situación espacial del juzgador, próxima al núcleo o centro de vida del niño, conllevará a que el pronunciamiento no fragmente la integración del menor de su entorno social y familiar, y, por ende, vele para que sus nexos afectivos queden garantizados. Indudablemente, la sustracción transfronteriza de menores no puede conducir a la obtención de una nueva residencia habitual, a menos que todas las personas titulares de la responsabilidad parental hayan dado su conformidad al traslado o la retención.

5. Elenco bibliográfico

Álvarez González, Santiago. "Interés del menor y cooperación jurídica internacional en materia de desplazamiento internacional de menores: los casos difíciles". *Cooperación Jurídica internacional*. Número 5. Colección Escuela Diplomática. Madrid. 2001. pp. 125-136.

--: "Desplazamiento internacional de menores, procedimiento de retorno y tutela judicial efectiva". *Derecho privado y Constitución*. Número 16. 2002. p. 61.

--: "Desplazamiento ilícito de menores dentro de la UE. Supresión del exequátur y derechos del niño a ser oído". *Diario La Ley*. Número 7578. 2011. Versión on line.

Antomo, J. "International child abduction or homecoming: HCA caught between the best interests of the child and general prevention". *IPRax: Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. Volumen 39. Número 5. 2019. pp. 405-406.

Azcárraga Monzonís, Carmen y Quinzá Redondo, Pablo. "Sustracción internacional de menores y Convenio de la Haya de 1980. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas (Sección 3ª) núm. 377/2017, de 29 de junio". *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 10. número 2. 2018, p. 800.

Azcárraga Monzonís, Carmen, "Relaciones familiares internacionales. Nuevos retos en un mundo globalizado". *El Foro*. Número 15. 2014. pp. 99-116.

--: "Sustracción internacional de menores. Asunto vinculado con Suiza y España. Comentario de la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección 1ª) núm. 52/2018, de 17 de abril". *Cuadernos de derecho transnacional*. Volumen 11. Número 1. 2019. p. 677.

Bartolomé Cenzano, Jose Carlos. "Sobre la interpretación del interés superior del menor y su trascendencia en el derecho positivo español".

Revista sobre la infancia y la adolescencia. Número 3. 2012. p. 50.

Caamiña Domínguez, Celia María. "Las resoluciones de restitución de menores en la Unión Europea: el caso Rinau". Cuadernos de derecho transnacional. Volumen 2. Número 2. 2010. pp. 222-235.

--: "Sustracción internacional de menores. Aplicación por el Tribunal Supremo de los instrumentos internacionales vigentes para España". El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado. Volumen 2. Rapid Color. Murcia. 2019. pp. 587-605.

Calaza López, María Sonia. "El nuevo régimen jurídico de la sustracción internacional de menores". Diario La Ley. Número 8564. 2015, versión on line.

Calvo Caravaca, Alfonso-Luís y Carrascosa González, Javier. "Protección de menores". Derecho Internacional Privado. 18ª ed. Volumen II, Granada. Comares. 2018. pp. 491-492.

Campuzano Díaz, Beatriz. "La política legislativa de la UE en DIPr de familia. Una valoración de conjunto". Cuadernos de derecho transnacional. Volumen 5. Número 2. 2013, p. 263.

Castelló Pastor, José Juan. "Excepciones legales al retorno del menor en los supuestos de sustracción internacional". Cuadernos de derecho transnacional. Volumen 10. Número 1. 2018, p. 563.

Celis Aguilar, María Mayela. "El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia". Anuario Colombiano de Derecho Internacional. Volumen 13. 2020. p. 232.

Chéliz Inglés, María del Carmen. "El interés superior del niño en los supuestos de sustracción internacional de menores. Análisis jurisprudencial en el marco del convenio de la Haya 1980". El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española. Navarra. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 342.

Espinosa Calabuig, Rosario. "Traslado o retención ilícitos de menores tras la reforma de 2015: rapidez, especialización y algunas ausencias". Revista española de derecho internacional. Volumen 68. Número 2. 2016. p. 350 y p. 352.

Forcada Miranda, Francisco Javier. "La creciente complejidad del Derecho internacional de Familia". Familia y sucesiones: cuaderno jurídico. Número 106. 2014. p. 15.

--: "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional: La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte I)". Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado. Número 3. 2016. p. 9.

--: "El nuevo proceso español de restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional. La decidida apuesta por la celeridad y la novedosa Circular de la Fiscalía 6/2015 (Parte II)". Bitácora Millennium DIPr: Derecho Internacional Privado. Número 3. 2016, p. 10.

Garau Sobrino, Federico, F. "Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño". Cuadernos de derecho transnacional. Volumen 3. Número 1. 2011. p. 289.

García Rubio, María Paz. "Aproximación al significado, contenido y alcance del interés del menor". Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas. Navarra. Thomson Reuters-Civitas, 2020, pp. 1075-1090.

González Beilfuss, Cristina. "El traslado lícito de menores: las denominadas relocation disputes". Revista española de derecho internacional. Volumen 62. Número 2. 2010. p. 73.

--: "Experiencias de los tribunales españoles en los procesos relativos a crisis matrimoniales: algunos retos y cuestiones controvertidas". Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia

española y perspectivas de futuro. Madrid. Dykinson. 2017. pp. 199-201.

--: "La sustracción de menores en el nuevo Reglamento 2019/1111". Relaciones transfronterizas, globalización y derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas. Thomson Reuters-Civitas. Navarra. 2020. pp. 383-398.

González Martín, Nuria. "Sustracción internacional parental de menores y mediación. Dos casos para la reflexión: México (amparo directo en revisión 903/2014) y los Estados Unidos de América (Lozano V. Montoya Álvarez)". Revista electrónica de estudios internacionales (REEI). Número 29. 2015. p. 4.

--: "Mediación ante el "grave riesgo" en la sustracción internacional parental de menores". El derecho frente a la violencia dentro de la familia. Un acercamiento multidisciplinar a la violencia de género y la protección de los hijos menores de edad. Navarra. Thomson Reuters Aranzadi. 2019. pp. 255-274.

Guzmán Peces, Monserrat. "La competencia judicial en materia de nulidad, separación y divorcio; responsabilidad parental y sustracción civil de menores en Derecho internacional privado español". Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos derecho español y de la Unión Europea. Estudio normativo y jurisprudencial. Valencia. Tirant lo Blanch. 2018. pp. 243-244.

--: "Cuestiones problemáticas en torno a la litispendencia en el Reglamento (CE) 2201/2003 en el ámbito de las crisis familiares". La Ley Unión Europea. Número 67. 2019. Versión on line.

Herranz Ballesteros, Mónica. "Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores". Revista Española de Derecho Europeo. Número 44. 2012. Versión on line.

--: "Análisis del consentimiento del progenitor al desplazamiento o la retención del menor en un

estado distinto al de su residencia habitual. Su interpretación en el auto de la Audiencia Provincial Barcelona (Sección 18ª) de 27 de noviembre". Cuadernos de derecho transnacional. Volumen 11. Número 2. 2019, p. 648.

--: "Traslado de domicilio del menor a otro país. Doctrina del Tribunal Supremo". El Tribunal Supremo y el Derecho internacional privado. Volumen 2. Rapid Color. Murcia. 2019. pp. 567-586.

Jiménez Blanco, Pilar. "Movilidad transfronteriza de personas, vida familiar y Derecho internacional privado". Revista electrónica de estudios internacionales (REEI). Número 35. 2018.

Lorente Martínez, Isabel. Sustracción internacional de menores. Estudio jurisprudencial, práctico y crítico. Madrid. Dykinson. 2019, p. 9.

Martínez García, Clara. El derecho a crecer en familia. La necesaria transformación del sistema de protección a la infancia en España. Aldeas Infantiles SOS de España. 2020, p. 52.

Moreno Cordero, Gisela. "Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor. Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2019, p. 632.

Moya Escudero, Mercedes. Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores. Granada. Comares. 1998. pp. 203-204.

Muñoz Cuesta, Javier. "Aspectos civiles de la sustracción internacional de menores", Actualidad jurídica Aranzadi. Número 934. 2017. p. 6.

Pías García, Esther. "Los Convenios de La Haya, Luxemburgo y Bilateral con Marruecos". Congreso jurídico sobre traslado ilícito de menores, Asociación para la recuperación de niños sacados de su país. Zaragoza. 2001. p. 69.

Ortiz Vidal, María Dolores. "Sustracción internacional de menores y derecho al respeto a la vida privada y familiar: celeridad e interés superior del menor". El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales. Valencia. Tirant lo Blanch. 2019. pp. 141-144.

Quiñones Escámez, Anna. "Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)". InDret: Revista para el Análisis del Derecho. Número 4. 2004. p. 6.

Reig Fabado, Isabel. "El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno vs violencia familiar o doméstica". Cuadernos de derecho transnacional. Volumen 10. Número 1. 2018. p. 614.

--: "La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores". Cuadernos de derecho transnacional. Volumen 11. Número 1. 2019, p. 887.

Requejo Isidro, Marta. "Secuestro de menores y violencia doméstica en la Unión Europea". Anuario Español de Derecho Internacional Privado. Número 6. 2006. pp. 179-194.

Rodríguez Vázquez, María Ángeles, "Los avances de la normativa comunitaria en materia de protección

de menores". Hacia un derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas. Verso un diritto internazionale privato europeo: risultati e prospettive. Universidad de Sevilla. 2008. pp. 151-152.

Ruíz Sutil, Carmen. "El menor sustraído ilícitamente en contextos internacionales de violencia machista". Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia. Navarra. Thomson Reuters Aranzadi. 2019. p. 632.

Sabido Rodríguez, Mercedes. "La sustracción de menores en derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03". Anuario de la Facultad de Derecho. Número 22. 2004. p. 319.

--: "Restitución de un menor retenido ilícitamente en otro estado miembro". Diario La Ley. Número 7066. 2008. Versión on line.

Santana Pérez, Emelina. "Experiencias de los tribunales en materia de responsabilidad parental y retención ilícita de menores: algunos retos y cuestiones controvertidas". Justicia civil en la Unión Europea. Evaluación de la experiencia española y perspectivas de futuro. Madrid. Dykinson. 2017. p. 233.

LA (DES) APRECIACIÓN CONJUNTA DE LOS CONVENIOS DE LA HAYA DE 1980 Y 1996 POR EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL PERJUICIO AL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Aline Beltrame de Moura* & Carla Lerin**

1. Introducción. 1.1. Las medidas de protección previstas en los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 en lo relativo a la sustracción ilícita de menores. 1.2. Las excepciones del artículo 13 del Convenio de La Haya de 1980 en la jurisprudencia del TEDH. 1.3. Las consecuencias de la no aplicación del Convenio de La Haya de 1996 por el TEDH en caso de retorno inmediato del niño a su país de origen. 4. Conclusión.

Resumen: Mediante el estudio de la jurisprudencia del TEDH, al interpretar el artículo 8 del CEDH en los casos de secuestro ilegal de menores, se propone analizar la importancia de la aplicación del Convenio de La Haya de 1996, con relación a las medidas de protección para el retorno del niño al país de residencia habitual, cuando los países sean signatarios del Convenio.

Abstract: By studying the jurisprudence of the TEDH, when interpreting Article 8 of the CEDH in cases of illegal kidnapping of minors, it is proposed to analyze the importance of the application of the 1996 Hague Convention, in relation to the protection measures for the return of the child to the country of habitual residence, when the countries are signatories to the Convention.

* Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC), Brasil. Coordinadora del Jean Monnet Network "Bridge" y del Módulo Jean Monnet en la UFSC. Doctora por la Università degli Studi di Milano, Italia. E-mail: aline.moura@ufsc.br.

** Alumna de Maestría en Derecho en el Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina. Becaria CAPES. E-mail: carla_lerin@hotmail.com.

1.Introducción

Históricamente, el niño no era reconocido como sujeto de derechos, se necesitaron muchas luchas y un largo período de tiempo hasta llegar a ser visto como tal. Un hito importante en esta batalla es la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, que reconoció al niño como un personaje importante en la esfera internacional, seguida en 1989 por la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual ha sido ratificada por 196 países y representa actualmente la Convención de Derechos Humanos con mayor adhesión en el mundo.

En este sentido, en el marco del Derecho Internacional Privado, se adoptaron los Convenios de La Haya de 1980 (CH1980) y de 1996 (CH1996), siendo el primer el Convenio sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Menores y el segundo el Convenio relativo a la Competencia, a la Ley Aplicable, al Reconocimiento, a la Ejecución y a la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, ambos salvaguardan el principio del interés superior del niño previsto por los Instrumentos de Derecho Internacional.

De este modo, el presente artículo tiene por objeto analizar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al interpretar el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) sobre el derecho al respeto de la vida privada y familiar, en los casos en que los órganos jurisdiccionales nacionales no hayan respetado la excepción de grave riesgo prevista en el artículo 13 del CH1980 al decidir la restitución inmediata del menor, buscando observar la importancia de la aplicación del CH1996 para garantizar el principio del interés superior del niño en lo que se refiere a las medidas de protección para el retorno del niño a su país de residencia habitual, cuando los países miembros sean signatarios del Convenio.

Se analizarán tres leading cases sobre el tema entre los años 2010 y 2020, justificándose la elección de ese lapso temporal debido al hecho de que fue en 2010, en el juicio *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, que los jueces de Estrasburgo inician la consolidación del actual entendimiento del Tribunal con relación a el CH1980, importante instrumento de diálogo con el CH1996. A su vez, en el caso *X. c. Letonia*, en 2013, el Tribunal se enfrenta a un litigio importante que involucra a los Estados parte del CH1996 y tiene la oportunidad de examinar directamente la cuestión de las medidas de protección del menor previstas en el artículo 11. Así ocurre también con el juzgado más actual del Tribunal, del año 2019, conocido como caso *O.C.I. and Others v. Romania*, en el que ambos Estados involucrados son partes del CH1996. Sin embargo, la situación presentada se diferencia de las demás por implicar violencia doméstica, así que es imprescindible su análisis para comprender acerca de la posibilidad de aplicación de las medidas de protección del menor establecidas en el artículo 11 del CH1996 frente a este escenario.

La presente investigación se justifica en la medida en que se propone comprender la forma en que el CH1996 viene aplicándose en la práctica por los tribunales y sus efectos en cuanto a la protección de los menores.

Así, por medio del método inductivo, con técnicas de investigación bibliográfica y documental, se busca, en la primera parte del artículo, analizar las previsiones de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 en lo que se refiere a la sustracción ilícita del menor y, en particular, a las medidas de protección previstas para, en un segundo momento, examinar el modo como la jurisprudencia del TEDH protege el principio del interés superior del niño al analizar las excepciones previstas en el artículo 13 del CH1980 y, al final, analizar la jurisprudencia del TEDH para comprender los perjuicios legales derivados de la no aplicación del CH1996 cuando se produce el retorno inmediato del niño a su país de origen.

2. Las medidas de protección previstas en los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 en relación con la sustracción ilícita de menores.

El CH1980 surgió como forma de resolución de conflictos, por medio de la cooperación jurídica internacional entre las autoridades centrales de cada Estado Miembro del Convenio, para combatir la sustracción internacional de niños por sus progenitores de forma más ágil y eficaz¹. En este sentido, el Convenio destaca sus principales objetivos en su artículo 1º, que consisten en el retorno inmediato del menor que ha sido transferido o está retenido ilegalmente en otro Estado Contratante y el respeto efectivo del derecho de custodia y visita².

Estos objetivos dejan claro que el Convenio trata de restablecer el status quo, estableciendo como regla el retorno inmediato del menor a su país de residencia habitual, donde, en teoría, se cumpliría el principio del interés superior del niño. Ya que este retornaría a su ambiente de origen y no necesitaría enfrentar los desafíos de una realidad diferente de la que estaba insertada, como, por ejemplo, el choque de culturas y la inserción en una lengua desconocida³.

Sin embargo, este principio adoptado por el Convenio es el mismo defendido y propagado por la Declaración Universal de los Derechos del Niño, que destaca como derechos fundamentales del menor

¹ PINHEIRO, Máisa Sampietro. Aspectos gerais da Convenção de Haia de 1980 sobre Sequestro Internacional de Menores. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio), Rio de Janeiro, 2015. Disponible en: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/26429/26429.PDF>>. Acceso en: 30 ago. 2020. p. 10.

² CONFERÊNCIA DE HAIA. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças. Haia, 1980. Disponible en: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>>. Acceso en: 30 ago. 2020.

³ STF, Supremo Tribunal Federal. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional De Crianças Comentada. Disponible en: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acceso en: 30 ago. 2020

el crecimiento saludable, su desarrollo, su protección integral, libre de cualquier forma de explotación, además de la integración familiar y social⁴. Asimismo, este principio también es adoptado por la Convención sobre los Derechos del Niño⁵, que destaca en su artículo 3 (1) que

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño

En consecuencia, en algunos casos el retorno inmediato del menor no es la solución que mejor atiende a sus intereses. Para tanto, el CH1980 trajo en sus artículos 13 y 20 algunas excepciones que impiden el retorno inmediato del menor. Cabe destacar, exclusivamente para este artículo, la excepción del grave riesgo que está prevista en el artículo 13 (1)(b) y que será analizada de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH en el segundo tema de este escrito⁶.

De hecho, esta excepción modifica el escenario construido por el Convenio como regla principal y da lugar a una nueva interpretación del principio del interés superior, impidiendo la exposición del menor y frente a situaciones de peligro físico, psicológico o situaciones intolerables⁷. Esta excepción es la más utilizada como medio de defensa del progenitor que retiene al niño, sin embargo, encuentra resistencia en el momento de su interpretación. Pues bien, el Convenio no aporta una noción específica del significado del término "grave riesgo", dejando la decisión a cargo de los tribunales nacionales que, por su parte, disponen de visiones diferenciadas, lo que provoca una inseguridad normativa⁸.

De esta manera, en los casos de sustracción internacional de niños, la interpretación del CH1980 se dará, en el escenario internacional, junto con la Convención de los Derechos del Niño, en el marco del Consejo de Europa, con el artículo 8 del CEDH y también en el ámbito de la Unión Europea de acuerdo con el Reglamento 2201/2003 del Consejo Europeo, conocido como Reglamento de Bruselas II-A. Dicho esto, el TEDH ha recibido a lo largo de los años varios casos propuestos tanto por la parte que ha sustraído o retiene al menor, como de la parte que recibió el menor sustraído. Las dos partes cuestionan la decisión

⁴ SANTOS, Francisco Cláudio de Almeida. A proteção da criança e a convenção da Haia de 1980. In: III Congresso Paulista de Direito de Família do IBDFAM-SP, 3, 2009, São Paulo, Anais...São Paulo: BDJur, 2009, p.01-18. Disponible en: <<https://www.cjf.jus.br/caju/879.10.14.pdf>>. Acceso en: 30 ago. 2020. p.02.

⁵ ACNUDH, Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>>. Acceso en: 05 sept. 2020.

⁶ CONFERÊNCIA DE HAIA.1980.

⁷ PÉREZ-VERA, Elisa. Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention. 1982. P. p.51. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/a5fb103c-2ceb-4d17-87e3-a7528a0d368c.pdf>>. Acceso en: 31 ago. 2020.

⁸ DE SOUSA, Mafalda Paulino Gomes. Convenção de Haia relativa ao rapto internacional de crianças: A noção de perigo do artigo 13 al. B) e o interesse da criança. Dissertação (Mestrado Forense) - Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa. Lisboa, 2013. Disponible en: <<http://hdl.handle.net/10400.14/14560>>. Acceso en: 01 sept. 2020.

de los tribunales nacionales indagando sobre la violación del artículo 8 del CEDH, que establece el "Derecho al respeto de la vida privada y familiar"⁹.

De esta forma, ante estas circunstancias, otro Instrumento de Derecho Internacional Privado se hace relevante cuando la cuestión implica el interés superior del niño, especialmente en materia de protección del menor cuando se trata de su restitución a su Estado de residencia habitual¹⁰. Siendo este instrumento, el CH1996, que posee 52 Estados contratantes¹¹ y actualmente recibe cada vez más la adhesión de nuevos países¹².

Este Convenio establece en su artículo 11 (a) que "En todos los casos de urgencia, las autoridades de cualquier Estado Miembro del territorio en el que esté situado el niño o su patrimonio tienen la jurisdicción para tomar cualquier medida necesaria de protección"¹³. Este artículo también constituye una excepción a la regla que figura en el artículo 7 del mismo Convenio, que, a su vez, dispone sobre la retirada, retención ilegal del niño y la competencia para conocer la acción, que será del Estado en el que el niño residía habitualmente antes de su traslado. Luego, estando en armonía con el CH1980¹⁴.

Aunque el CH1996 no deja claro cuáles podrían ser considerados los casos de urgencia, se observa el artículo 11 cuando la aplicación de la norma puede causar daños irreparables al menor¹⁵. Por consiguiente, este artículo puede aplicarse para que haya una restitución segura del menor en los casos en que se alega la situación de grave riesgo prevista en el artículo 13(1)(b) del CH1980, si los Estados son contratantes del CH1996¹⁶. Cabe destacar, por tanto, el entendimiento adoptado en la Séptima Reunión

⁹ KELLER, Helen; HERI, Corina. Protecting the Best Interests of the Child: International Child Abduction and the European Court of Human Rights. Leiden, *Nordic Journal of International Law*, v.2, n.84, 2015, p.270-296. Disponible en: <https://brill.com/view/journals/nord/84/2/article-p270_6.xml> Acceso en: 03 sept. 2020.

¹⁰ HCCH. Hague Conference on Private International Law. Séptima reunión de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños octubre de 2017. Disponible en: <<https://assets.hcch.net/docs/13a63e16-fdf4-488b-9368-123c96cdf67.pdf>>. Acceso en: 03 sept. 2020. p.05.

¹¹ HCCH. Hague Conference on Private International Law. Status Table, 2019. Disponible en: <<https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/status-table/?cid=70>>. Acceso en 03 sept. 2020.

¹² HCCH, Hague Conference on Private International Law. 2017.p.38.

¹³ HCCH, Hague Conference on Private International Law. *Convenção relativa à Competência, à Lei aplicável, ao Reconhecimento, à Execução e à Cooperação em matéria de Responsabilidade parental e de medidas de Protecção das Crianças*. 1996.

¹⁴ LAGARDE, Paul. Explanatory Report on the 1996 Hague Child Protection Convention, n° 36. 1996. Disponible en: <<https://www.hcch.net/pt/publications-and-studies/details4/?pid=2943>>. Acceso en 03 sept. 2020. p. 567.

¹⁵ LAGARDE, Paul. 1996. p. 567.

¹⁶ HCCH. Hague Conference on Private International Law. 2017. p.39.

de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de 1980 y 1996, que establece que la utilización del CH1996 aliado a el de 1980 es imprescindible para

Proteger al menor y velar por su bienestar durante el procedimiento de restitución en el Estado Requerido [...]; Responder al problema de que el menor no sea protegido adecuada y eficazmente tras su restitución al Estado requirente; Garantizar la protección del menor en el Estado de residencia habitual hasta que las autoridades de ese Estado adopten medidas para protegerlo¹⁷.

De este modo, se comprende que los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 están estrechamente vinculados y, por medio de ellos, el principio del interés superior del niño puede lograrse más fácilmente. A tal fin, cabe analizar, en primer lugar, las principales decisiones del TEDH para comprender acerca de la interpretación de la excepción contenida en el artículo 13(1)(b) del CH1980, cuando se cuestiona con relación al artículo 8 del CEDH, y posteriormente, se comprobará la jurisprudencia del mismo Tribunal, cuando los Estados forman parte del CH1996, para obtener información sobre los perjuicios legales causados en el momento de la no aplicación de dicho Convenio.

3. La excepción del artículo 13(1)(b) del Convenio de La Haya de 1980 en la jurisprudencia del TEDH.

Para el análisis de la jurisprudencia se utilizarán los principales casos juzgados por el TEDH entre 2010 y 2020, que tratan de la excepción prevista en el artículo 13(1)(b) del CH1980 y que ayudan a comprender la aplicación del principio del interés superior del niño.

Por lo tanto, el primer caso a analizar es *Neulinger and Shuruk v. Suiza*, juzgado en 2010. En este caso, Isabelle Neulinger, de nacionalidad suiza, se casó en Israel con el israelí Shai Shuruk y de esa unión nació su hijo Noam Shuruk. Bajo el temor de que el padre del niño lo llevara a una comunidad ultraortodoxa y radical, Neulinger presentó una demanda ante el tribunal local de Tel Aviv, el cual prohibió el traslado del hijo del país hasta su mayoría de edad, dejando, sin embargo, la custodia temporal con la madre y la tutela para ambos padres¹⁸.

Sin embargo, debido al comportamiento amenazador desarrollado por el padre, sus derechos de acceso al menor fueron restringidos. En consecuencia, Neulinger y Shuruk se divorciaron y ella se fue a Suiza con su hijo, Noam Shuruk. En medio del proceso de restitución impulsado por el padre sobre la base del

¹⁷ HCCH. Hague Conference on Private International Law. 2017. p.39-40.

¹⁸ TEDH. *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application no. 41615/07), Grand Chamber. 2010.

CH1980, la madre se defendió alegando la excepción prevista en el artículo 13(1)(b), por último, la corte suiza decidió por el retorno del niño a Israel¹⁹.

Como consecuencia de ello, la madre insatisfecha con la decisión presentó un recurso ante el TEDH, el cual, tras el curso del procedimiento por otras instancias, aceptó la remisión del asunto para el juicio ante la Gran Cámara, que juzgó a favor de la solicitud de la madre al considerar que se había infringido el artículo 8 del CEDH, o sea, el "respeto a la vida privada y familiar". Pues, el niño ya estaba adaptado a la nueva realidad, ya que vivía en Suiza hace 4 años. De esa forma, trasladarlo de vuelta a Israel, traería perjuicios al niño, incumpliendo con su interés superior²⁰.

De hecho, esta sentencia se hace imprescindible de análisis, ya que modifica el pensamiento de la corte, que pasa a interpretar de forma más amplia el artículo 13(1)(b) del CH1980, lo que deja margen para que otras situaciones se encajen en la excepción de grave riesgo. Además, el tribunal indicó, en el apartado 139 de la decisión, que los tribunales nacionales deberían llevar a cabo un análisis en profundidad de la situación familiar en la que está involucrada el niño, observando todos los factores, psicológicos, emocionales, materiales, entre otros, para encontrar la mejor solución para el menor²¹.

El segundo caso por analizar es *X v. Letonia*, también juzgado por la Gran Cámara del TEDH en 2013. En este, la autora X de nacionalidad letona y australiana se relacionó con T. en el año 2004, con quien no estaba casada, y al año siguiente dio a luz a una niña, sin embargo, esta no poseía el nombre del padre en su registro. Con el fin de la relación en 2008, la autora se trasladó a Letonia con la niña, que en aquella época tenía 3 años y cinco meses. Luego, T. propuso una demanda en una Corte en Australia pidiendo el reconocimiento de paternidad, la cual fue aceptada reconociendo que T. poseía responsabilidad parental conjunta con X, lo que permitió que el Tribunal Australiano enviara una solicitud de regreso de la niña al tribunal letón, de conformidad con el CH1980, que, a su vez, decidió de acuerdo con el Tribunal de Justicia de Australia²².

Sin embargo, la madre X. interpuso recurso contra la decisión alegando la excepción de grave riesgo contenida en el artículo 13(1)(b) del CH1980 y presentando un informe profesional que ponía en evidencia el riesgo psicológico de la menor en caso de separación de la madre. Además, la madre afirmó también que no podría volver a vivir en Australia. Sin embargo, el órgano jurisdiccional nacional no aceptó la alegación, ya que no cumplía los requisitos del artículo 13(1)(b) del CH1980, al determinar la restitución de la menor al padre. La madre entonces recurrió al TEDH, que dictaminó que se había

¹⁹ TEDH, 2010.

²⁰ TEDH, 2010.

²¹ TEDH, 2010.

²² TEDH. *X v. Latvia* (Application no. 27853/09), Grand Chamber. 2013.

violado el artículo 8 del CEDH, ya que los tribunales locales no consideraron el verdadero riesgo al que se exponería la niña, incumpliendo con su interés superior²³.

Esta sentencia trae una nueva mirada del TEDH sobre el tema, que definió en su párrafo 95 que debe haber un equilibrio entre los intereses “del niño, de los padres y de la orden pública”, sin embargo, el interés superior del niño debe siempre considerarse en primer plano. Otra consideración bastante importante está dispuesta en los párrafos 105 y 106 de la decisión, que aclaran que los tribunales nacionales no necesitan evaluar de modo profundo todos los aspectos de la vida familiar del menor según abordado por la sentencia del caso *Neulinger and Shuruk v. Suiza*, pero sí deben interpretar de manera adecuada el artículo 8 de la CEDH y las excepciones contenidas en el CH1980. En otras palabras, los tribunales nacionales deben estudiar las excepciones y emitir decisiones fundamentadas para que haya la comprobación de que los criterios de riesgo fueron realmente examinados de acuerdo con el respeto a la vida privada y familiar del menor²⁴.

El último caso para tratar en este capítulo es el caso juzgado en 2019, por el Comité de la cuarta sesión, conocido como *O.C.I. and Others v. Rumania*. En este leading case la autora O.C.I., de nacionalidad rumana, vivía en Italia con el marido y sus dos hijos, siendo que los niños poseían doble nacionalidad, rumana e italiana. Ocurre que la madre, tras pasar las vacaciones de verano en Rumanía con sus dos hijos, decidió no volver a Italia reteniendo a los niños consigo²⁵.

De esa forma, el padre de los niños ingresó con una acción, con base en el CH1980, requiriendo el regreso inmediato de los menores para el lugar de residencia habitual, esto es, Italia. La madre se opuso firmemente, alegando la excepción de grave riesgo presente en el artículo 13(1)(b) de lo mismo Convenio, afirmando que el padre presentaba comportamientos violentos y que agredía a los niños y los humillaba, como medio de prueba, la madre presentó videos de las agresiones y declaró que se sintió obligada a abrigarse en Rumanía. El tribunal nacional responsable por el caso (*Bucharest Court*), decidió por el regreso de los niños, justificando que, aunque los niños sufrieran represiones físicas del padre, estas eran esporádicas y no representaban un grave riesgo de acuerdo con lo establecido por el artículo 13(1)(b) del CH1980.

Además, debido a que ambos Estados (Rumanía e Italia) son miembros de la Unión Europea y, por consiguiente, partes del Reglamento de Bruselas II-A, el tribunal nacional donde se tramitaba la acción entendió que las autoridades italianas serían las responsables de la protección de los niños en los casos de riesgo de abuso, en otras palabras, el Reglamento de Bruselas II-A tiene como principio la confianza mutua entre los estados parte de la Unión Europea. En este sentido, el tribunal nacional en el que se tramitaba el proceso consideró que, en el caso de que persistiera el riesgo de violencia física y psicológica sobre los niños tras el regreso, corresponde a las autoridades italianas el deber de tomar medidas para

²³ TEDH, 2013.

²⁴ TEDH, 2013.

²⁵ TEDH. *O.C.I. and Others V. Romania* (Application no. 49450/17) Fourth Section Committee, 2019.

protegerlos. Sin embargo, esta protección sólo se produciría si el riesgo que los niños estaban sufriendo se pusiera en conocimiento del Tribunal y se sustentara por medio de indicios.

Frente a esta decisión de regreso, la madre recurrió al TEDH reclamando violación de los artículos 8 y 3 del CEDH. En este contexto, el TEDH decidió que hubo violación de la vida privada y familiar, y reafirmó que es contrario a cualquier forma de castigo o violencia, considerando violados ambos artículos en análisis. Por lo tanto, afirmó que los tribunales nacionales no habían considerado el grave riesgo que existía en la situación, por lo que no respetaban el interés superior de los menores. En consecuencia, el TEDH consideró que el hecho de que exista confianza recíproca entre los dos países a través del Reglamento no confería la obligación de devolver a los niños a un ambiente de abuso, según se indica en el párrafo 44 de la decisión²⁶.

En resumen, esta decisión demuestra la consolidación del entendimiento del TEDH, cuando existe un grave riesgo no sólo psicológico, sino también físico del menor. Según lo abordado en los párrafos 42 y 43 de la decisión, el TEDH no admite ninguna forma de violencia contra los niños y subraya que los países deben frenar cualquiera de estas prácticas. Además, reafirma que el interés superior del niño debe ser observado y que éste incluye su dignidad, respeto y protección contra la violencia.

Es interesante señalar que este caso ha sido considerado por la corte como "well-established case-law of the court", es decir, un caso ya consolidado por la jurisprudencia del TEDH. Lo que, consecuentemente, lo encuadra en el artículo 28 del CEDH, confiriendo a un comité la competencia para el juicio, lo que ocurre de forma rara en los casos de sustracción ilícita de menores y puede ocasionar la debilitación de las decisiones. Así, al juzgar el caso *O.C.I. y Others v. Romania*, el TEDH utilizó como precedente un caso de 2013, conocido como *D.M.D. v. ROMANIA*, que fue juzgado, así como el anterior, a nivel nacional por la Bucharest Court y en la esfera del TEDH por el Comité de la cuarta sección compuesto por el mismo juez Paulo Pinto de Albuquerque.

A su vez, el caso *D.M.D. v. ROMANIA* trata de un niño que sufría violencia física y psicológica por parte de su padre. Así, la madre llevó el caso a las autoridades que acusaron al padre de haber abusado de su hijo y lo condenaron a la cárcel. Sin embargo, después de varios recursos, se modificó la sentencia y se redujo la pena de prisión debido a la lentitud del proceso. Además, el tribunal nacional en cuestión decidió que no era necesario indemnizar a la víctima debido a la lentitud, ya que ésta no la había solicitado²⁷.

De este modo, la parte autora interpuso una acción ante el TEDH para que se reconociera la violación del artículo 3 del CEDH, que prohíbe la tortura y el trato inhumano y degradante. El TEDH, a su vez, reconoció la violación del artículo 3, afirmando que la demora y las deficiencias en las investigaciones

²⁶ TEDH, 2019.

²⁷ TEDH. CASE OF D.M.D. v. ROMANIA (Application no. 23022/13), Fourth Section Committee, 2017.

provocaron la violación de la dignidad de la víctima al no considerar su necesidad de protección en medio a un ambiente violento y degradante²⁸.

De hecho, el caso O.C.I. y Others v. Romania tiene semejanza con el caso D.M.D. v. ROMANIA, siendo que ambos tratan sobre violencia física y psicológica con relación al niño. Sin embargo, estos casos presentan diferencias fundamentales, en la medida en que el primero trata de un conflicto transfronterizo que afecta a más de un Estado y, por lo tanto, a más de un tribunal nacional, quedando sólo al TEDH la posibilidad de, si se requiere, supervisar el cumplimiento de los derechos humanos. Así, al considerar el caso O.C.I. y Others v. Romania "well-established case-law of the court" se produce una limitación en el análisis de las especificidades del caso, así como también del debate sobre lo que el TEDH espera de la cooperación internacional, tal como de la aplicación del CH1996 cuando se trata de las medidas de protección del menor²⁹.

A pesar de eso, el caso O.C.I. y Others v. Romania se utiliza aquí como leading case, en contraposición a los casos anteriores, ya que ambos Estados involucrados son parte del CH1996. Y al traer una situación diferente de los demás casos analizados permite que se realice un análisis del CH1996, especialmente de su artículo 11, en diferentes realidades, para demostrar los casos en que las medidas de protección previstas pueden o no ser suficientes para proteger el interés superior del niño. Por tal razón, es necesario analizar la manera en que el TEDH aborda el CH1996 en la protección del menor cuando los tribunales nacionales deciden su restitución al lugar de residencia habitual³⁰.

4. Las consecuencias de la no aplicación de los Convenios de La Haya de 1996 por el TEDH en los casos de regreso inmediato del niño a su país de origen.

En los casos en que hay una decisión de regreso del menor, la mayor preocupación se refiere a las medidas de protección que se tomarán, para tanto, el CH1996 trae en su artículo 11 un mecanismo para la resolución de este problema. Así que, su uso puede darse en consonancia con el CH1980, especialmente cuando existe la argumentación del grave riesgo previsto en el artículo 13(1)(b). Por consiguiente, el uso

²⁸ TEDH, 2017.

²⁹ FLORESCU, Simona. Parental Child Abduction is back on the agenda of the European Court of Human Rights. Leiden. *Leiden Law School, the Child Law Department*. 2019. Disponible en: <<https://strasbourgobservers.com/2019/07/23/parental-child-abduction-is-back-on-the-agenda-of-the-european-court-of-human-rights/#more-4371>>. Acceso en: 10 oct. 2020.

³⁰ TEDH, 2019.

conjunto de estos Convenios puede aportar varios beneficios que van aún más allá de las medidas de protección, como, por ejemplo, custodia y alimentos³¹.

En este sentido, en muchos casos en los que se invoca la excepción de grave riesgo prevista en el artículo 13(1)(b) del CH1980, las autoridades del Estado donde se restituirá el niño pueden adoptar medidas de protección para garantizar la seguridad del menor, según determinación judicial. Además, la protección puede extenderse también al progenitor que ha sustraído al niño, cuando los casos implican violencia doméstica, ya que el interés superior del niño está ligado al bienestar de sus padres³².

Con eso en mente, se vuelve al caso X v. Letonia. En este, ambos países involucrados eran partes contratantes del CH1996 y había la excepción de grave riesgo siendo alegada. Sin embargo, no se abordó el CH1996, lo que causó perjuicios a las partes, ya que, al revés del TEDH haber decidido por la no restitución del menor, podría haberse utilizado este Convenio para que el regreso de la menor se efectuase de forma segura y juntamente con el progenitor que la sustrajo. Según María Mayela Celis Aguilar, podría haber habido, por ejemplo, el compromiso del padre en cubrir los gastos del viaje de la madre y de la hija, además de disponer un lugar para que ambas vivieran, mientras ejercía sus derechos de visita, al menos hasta que el proceso de custodia se terminase³³.

A pesar de la no observancia del CH1996, después del juicio del caso por el TEDH, el padre de la menor se aprovechó de un encuentro y recuperó a su hija. A partir de ese momento, ellos pasaron a vivir en Australia y el padre pasó a ejercer la responsabilidad parental solo. En este escenario, la madre también volvió a Australia, comenzó a trabajar en un órgano público y conservó el contacto con la niña³⁴. Así, se concluye que la inobservancia del CH1996 ha debilitado el cumplimiento del juicio y, por lo tanto, el interés superior de la niña, de forma que las partes han resuelto la situación de manera particular.

Por otra parte, el juzgado O.C.I. and Others v. Romania, presenta una situación diferenciada, ya que los países en cuestión son partes del CH1996 y, al ser miembros de la Unión Europea, también son signatarios del Reglamento de Bruselas II-A, el cual posee en su artículo 20 una previsión en consonancia con el artículo 11 del CH1996, pudiendo ser utilizado en la protección del regreso del menor. Sin

³¹ HCCH. Hague Conference on Private International Law. Conclusions and recommendations of part I and part II of the special commission on the practical operation of the 1980 Child Abduction Convention and the 1996 Child Protection Convention and a report of part. 2012. Disponible en: <https://assets.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6_en.pdf> Acceso en 05 sept. 2020. p.09.

³² HCCH, Hague Conference on Private International Law. 2017.p.38.

³³ CELIS AGUILAR, María Mayela. “El papel controversial del tedh en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos *Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia*”. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi)* 13, (2020): 209-249. Disponible en: <<http://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.8476>>. Acceso en: 05 sept. 2020. p. 234.

³⁴ TEDH, International child abduction: no return to the country of origin without an effective examination of allegations of a “serious risk” to the child. ECHR 348. 2013. Disponible en: <[https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:\[%22003-4583117-5540235%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-4583117-5540235%22]})>. Acceso en: 05 sept. 2020

embargo, como relatado anteriormente, en este caso tampoco se ha observado la excepción prevista en estos instrumentos jurídicos³⁵.

No obstante, este caso posee una particularidad en la medida en que presenta una situación de grave riesgo que implica violencia doméstica y, por lo tanto, peligros de orden psicológico y sobre todo físico, tanto para la madre como para los propios niños. De acuerdo con lo señalado al principio de este tema, se aconseja la aplicación conjunta de los Convenios, pero la Guía Práctica señala que, en los casos en que el riesgo se presenta con mayor énfasis, la mejor decisión es la no restitución, para que se cumpla el interés superior del niño³⁶.

En este sentido, la Guía Práctica, al referirse al Reglamento de Bruselas II-A, afirma que el menor puede ser restituido si existe protección por parte del Estado de residencia habitual³⁷. Sin embargo, como se ha señalado, en este caso específico no había forma de proteger al menor, incluso a través del Reglamento, ya que, al dejar la protección a cargo del Estado, éste necesitaría una denuncia sobre el riesgo que el niño estaría pasando y aún evidencia para comprobarlo, lo que es totalmente ajeno al principio del interés superior del niño.

Por lo tanto, en estas circunstancias, la decisión del TEDH se dio de manera eficaz y suficiente, de acuerdo con los deseos de los menores que se negaban a regresar a Italia³⁸. Así que, el CH1996 puede ser un instrumento importante para la mejor eficacia del principio del interés superior del niño siempre que se aplique teniendo en cuenta el caso concreto, siendo que, en este caso, su aplicación no sería suficiente para la protección del niño y la eliminación de los riesgos de la restitución.

5. Conclusión

En conclusión, en el escopo del Derecho internacional Privado, el CH1980 es un instrumento indispensable para preservar el interés superior del niño, protegido por las Convenciones Internacionales, especialmente en los casos en que el regreso del menor puede significar serios riesgos de peligro físico y psicológico. Por lo tanto, cabe destacar que el TEDH desempeña un papel fundamental en la armonización entre el derecho del niño y el derecho humano del respeto a la vida privada y familiar. Así, tras el análisis de los leading cases, se comprendió que el TEDH, a lo largo de los años, cambió su

³⁵ TEDH, 2019.

³⁶ HCCH, Hague Conference on Private International Law. 2017.p.38.

³⁷ HCCH, 2017.p.16.

³⁸ TEDH, Romanian courts failed to take risk of domestic violence into account when ordering children's return to their father in Italy. ECHR 183. 2019. Disponible en <<https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22%3A%5B%22003-6410420-8419877%22%5D%7D%3E>>. Acceso en: 05 sept. 2020

entendimiento sobre la amplitud del interés superior del niño. Sin embargo, siempre lo mantuvo en primer plano al analizar las situaciones de riesgo en las que el menor estaba insertado cuando los tribunales nacionales decidían por su restitución a su Estado de residencia habitual.

Sin embargo, como se ha observado anteriormente, el CH1996 puede utilizarse de forma complementaria a el CH1980, en particular cuando se trae al proceso la alegación del grave riesgo contenida en el artículo 13(1)(b) del CH1980, específicamente en los casos en que el órgano jurisdiccional nacional decide por el regreso inmediato del menor. Situación la cual puede resolverse con el uso del artículo 11 del CH1996, que prevé medidas de protección que pueden concederse al menor y al progenitor que lo sustrajo, cuando los Estados involucrados sean miembros de los Convenios.

En este sentido, se buscó evaluar la jurisprudencia del TEDH a fin de observar si la no interpretación conjunta de los Convenios puede generar perjuicios legales en la interpretación del interés superior del niño. Así, en los casos analizados, se comprendió que la no utilización de las medidas de protección previstas en el CH1996 puede, en algunos casos, disminuir la eficacia de la decisión del TEDH, que termina por impedir el regreso para evitar el riesgo que puede correr el menor en el proceso de restitución. Todo esto perjudica el interés superior de este menor, que con las medidas de protección podría volver a su país de residencia habitual en compañía de sus dos progenitores, lo que colaboraría para los intereses del niño una vez que su bienestar está conectado con la buena convivencia de los padres.

No obstante, se entiende también que en los casos más graves en que se producen violencia doméstica y abusos, la aplicación de la protección establecida en el artículo 11 del CH1996 en el regreso del niño puede no ser suficiente, así que, la no restitución es más verosímil y segura. Por lo tanto, se concluye que el CH1996 es un instrumento importante para la protección del menor en el momento de su regreso, aunque su aplicación debe analizarse con cautela y de acuerdo con las particularidades del caso concreto.

6. Bibliografía

ACNUDH, Convención sobre los Derechos del Niño. 1989. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/crc.aspx>>. Acceso en: 05 sept. 2020.

CELIS AGUILAR, María Mayela. “El papel controversial del tedh en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia”. Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi) 13, (2020): 209-249. Disponible en:

<<http://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.8476>>. Acceso en: 05 sept. 2020.

CONFERÊNCIA DE HAIA. Convenção sobre os Aspectos Cíveis do Rapto Internacional de Crianças. Haia, 1980. Disponible en: <<https://www.hcch.net/pt/instruments/conventions/full-text/?cid=24>>. Acceso en: 30 ago. 2020.

DE SOUSA, Mafalda Paulino Gomes. Convenção de Haia relativa ao rapto internacional de crianças: A noção de perigo do artigo 13 al. B) e o interesse da criança. Dissertação (Mestrado Forense) - Faculdade de Direito, Universidade Católica Portuguesa.

PAPEL CONTROVERSIAL DEL TEDH EN LA INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO DE LA HAYA DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES: ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS NEULINGER Y SHURUK C. SUIZA Y X C. LETONIA*

María Mayela Celis Aguilar**

1. Introducción. 2. El caso Neulinger. 3. El caso X v. Latvia. 4. Conclusión. 5. Bibliografía

Resumen: El presente artículo explora la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (tedh) en materia de sustracción internacional de menores y reflexiona sobre su posible impacto en el funcionamiento del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Menores. Se hace especial referencia a la sentencia Neulinger y Shuruk c. Suiza dictada por la Gran Sala, así como a la “conmoción” que produjo en la comunidad jurídica. A continuación, se examina la sentencia X c. Letonia misma que, tras el asunto Neulinger, ha sido la más sobresaliente emitida por la Gran Sala del tedh. En particular, se analizan los razonamientos y fundamentos legales de dichas sentencias, poniendo de relieve tanto sus deficiencias como sus virtudes.

Abstract: This article explores the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights (TEDH) on international child abduction and reflects on its possible impact on the operation of the Hague Convention on Child Abduction. Special reference is made to Neulinger and Shuruk v. Switzerland dictated by the Grand Chamber, as well as the “shock” it produced in the legal community. Next, is examined sentence X v. Latvia itself which, after the Neulinger affair, has been the most outstanding

* A fin de cumplir con las exigencias del Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), este trabajo de investigación fue anteriormente publicado en la siguiente revista: Celis Aguilar, María Mayela. “El papel controversial del TEDH en la interpretación del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores: Especial referencia a los casos *Neulinger y Shuruk c. Suiza y X c. Letonia*”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* -acdi- 13, 2020, pp. 209-249. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.8476>. Se reproduce aquí con algunas modificaciones.

** Académica de Número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (AMEDIP); anterior Oficial Legal Principal de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH, www.hcch.net). Doctoranda en derecho en la UNED.

issued by the Grand Chamber of the TEDH. In particular, the reasoning and legal grounds for said judgments are analyzed, highlighting both their deficiencies and their virtues.

1.Introducción

El objetivo del presente trabajo es analizar la jurisprudencia del tedh en la interpretación del artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (cedh)¹ y su impacto en la interpretación del Convenio sobre Sustracción de Menores (ch1980), en particular los principios generales aplicables en dichos casos.

Para ello, se examinarán, en primer lugar, las dos sentencias más relevantes dictadas por la Gran Sala del tedh en los asuntos *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (en lo subsiguiente, *Neulinger*) y *X v. Latvia*.² Se terminará con unas conclusiones sobre la percepción crítica de ambas sentencias, la de la interacción del tedh y el ch1980 en el futuro y si podrían llegar a una feliz simbiosis. En particular, se demostrará que el papel que ha desempeñado el tedh en la interpretación del ch1980 ha sido controversial.³

Recuérdese, primeramente, que la finalidad del ch1980 es la restitución inmediata del menor trasladado o retenido de manera ilícita en cualquier Estado contratante por uno de sus padres o una persona del círculo familiar - como consta en su artículo 1(a) -, salvo que se actualicen algunas de las excepciones indicadas en él (véanse, artículos 12, 13 y 20 del ch1980), y el juez considere en su discreción que el niño no debe ser restituido. Asimismo, el ch1980 tiene como propósito velar para que los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes - artículo 1(b) -.

¹ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 y enmendado por una serie de protocolos. Disponible en: <https://www.coe.int/web/human-rights-convention/>

El TEDH fue creado de conformidad con el artículo 19 del CEDH a fin de “asegurar el respeto de los compromisos que resultan para las Altas Partes Contratantes de [dicho] Convenio y sus Protocolos”.

² TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application No. 41615/07), Grand Chamber [cita INCADAT: HC/E/CH 1323] y TEDH, *X v. Latvia* (Application No. 27853/09), Grand Chamber [cita INCADAT: HC/E/LV 1234].

³ El término controversial, admitido por el Diccionario de la Lengua Española, es utilizado aquí en su acepción de controvertido.

Ahora bien, como es bien sabido, el tedh desempeña una importante labor interpretativa del respeto a los derechos humanos en Europa aclarando a las jurisdicciones nacionales, en los 47 Estados parte del cedh, el alcance de sus preceptos en sus decisiones internas.⁴

Si bien el tedh no interpreta directamente las disposiciones del ch1980, sí es competente para determinar si los tribunales nacionales en sus procedimientos han hecho valer las garantías consagradas en los artículos 6 (derecho a un proceso equitativo) y 8 (asegurar el derecho al respeto a la vida privada y familiar) del cedh, al interpretar y aplicarlo.⁵ Por lo tanto, el tedh se ha sumado a la labor de interpretación del ch1980 de manera indirecta y únicamente en lo referente a los derechos humanos.

Por consiguiente, se puede afirmar que este actúa en cierta manera como un tribunal supranacional para los efectos del ch1980.⁶ Debe, sin embargo, quedar claro que los tribunales nacionales sí cuentan con un margen de apreciación de los preceptos del ch1980 pero dicho margen está sujeto (eventualmente) a la supervisión del tedh, quien revisará a la luz de los principios del cedh, a fin de determinar si se salvaguardaron los derechos humanos de las personas que han intervenido en un caso dado, y de especial relevancia para la presente tesis, si se salvaguardó el interés superior del menor en el caso concreto.

Asimismo, se ha argumentado que en algunas ocasiones el cedh, y por tanto el tedh, tienen verdaderos efectos extraterritoriales. Si bien no se han considerado los casos de sustracción de niños como una competencia extraterritorial de los Estados parte, necesariamente el cedh tendrá una influencia importante cuando la sustracción se lleve a cabo entre un Estado europeo y un tercer Estado, pues el Estado europeo puede ser sancionado por infringirlo, aun si se trata de una restitución de un niño a un

⁴ Tal como se desprende de su informe anual, el tribunal es víctima de su propio éxito. En 2017, el TEDH desestimó 70356 solicitudes y dictó sentencia solo en 15595 de las 85951 solicitudes decididas. Lo que es un avance significativo, pues implica un aumento de aproximadamente del 700% en el número de sentencias dictadas con respecto al año 2016 (en el cual solo se emitieron 1927 sentencias de un total de 38506 de las solicitudes decididas). Sin embargo, en 2018 hubo una considerable disminución de casos (solo se decidieron 42761 casos). Véase TEDH, Annual Report 2017 and 2018 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, p. 163 y p. 167, respectivamente (Chap. 6), https://echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf.

⁵ Como se ha indicado anteriormente, las sentencias del TEDH referidas en este estudio se enfocan principalmente en el artículo 8 del CEDH. La profesora Marta Requejo Isidro menciona que en algunas ocasiones el TEDH utiliza indistintamente el artículo 6 u 8 del CEDH en temas de sustracción de menores, sobre todo en cuestiones procedimentales. Véase Requejo Isidro, Marta, "El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión (2016)," *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián* 16, 2016, pp. 288-289.

⁶ Inevitablemente esta capacidad en este y otros temas puede resultar en una fricción entre tribunales supranacionales, y por ello, la suscripción de la Unión Europea al CEDH, se encuentra lejos de ser una realidad. En este sentido, la profesora Elisa Pérez Vera augura que se reúnen todos los elementos para "una guerra de Cortes entre Luxemburgo y Estrasburgo, de consecuencias imprevisibles para la protección de los derechos humanos en Europa," pero se mantiene optimista con respecto al rumbo europeo y a los cambios que se propiciarán en un futuro. Véase Pérez Vera, Elisa, "La problemática adhesión de La Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *España y la Unión Europea en el orden internacional*, eds. Joaquín Alcaide Fernández y Eulalia W. Petit de Gabriel, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 67.

tercer Estado (tal y como sucedió en *X v. Latvia*).⁷ Asimismo, se ha considerado que el cedh cuenta con un carácter de orden público europeo, y por lo tanto, prevalecerá sobre derecho interno u otros tratados aplicables (inclusive de tratados con Estados no miembros a dicho convenio).⁸

En este sentido, conviene destacar que el tedh se ha pronunciado sobre diversas disposiciones del ch1980, en particular los artículos 3, 11, 13(1)(b), 13(2), 16, 20, 21, entre otros, y su relación con el cedh.⁹ Como se ha indicado anteriormente, de todas las decisiones dictadas interesa destacar, a efectos de este trabajo, los principios generales que se deben aplicar en casos de sustracción de menores, y en particular, poner de relieve la interacción del artículo 8 del cedh y el ch1980.

Antes de profundizar en el tema, cabe señalar algunos aspectos introductorios con respecto al artículo 8 del cedh. Como lo indica el profesor William A. Schabas, dicho artículo se divide en cuatro categorías: el derecho al respeto a la vida privada, la vida familiar, el domicilio y la correspondencia. Sin embargo, el título de dicho artículo se centra en “vida privada y familiar,” y en efecto, la jurisprudencia en virtud de las primeras dos categorías es muy abundante.¹⁰ Para efectos del presente estudio, se hará énfasis en la categoría “vida familiar”. Cabe señalar que dicho artículo establece que no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio del derecho al respeto a la vida familiar (y de las otras categorías) a menos de que esté prevista por la ley y constituya una medida que sea necesaria en una sociedad democrática.¹¹ En efecto, el derecho de los padres e hijos de disfrutar de su compañía mutua (sin injerencia de la autoridad pública) forma parte de la médula del derecho al respeto a la “vida familiar” del artículo 8 del cedh.¹²

⁷ Los efectos extraterritoriales han sido expresamente reconocidos por el tribunal. Véase TEDH, Factsheet – Extra-territorial jurisdiction of States Parties (julio de 2018), https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf. Asimismo, cualquier persona, independientemente de su nacionalidad, puede acudir al TEDH, siempre que la violación que se invoque haya sido cometida por uno de los Estados parte del CEDH y dicha persona esté “bajo su jurisdicción” (véase art. 1 del CEDH).

⁸ TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, § 133.

⁹ La base de datos INCADAT y Beaumont, Paul R., “The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction”, *Recueil des cours* 335, 2008, pp. 51-71.

¹⁰ Véase Schabas, William A., *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 366. Sin embargo, en la opinión del profesor Francis G. Jacobs, el estudio de las cuatro partes integrantes del artículo 8 también puede ser realizado de manera colectiva, ya que será más efectivo y amplio que un análisis de cada una de las partes aisladas. Véase, Jacobs, Francis G., *The European Convention on Human Rights*, Guildford y London, Oxford University Press, 1975, pp. 125-126.

¹¹ De conformidad con el artículo, dicha medida debe ser “necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹² Schabas, *op. cit.*, 391.

La pregunta radica en si el ch1980, o su puesta en práctica, vulnera los derechos contenidos en dicho numeral, ya que en dichos procedimientos se ordena el retorno del menor al Estado de su residencia habitual (a menos que actualice una excepción) y eso provoca una injerencia del Estado en la relación entre padres e hijos. Por otro lado, como lo indica la profesora Idoia Otaegui Aizpurua, se ha admitido que existe una obligación positiva de los Estados parte a fin de “adoptar todas las medidas necesarias para facilitar el retorno de los menores sustraídos y el reencuentro de los mismos con sus progenitores abandonados [...]”¹³ Mientras que la primera sería una obligación negativa “de no injerencia”, la segunda una obligación positiva de reunir a los padres con los hijos.¹⁴

En este sentido, nos parece relevante transcribir un pasaje de la sentencia de Ignaccolo-Zenide v. Romania¹⁵ de la primera sección del TEDH de 2000 que dice lo siguiente (versión abreviada):

“El Tribunal recuerda que si bien el artículo 8 del Convenio tiende, en lo esencial, a proteger al individuo contra injerencias arbitrarias de los poderes públicos, también engendra obligaciones positivas inherentes a un “respeto” efectivo de la vida familiar. El artículo 8 implica el derecho de un padre a medidas que sirvan para reunirlo con su hijo y la obligación de las autoridades nacionales de adoptarlas. Esta obligación no es absoluta, ya que la reunión de un padre con sus hijos que viven desde hace un cierto tiempo con el otro padre puede exigir a veces preparativos. La naturaleza y extensión de estos últimos depende de las circunstancias de cada caso, y es limitada la obligación de las autoridades de recurrir a la coerción en esta materia. En efecto, deben tener en cuenta los intereses y los derechos y libertades de las personas afectadas, y particularmente los intereses superiores del hijo y los derechos que le reconoce el artículo 8 del Convenio. En la hipótesis en que algunos contactos con los padres hacen que se corra el riesgo de amenazar dichos intereses o de afectar a tales derechos, corresponde a las autoridades nacionales cuidar a fin de que se produzca un justo equilibrio entre ellos.”

“El Tribunal considera que las obligaciones positivas que el artículo 8 del Convenio hace que pesen sobre los Estados contratantes en materia de la reunión de un padre con sus hijos deben interpretarse a la luz del Convenio de La Haya del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. Tanto

¹³ Otaegui Aizpurua, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 267.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 123-134. La profesora Idoia Otaegui Aizpurua admite que la diferencia entre una obligación positiva y una obligación negativa no se puede determinar con facilidad y los principios aplicables a ambas son similares.

¹⁵ TEDH, Ignaccolo-Zenide v. Romania, no. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7 [cita INCADAT: HC/E/RO 336].

más es aplicable cuanto que, en el presente caso, el Estado demandado es igualmente parte de dicho instrumento.”¹⁶

Debido a esta resolución y otras que siguieron, la doctrina en un principio se había expresado favorablemente sobre la jurisprudencia del tedh, haciendo hincapié en que no había cedido a la tentación de ampliar el ámbito del cedh.¹⁷ Sin embargo, un vuelco en la postura del tedh cambió el panorama. La doctrina criticó a la jurisprudencia emitida posteriormente por este, en particular en el asunto Neulinger, argumentando que había desvirtuado la naturaleza del ch1980 y había convertido a los procedimientos de restitución en verdaderos litigios de custodia¹⁸ o se había creado una posible incompatibilidad entre el cedh y el ch1980.¹⁹ Ahora bien, en el caso X v. Latvia, el tedh acertadamente indicó que los procedimientos de restitución no son litigios de custodia y además, eliminó esa posible incompatibilidad.²⁰

Ahora se examinarán ambos asuntos por tratarse de los más sobresalientes para los fines de este estudio. Cabe señalar, no obstante, que anteriormente a Neulinger existieron, además de la sentencia Ignaccolo-Zenide v. Romania anteriormente referida, tres sentencias relativas a los principios generales que deben aplicar al ch1980, y que a nuestro juicio nos parecen relevantes, emitidas por la tercera sección (las dos primeras sentencias) y la cuarta sección (la última): Maumousseau y Washington c. Francia,²¹ Deak c.

¹⁶ Traducción al español de Cortes Generales españolas reproducido en el sitio del TEDH con algunas modificaciones. Esta es una versión abreviada de los párrafos 94 y 95 de la sentencia referida.

¹⁷ Beaumont, Paul, “The Jurisprudence of the European Court of Human Rights...”, *cit.*, pp. 51-71 y Schulz, Andrea, “The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights”, en *Family Life and Human Rights: Papers Presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Life*, ed. Peter Lodrup y Eva Modvar, Oslo, Gyldendal Akademisk, 2004, pp. 710-718.

¹⁸ Véanse, Walker, Lara, “The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: The Danger of *Neulinger*”, *Journal of Private International Law* 6, no. 3, 2010, pp. 649-682; Rhona Schuz, *The Hague Child Abduction Convention – A Critical Analysis*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 27-28.

¹⁹ Véanse Herranz Ballesteros, Mónica, “Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los Derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores”, *Revista de Derecho Europeo*, vol. 44, 2012, pp. 50, 59-60; González Beilfuss, Cristina, “Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 6 de julio de 2010. Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 62, 2, 2010, pp. 232-235 (dicha autora señala en la nota n° 1: “[...] la Gran Sala elude pronunciarse acerca de la compatibilidad de una aplicación ortodoxa del Convenio de La Haya de 1980 con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la decisión pone de manifiesto la tensión existente entre ambos instrumentos [...]”).

²⁰ TEDH, *X v. Latvia*, § 101 y siguientes.

²¹ TEDH, *Maumousseau and Washington v. France* (Application no. 39388/05) [cita INCADAT: HC/E/FR 942].

Romania y el Reino Unido²² y P.P. c. Polonia.²³ Sin embargo, como se ha indicado anteriormente, la Gran Sala del tedh²⁴ se ha pronunciado en dos ocasiones sobre la interpretación del ch1980 y su interacción con el cedh:²⁵ *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* y *X v. Latvia*. La última sentencia aclara (sin expresamente revocar) el alcance de *Neulinger*.

2. El caso Neulinger

La Gran Sala del tedh se pronunció por vez primera sobre el ch1980 en la sentencia *Neulinger* del año 2010, que creó conmoción en la comunidad jurídica, como se explicará más adelante. A manera de antecedente, cabe señalar que dicho caso fue primeramente admitido en principio por la primera sección del tedh. Esta sección decidió por mayoría de 4 votos contra 3, que no se había infringido el derecho al respeto a la vida familiar de la madre y el niño de conformidad con el artículo 8 del cedh.²⁶ En este apartado, se analizará exclusivamente la sentencia *Neulinger* emitida por la Gran Sala, toda vez que la sentencia de la primera sección fue revocada y pese a su interés jurídico, carece de relevancia en la aplicación del ch1980.

Los hechos de este caso son los siguientes: un matrimonio de una nacional de Suiza (y Bélgica) y un nacional de Israel, ambos judíos, tuvieron un niño nacido en Israel; el niño contaba con la doble nacionalidad suiza e israelí. El conflicto en el matrimonio se originó porque aparentemente el padre ingresó en una secta judía ultra ortodoxa (organización Lubavitch), y la madre no estaba de acuerdo. Debido a lo conflictivo del matrimonio, los servicios sociales israelíes tuvieron que intervenir solicitándoles vivir por separado. Posteriormente, los padres se divorciaron, y como resultado, se otorgó la custodia a la madre y el derecho de visita al padre. Sin embargo, existía una orden que prohibía trasladar al niño fuera de Israel.²⁷ A pesar de ello, la madre sustrajo al menor y lo trasladó a Suiza, país

²² TEDH, *Deak v. Romania and the United Kingdom* (Application no. 19055/05) [cita INCADAT: HC/E/UK 974].

²³ TEDH, *P.P. v. Poland* (Application no. 8677/03) [cita INCADAT: HC/E/PL 941].

²⁴ Las atribuciones de la Gran Sala se establecen en el artículo 31 del CEDH, una de ellas es la remisión del asunto a la Gran Sala (equiparable a un tribunal de apelación), la cual debe ocurrir 3 meses a partir de la sentencia de una Sala (véase, asimismo el artículo 43 del CEDH).

²⁵ Cabe señalar que la Gran Sala solamente conoce de un porcentaje muy reducido de casos, de todas las solicitudes de “apelación” solamente procede el 5 %. Por ejemplo, recientemente los fallos de la Gran Sala fueron de 2323 y las de la sala son de 38840. Véase asimismo http://www.echr.coe.int/Documents/Note_GC_ENG.pdf.

²⁶ TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* (Application no. 41615/07) [cita INCADAT: HC/E/CH 1001].

²⁷ Si bien la madre solicitó dicha orden al inicio del procedimiento, posteriormente solicitó su revocación, que le fue denegada, debido al riesgo de que la madre no regresase con el menor. Las órdenes que prohíben el traslado del menor del país donde reside constituyen derechos de custodia para los efectos del CH1980, como ha sido ampliamente reconocido en la jurisprudencia

originario de la madre.²⁸ Después de acudir a diferentes instancias en Suiza, la Corte Federal suiza ordenó el regreso del menor a Israel, concluyendo que el menor no estaba expuesto a un grave riesgo; es decir, no existía un grave riesgo de que la restitución expusiera al menor a un peligro grave físico o psíquico, o que de cualquier otra manera pusiera al menor en una situación intolerable -artículo 13(1)(b) del ch1980.

Posteriormente, la madre acudió ante el tedh. Debido a que la sentencia de la primera sección del tedh fue desfavorable, se solicitó la remisión del asunto ante la Gran Sala, la cual fue aceptada. Esta resolvió, 16 votos a favor y uno en contra, que se infringiría el derecho al respeto a la vida familiar de la madre y el niño, de conformidad con el artículo 8 del cedh si se ejecutara la decisión que ordenaba el retorno del niño. La sentencia Neulinger, emitida por la Gran Sala, parecía establecer parámetros para los tribunales de los Estados parte en los casos de sustracción internacional de menores. En concreto, el tribunal sostuvo que en los casos de restitución de menores (medida impugnada en el caso que se presenta) los procesos deben de ser justos y permitir que todas las personas involucradas puedan hacer valer plenamente sus derechos²⁹, y añadió que (véase párrafo 139 de Neulinger):

[...] [t]o that end the Court must ascertain whether the domestic courts conducted an in-depth examination of the entire family situation and of a whole series of factors, in particular of a factual, emotional, psychological, material and medical nature, and made a balanced and reasonable assessment of the respective interests of each person, with a constant concern for determining what the best solution would be for the abducted child in the context of an application for his return to his country of origin (see *Maumousseau and Washington* [...])³⁰ (El énfasis es propio pues se quiere destacar justamente el carácter controversial de este párrafo).

Cabe señalar que Neulinger -en su fundamentación- parte de la sentencia Maumousseau, pero, al mismo tiempo, va más allá, ya que amplía su ámbito de aplicación, lo que produce una revocación de sus principios.³¹ En efecto, Maumousseau interpreta de manera restrictiva el artículo 13(1)(b) del ch1980 con

internacional. A manera de ejemplo, véase el caso resuelto en la Suprema Corte de Estados Unidos de América: *Abbott v. Abbott*, 130 S. Ct. 1983 (2010) [cita INCADAT: HC/E/USf 1029].

²⁸ Las peripecias de la madre fueron plasmadas en su libro autobiográfico: Neulinger, Isabelle, *Jamais vous n'aurez mon fils*, Paris, Jourdan PixL, 2015, pp. 153-180.

²⁹ Este criterio fue tomado de *Maumousseau and Washington v. France*.

³⁰ TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland* §139. Traducción de la autora: A este fin, el Tribunal **deberá** verificar si las jurisdicciones nacionales han efectuado un **examen exhaustivo de la totalidad de la situación familiar y de toda una serie de elementos**, de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico, y si han apreciado de manera equilibrada y razonada los intereses de cada una de las personas, con la preocupación constante de determinar cuál sería la mejor solución para el niño sustraído en el contexto de una solicitud de restitución a su país de origen (véase *Maumousseau and Washington* [...]).

³¹ Como atinadamente lo indica el voto disidente del juez Zupančič, esta sentencia a pesar de que invoca *Maumousseau*, la revoca en sus conclusiones.

base en que los Estados contratantes facilitarán el regreso del menor, y el país de la residencia habitual resolverá el litigio sobre la custodia; asimismo, reconoce que el tribunal nacional hizo un examen exhaustivo del conjunto de la situación familiar y otros elementos, y señaló que no se actualizaba la excepción del artículo 13 de CH1980. Sin embargo, en ningún momento, Maumousseau establece un criterio obligatorio relativo a que debe realizarse un examen exhaustivo de la situación del niño.

Posterior a Neulinger, fueron dictadas dos sentencias y una decisión que confirmaban ese criterio para los casos sobre sustracción, por la tercera, segunda y primera secciones, respectivamente (orden cronológico): Raban c. Rumania,³² Šneersone y Kampanella c. Italia³³ y MR y LR c. Estonia.³⁴

Dichos pronunciamientos han generado mucha controversia y preocupación en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado³⁵ (en lo subsiguiente, Conferencia de La Haya), así como en otros foros.³⁶ El anterior Secretario General de la Conferencia de La Haya, Hans van Loon, se dirigió al Committee of Legal Advisers on Public International Law³⁷ del Consejo de Europa el 17 de marzo de

³² TEDH, *Raban v. Romania* (Application no. 25437/08) [cita INCADAT: HC/E/RO 1330].

³³ TEDH, *Šneersone and Kampanella v. Italy* (Application no. 14737/09) [cita INCADAT: HC/E/LV 1152].

³⁴ TEDH, *MR and LR v. Estonia* (Application no. 13420/12) (declarado inadmisibile) [cita INCADAT: HC/E/EE 1177].

³⁵ La Conferencia de La Haya es una organización intergubernamental en cuyo seno se negoció el CH1980, la cual está encargada de dar seguimiento y monitorear activamente el funcionamiento de los Convenios de La Haya.

³⁶ La autora participó, en su calidad de miembro de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en las reuniones de la Comisión Especial sobre el Funcionamiento de los Convenios de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores y 1996 sobre Protección de Niños, y pudo ser testigo de la preocupación que se generó en los Estados contratantes por la jurisprudencia del TEDH.

Véase, Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio sobre Sustracción de Menores de 2011 no. 48, la cual transcribimos a continuación:

“La Comisión Especial destaca las serias preocupaciones que se han expresado con relación a los términos empleados por el tribunal en sus sentencias recientes dictadas en el marco de los casos Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Gran Sala, no. 41615/07, 6 de julio de 2010) y Raban v. Romania (no. 25437/08, 26 de octubre de 2010), en tanto podrían interpretarse como ‘requiriendo que los tribunales nacionales abandonen el enfoque rápido y sumario que el Convenio de La Haya contempla y se aparten de una interpretación restrictiva de las excepciones del artículo 13 hacia una evaluación completa e independiente de las cuestiones de fondo generales de la situación. (conf. Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, extrajudicialmente’ (Info. Doc. no. 5)”.

³⁷ Comité de consejeros jurídicos de derecho internacional público.

2011 en Estrasburgo para subrayar esta preocupación.³⁸ En particular, un discurso extrajudicial del presidente del tedh causó mucho revuelo, pues intentó aclarar y restringir los efectos de Neulinger.³⁹

Dicho discurso pudiera ser considerado como una respuesta al discurso del Secretario General mencionado.

Asimismo, el criterio de Neulinger fue expresamente rechazado por la Suprema Corte de Reino Unido al considerarlo inadecuado.⁴⁰ No obstante, dicha Suprema Corte dictó una resolución acorde a los principios del tedh, ya que consideró que el tribunal de apelaciones no consideró debidamente los alegatos de la madre en relación con el artículo 13(1)(b) del ch1980.

En nuestra opinión, la sentencia Neulinger adolece de algunas contradicciones. Primera, requiere a los tribunales hacer un estudio detallado y exhaustivo de las circunstancias, y al mismo tiempo, que estos de forma expedita dentro de las 6 semanas, término no obligatorio según el ch1980 aunque sí recomendado, tomen una decisión. Esta exigencia deja a los tribunales nacionales ante una compleja posición al tener que aunar exhaustividad en el análisis y celeridad en la toma de decisiones.⁴¹ Segunda, parece no tomar

³⁸ Véase van Loon, Hans, *Interaction Between Recent Case-law of the European Court of Human Rights and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 17 de marzo de 2011, <http://www.hcch.net/upload/coe2011.pdf>.

Si bien en este comunicado el Secretario General menciona la necesidad de revisar *Raban v. Romania*, debido a la incertidumbre que generó por haber extendido el ámbito de aplicación de *Neulinger*, el correspondiente colegio del TEDH rechazó la remisión ante la Gran Sala (artículo 43 del CEDH). TEDH, Press release issued by the Registrar of the Court, no. 377 of 28 April 2011.

³⁹ Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2011 no. 49:

“La Comisión Especial destaca una reciente declaración extrajudicial realizada por el Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (ver arriba), en la cual afirma que la decisión emitida en el marco del caso Neulinger and Shuruk v. Switzerland no indica un cambio de dirección para el tribunal con competencia en materia de sustracción de niños y que la lógica del Convenio de La Haya consiste en que todo niño que haya sido sustraído debería ser restituido al Estado de su residencia habitual y es solamente allí donde su situación debería analizarse en su totalidad”.

⁴⁰ *Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody)* [2012] UKSC 10, [2012] 2 A.C. 257 [cita INCADAT: HC/E/UK 1147] (Reino Unido). La decisión indica “[w]ith the utmost respect to our colleagues in Strasbourg, we reiterate our conviction, as Reunite requests us to do, that neither the Hague Convention nor, surely, article 8 of the European Convention requires the court which determines an application under the former to conduct an in-depth examination of the sort described. Indeed it would be entirely inappropriate”. Traducción de la autora: Con el mayor respeto a nuestros colegas en Estrasburgo, reiteramos nuestra convicción, como lo solicita Reunite, que ni el Convenio de La Haya ni seguramente el artículo 8 del CEDH requiere al tribunal que conoce de una solicitud en virtud del Convenio de La Haya a realizar un examen exhaustivo del tipo descrito. En efecto, esto sería totalmente inadecuado.

⁴¹ Véase por ejemplo, TEDH, *Karrer v. Romania*, Application no. 16965/10 [cita INCADAT: HC/E/RO 1149] §54-55.

En dicho caso, se concluyó que el tribunal de apelación en Rumanía se excedió en el tiempo para resolver el caso, dado que el procedimiento duró 11 meses y no se justificó adecuadamente la causa de la dilación.

en cuenta que las pruebas se encuentran en el Estado de la residencia habitual del niño y por tanto, es fácticamente imposible hacer un examen exhaustivo de la situación del niño en tiempo tan breve. Tercera, aplica criterios establecidos por ese tribunal en la expulsión de extranjeros en situación migratoria irregular,⁴² a pesar del principio ampliamente reconocido según el cual la restitución del menor no equivale a una deportación o extradición. Por consiguiente, sugerimos a los tribunales abandonar dichos criterios, ya que son infundados. Cuarta, indica que el ch1980 es un tratado eminentemente procesal⁴³ lo que no es acertado, ya que este hace efectivos los derechos humanos de los niños, consagrados en los artículos 10(2) y 11 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.⁴⁴

3.El caso X v. Latvia

Solamente tres años tras haberse pronunciado en Neulinger, la Gran Sala del tedh resolvió nuevamente un caso de sustracción de menores en el asunto X v. Latvia, el cual pone de relieve cuáles son los criterios del tedh en este tema, y por ello, su indiscutible importancia.

Conviene señalar que dicha sentencia no revoca Neulinger sino que aclara sus alcances. Lo anterior, debido a que, al parecer, la Gran Sala no es muy afecta a revocar sus propias sentencias, por lo menos no expresamente. Considérese que la presión ejercida por los diferentes gobiernos, tribunales y organizaciones internacionales (tales como la Conferencia de La Haya) fue vital para el cambio de parecer del tedh.

Se trata de una interpretación bienvenida y ansiada por los tribunales europeos y diferentes círculos doctrinales.⁴⁵ Sin embargo, cabe señalar que existe, en algunos foros, incertidumbre sobre el verdadero alcance de la sentencia X v. Latvia.⁴⁶ De ahí que durante la reunión de octubre de 2017 de la Comisión

⁴² TEDH, *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, §146.

⁴³ *Ibid.*, § 145.

⁴⁴ Véase Detrick, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 183-191, 203-212.

⁴⁵ Boiché, Alexandre, “Enlèvement International d’enfants: la Cour européenne des droits de l’homme revient sur sa jurisprudence *Neulinger*”, *AJ Famille*, 2014, p. 58.

⁴⁶ Véanse por ejemplo: Requejo Isidro, “El derecho al respeto a la vida privada y familiar...”, 312-313; McEleavy, Peter, “The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?,” *Netherlands International Law Review* 62, no. 3, 2015, pp. 392-403, Doi: <https://doi.org/10.1007/s40802-015-0040-z>; Otaegui Aizpurua, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ...*, cit., pp. 318-321.

Algunos autores han manifestado su preocupación y no han estado de acuerdo con el resultado, entre ellos: Beaumont, Paul, *et*

Especial sobre el funcionamiento práctico del ch1980, celebrada en La Haya, Países Bajos, se adoptara una conclusión neutral, sin celebrar ni repudiar el fallo;⁴⁷

De acuerdo a las Conclusiones y Recomendaciones N° 48 y 49 de la Sexta Reunión de la Comisión Especial de 2011 (primera parte), la Comisión Especial señala los avances realizados con posterioridad a la reunión, en el asunto X c. Letonia, en particular el examen del Tribunal que figura en la sección “Principios generales” (párrs. 92-108), en el que la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó, entre otras cosas, que “cuando se trate de una demanda de retorno efectuada en aplicación del Convenio de La Haya, situación distinta a la de un procedimiento sobre el derecho de custodia, se deberá apreciar el interés superior del niño teniendo presentes [a la luz de] las excepciones previstas en dicho convenio [referencias a los arts. 12, 13 y 20 del Convenio de La Haya sobre Sustracción de Niños]” (Gran Sala, N° 27853/09, 26 de noviembre de 2013, párr. 101; véase también el párr. 107, en el que la Gran Sala destacó que estas excepciones “se interpretarán de manera estricta”).

Como se verá a lo largo de este trabajo, y a pesar de este aparente velo de duda sobre su interpretación, la autora considera que esta sentencia es favorable y ha aclarado temas inciertos en relación con la interacción de ambos tratados. Sin embargo, se coincide con que en esta materia no existe una claridad perfecta, y dicho criterio, admite amplia flexibilidad a los tribunales.

Los hechos del caso son los siguientes: El menor nació en Australia de padres de nacionalidad letona (la madre, la cual adquirió la nacionalidad australiana en 2007 y contaba, por tanto, con la doble nacionalidad) y australiana (el padre). La madre letona se mudó con el padre australiano cuando ya se encontraba en los últimos meses del embarazo. A pesar de la mala relación entre ambos padres, la madre siguió viviendo en el apartamento del padre en Australia en calidad de arrendataria. Posteriormente, la madre sustrajo al menor de Australia en julio de 2008, sin el consentimiento del padre, y por ello, el padre interpuso una solicitud de restitución en septiembre de ese año. Los padres nunca estuvieron casados ni eran pareja de hecho. Un tribunal australiano otorgó responsabilidad parental al padre en un procedimiento posterior a la sustracción, sin aparentemente otorgarle garantía de audiencia y defensa a la madre (véase infra para información más detallada). Un tribunal de Riga ordenó el retorno del menor, pero la madre apeló alegando la excepción del artículo 13(1)(b) del ch1980 (véase infra para información más detallada). Posteriormente, el tribunal de alzada desestimó la apelación como infundada. El padre viajó a Letonia, e hizo justicia por su propia mano al despojar a la madre del menor en un lugar público y llevarlo consigo a Australia.

al., “Child Abduction: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights,” *International and Comparative Law Quarterly*, 64, no.1, 2015, p. 48, [Doi: 10.1017/S0020589314000566](https://doi.org/10.1017/S0020589314000566)Publ

⁴⁷ Conclusión y Recomendación no. 17 de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico de los Convenios de La Haya de 1980 y 1996 (10-17 de octubre de 2017).

A primera vista, pareciera que la sentencia *X v. Latvia* fue reñida en cuanto a fijar parámetros para la aplicación del ch1980. Pero no fue así, ya que la controversia principal entre los jueces únicamente versó sobre si se debía condenar a Letonia. La mayoría concluyó que la solicitante sufrió una interferencia desproporcionada en su derecho a la vida familiar, ya que la decisión emitida en virtud de derecho nacional no satisfizo los requisitos inherentes del artículo 8 del cedh, en base a que el tribunal regional de Riga no consideró debidamente los alegatos de la solicitante en virtud del artículo 13(1)(b) del ch1980.⁴⁸

De manera unánime, los jueces del tedh estuvieron de acuerdo en realizar una interpretación armónica del cedh y del ch1980. De una manera clara y acertada, los jueces expusieron que un análisis de las disposiciones de los tratados internacionales no debería resultar en un conflicto o contradicción entre los diferentes tratados, siempre que el tedh pueda realizar su objetivo de garantizar la observancia de los compromisos de los Estados contratantes. Posteriormente, señala la sentencia que debe existir un equilibrio entre los diferentes intereses del menor, los padres y el orden público. Añade que existe un consenso internacional sobre que el interés superior del menor debe ser primordial. Asimismo, indica que el ch1980 sigue la misma filosofía de restablecer el statu quo y menciona las excepciones. Aclara, además, que los procedimientos sobre sustracción son diferentes a los procedimientos de custodia.⁴⁹

En la sentencia *X v. Latvia*, los votos del tedh se dividieron 16 contra 1 en relación con el criterio adoptado por Neulinger. Casi por unanimidad, los jueces (excepto por el juez Pinto de Albuquerque de Portugal) estuvieron de acuerdo en que el artículo 8 del cedh no obliga a los jueces nacionales a hacer un examen exhaustivo de la totalidad de la situación familiar y de toda una serie de elementos de orden fáctico, afectivo, psicológico, material y médico, y si han apreciado de manera equilibrada y razonada los intereses de cada una de las personas, con la preocupación constante de determinar cuál sería la mejor solución para el niño sustraído en el contexto de una solicitud de restitución a su país de origen (véase, párrafo 105 de *X v. Latvia*). Por lo que, en efecto, cambia el criterio establecido en Neulinger (en su párrafo 139), dicho criterio hubiera desprovisto al ch1980 de todo significado, al convertirlo en un proceso de custodia.⁵⁰

⁴⁸ Como dato curioso señalamos que el juez de Letonia fue parte de la mayoría y por tanto, votó a favor de la condena de Letonia. Los jueces de la mayoría eran de Bulgaria, Estonia, Grecia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Montenegro y Portugal. Los jueces disidentes: Alemania, Azerbaiyán, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Finlandia, Italia y Reino Unido. Obsérvese que las grandes potencias como Alemania, Italia y Reino Unido votaron en contra de la mayoría dado que hubieran preferido que Letonia no fuera condenado, para así evitar fijar un criterio de difícil cumplimiento para los tribunales. Naturalmente, varios de los jueces ya concluyeron sus términos y fueron reemplazados por nuevos jueces de su respectivo país. No obstante, dicha sentencia no deja de ser controversial y de gran alcance, por ello es posible que jueces del TEDH, sin importar cuándo fueron designados o si participaron o no en las deliberaciones, cuenten con su propia opinión personal sobre el caso. Conversación con el juez español del TEDH, Luis López Guerra, el 25 de septiembre de 2014 en Estrasburgo, Francia, en el marco de la Jornada “Tribunal Europeo Derechos Fundamentales” de la Facultad de Derecho de la UNED.

⁴⁹ TEDH, *X v. Latvia*, § 92-102.

⁵⁰ Este cambio parece lógico pues las intervenciones tanto de gobiernos (Finlandia y la República Checa) así como la organización no gubernamental *Reunite* manifestaron su preocupación con la actual tendencia del TEDH a prácticamente desvirtuar el objetivo del CH1980. Asimismo, en otros foros, incluyendo el de la Conferencia de La Haya se hizo hincapié en la

Sin embargo, al parecer, el tribunal buscó un término medio, y por ello, exigió que dos condiciones se cumplieren para una interpretación armónica del cedh y el ch1980 (véase, párrafo 106 de X v. Latvia). Por una parte, los elementos susceptibles de constituir una excepción para el regreso inmediato del menor con respecto a los artículos 12, 13 y 20 del ch1980, particularmente cuando los invoque una de las partes, deben ser realmente tomados en cuenta por el tribunal requerido; asimismo, el tribunal debe motivar su decisión sobre este punto a fin de permitir al tedh verificar que estos elementos fueron objeto de un examen efectivo. Por otra parte, dichos elementos deben ser evaluados a la luz del artículo 8 del cedh. Luego de ello, el tedh hace una acotación de no poca importancia: “véase Neulinger”. No es clara la intención del Tribunal Europeo al añadir dicha acotación, dado que X v. Latvia, de cierta manera, “revoca” implícitamente el criterio de Neulinger sobre el examen exhaustivo, al cambiar la postura del tedh por mayoría de votos. No obstante, dicha acotación pareciera referirse únicamente al párrafo 133 de Neulinger sobre la naturaleza de orden público europeo de dicho instrumento, con respecto a si los tribunales nacionales han actuado conforme a las garantías consagradas en el cedh. El futuro indicará cómo dicho criterio se aplicará en los tribunales nacionales de los Estados parte del cedh.

En lo que respecta a la condena a Letonia por haber infringido el artículo 8 del cedh conviene hacer algunas precisiones. El tedh se encuentra dividido y el voto fue bastante controvertido en relación con el argumento relativo a que el tribunal regional de Riga no consideró debidamente los alegatos de la solicitante en virtud del artículo 13(1)(b) del ch1980. La diferencia entre los jueces radica en el control que debe ejercer el tedh sobre los tribunales nacionales, y en particular, en el actuar de dichos tribunales cuando se invoquen las excepciones en virtud del ch1980. La mayoría de los votos (9 contra 8) le confiere mayor responsabilidad a los tribunales en materia probatoria y al evaluar las excepciones, reconociendo que estos pueden recabar pruebas de oficio cuando así se contemple en el derecho interno; en cambio, el criterio de la minoría subraya que son las partes las que tienen la carga de la prueba y no corresponde al tribunal ir más allá de lo establecido y probado por las partes.

Se debe reconocer que el criterio de la mayoría de los miembros del tedh en lo que respecta a la actuación de los tribunales en materia probatoria —reconociendo la posibilidad de actuar de oficio—, es mucho más oneroso y difícil de implementar. Surge la pregunta de si sería adecuado plantear esta disyuntiva en casos de sustracción de menores. Desde una perspectiva estricta del ch1980, la respuesta debería ser negativa. Dicha interpretación posiblemente llevaría a la interposición de más recursos y argucias jurídicas por parte de las partes, lo que alargaría los litigios y posiblemente generaría incertidumbre jurídica.

No obstante, en opinión de la autora, el ch1980 debe conciliarse con los tratados existentes de derechos humanos y la evolución de los derechos de los niños, y adaptarse a la evolución de la sociedad en la cual en la gran mayoría de casos, son las madres las que sustraen al menor;⁵¹ en algunas ocasiones, las madres

necesidad de revertir esos criterios. En otras palabras, el TEDH se encontraba prácticamente sitiado.

⁵¹ Lowe, Nigel y Stephens, Victoria, Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report – provisional edition, pending the completion of the French version, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Documento Preliminar no. 11 de

se encuentran huyendo de violencia doméstica.⁵² Es decir, ahora son las personas responsables del cuidado principal del menor las que sustraen a los niños.

Por lo anterior, en vista de la vulnerabilidad de las personas involucradas, los tribunales deben cerciorarse, por los medios probatorios presentados por las partes o recabados de oficio, de que el menor no se encuentra en grave riesgo, particularmente cuando fuera invocado por las partes. En caso de que se encontrara, el tribunal tendrá la discreción de determinar qué medidas protectoras son suficientes para proteger al menor al regresarlo a su país de residencia habitual.

Parece una prioridad evitar resultados injustos como lo fue el caso que dio lugar a *X v. Latvia*. En particular, al regreso de la madre, el tribunal australiano emitió una decisión en la que otorgaba al padre responsabilidad parental de manera exclusiva y permitía a la madre visitar al menor bajo la supervisión de una trabajadora social. Asimismo prohibió, entre otras cosas, a la madre hablar al menor en letón.

El tedh asumió el riesgo y lo felicitamos, al fin y al cabo, el criterio sobre la admisión y ofrecimiento de pruebas establecido por la sentencia *X v. Latvia* se aplicará en casos restringidos (en particular, cuando se invoquen excepciones en virtud del artículo 13). A pesar de este logro, aún existe el riesgo de que se compliquen excesivamente los casos de sustracción de menores, ya que no existen lineamientos para los tribunales nacionales. En efecto, el tedh deja abierta la puerta a las interpretaciones que de este criterio hagan los tribunales nacionales, y probablemente incrementará el volumen de casos que se presenten ante este. Sin embargo, aproximadamente seis años después de la emisión del fallo no se observa un incremento que sea digno de mencionarse.

Algunos reputados autores se han manifestado en contra de la condena a Letonia y han advertido que el tedh debe renunciar a actuar como la última instancia de apelación, sustituyéndose a las opiniones de los tribunales nacionales y retrasando los procedimientos en casos donde es imperativo que los casos se resuelvan con celeridad. Asimismo, dichos autores concluyen que se puede estar causando más daño a los niños, ya que no puede restablecerse el statu quo.⁵³

La autora no coincide con esta opinión.⁵⁴ Se debe aceptar que la celeridad de los procesos ya ha dejado de ser una excusa cuando se valoran la protección de los derechos humanos, y que los derechos humanos

febrero de 2018 – revisado, 7-8, <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>

⁵² Lindhorst, Taryn y Edleson, Jeffrey L., *Battered Women, their Children, and International Law – The Unintended Consequences of the Hague Child Abduction Convention*, Boston, Northeastern University Press, 2012, pp. 104-107.

⁵³ Beaumont, Paul *et al.*, “Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention,” en *A Commitment to Private International Law, Essays in honour of Hans van Loon*, Reino Unido, Intersentia, 2013, p. 30.

Esta crítica, sin embargo, fue realizada antes de que se emitiera la sentencia final por la Gran Sala, y los autores criticaron especialmente la sentencia de una sala de la sección tercera del TEDH. Véase asimismo nota a pie de página 46.

⁵⁴ Se suman a nuestra crítica profesores de derechos humanos, como el profesor asociado, Antoine Buyse, de la Universidad de

se encuentran más presentes que nunca. Sin embargo, la demora debe ser razonable.⁵⁵ El tedh debe sin duda agilizar sus procesos porque son ahora demasiado prolongados. Por causa de dichas dilaciones en los procedimientos, es muy poco probable que el tedh ordene un retorno del niño por el tiempo que ha transcurrido desde la sustracción, pero podrá en cambio concluir que existirá una violación al artículo 8 si se ejecuta una orden de retorno dictada por las autoridades nacionales, como en el caso de Neulinger, lo que tendrá como consecuencia la suspensión indefinida de dicha ejecución.

Por lo anterior, y para concluir este apartado, se señala que se coincide con que Letonia infringió el artículo 8 del cedh. Dicha violación se basa en tres razonamientos (que van, en efecto, más allá del criterio de la mayoría): el tribunal letón no consideró efectivamente la excepción de grave riesgo en el artículo 13(1)(b); tampoco tomó las medidas de protección adecuadas para la restitución del menor, y determinó de manera errónea que existió un traslado ilícito y que los derechos de custodia habían sido efectivamente ejercidos basándose en una “orden de persecución” de un tribunal australiano. Estos temas son tratados con mayor profundidad en el artículo publicado por la autora en el Anuario Colombiano de Derecho Internacional mencionado al inicio de este escrito.

Utrecht en los Países Bajos que mantiene un ECHR blog, en el cual indica “We therefore believe that the ECHR got it “right” in this case [X v. Letonia] by stressing the assessment in relation to an individual child rather than paying “lip service” to the Hague Convention. This Convention may be viewed to provide a “greater good”, yet it cannot ignore the reality of the individual child in view of the fact that at times primary carers can also be the main abductors.” Traducción elaborada por la autora: Consideramos que el TEDH fue acertado en este caso [X v. *Latvia*] al subrayar que se debe evaluar con respecto al niño en específico en lugar de favorecer al CH1980 de dientes para afuera. Este CH1980 puede ser percibido como que otorga “un bien mayor”, al mismo tiempo no puede ignorar la realidad del niño en específico en vista de que en algunas ocasiones los que tienen el cuidado principal del menor también pueden ser los sustractores. Antoine Buyse, <http://echrblog.blogspot.nl/2013/12/x-v-latvia-child-abduction-grand.html>.

Véase también Crumley, Brett “X v Latvia: Creative Harmony, Fortunate Result” Oxford Human Rights Hub, <http://ohrh.law.ox.ac.uk/?p=3490>.

Pareciera ser que esta divergencia de opiniones se manifiesta entre profesores de derecho internacional privado y profesores de derechos humanos. Pero véase, una opinión de una profesora de derecho internacional privado que se encuentra a favor de la interpretación del TEDH: Otaegui Aizpurua, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos ...*, cit., p. 321 (dicha autora indica “[...] lo que el Tribunal está realizando es una aplicación “más humana” y más “personalizada” del sistema instaurado por el CH 1980, sin olvidar las obligaciones que dicho texto normativo conlleva para los Estados miembros, pero centrando su atención en las principales víctimas de estas desafortunadas situaciones, que son los menores y en su situación concreta [...]”).

⁵⁵ Véase por ejemplo, la tesis mexicana Tesis III.2o.C.71 C(10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 40, marzo de 2017, tomo IV, p. 2639 (Registro no. 2013812) “Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. atento al interés superior de éstos, el plazo de seis semanas que la autoridad judicial o administrativa competente tiene para resolver los procedimientos para la restitución de aquéllos, al poder excederse de ese periodo razonable y proporcional con la causa que lo originó, no está por encima del derecho de audiencia y defensa de las partes”.

4. Conclusión

Es indudable que el papel que ha desempeñado el tedh en la interpretación del ch1980 ha sido controversial. Lo anterior se debe a la incertidumbre que ha generado por las múltiples sentencias que han emitido tanto las secciones como la Gran Sala, así como la dificultad de dilucidar sus alcances concretos. Si bien, a consideración de la autora, en un inicio -desde Neulinger- las sentencias emitidas por el tedh fueron perjudiciales para el ch1980, porque desvirtuaron su objetivo, la sentencia de X v. Latvia (Gran Sala) dispuso las dudas sobre los principios regidores de este en relación con las garantías tuteladas por el cedh, y buscó una interpretación armónica entre ambos tratados.

Para un examen más detallado, así como un análisis de jurisprudencia más reciente del tedh, véase el artículo publicado por la autora en el Anuario Colombiano de Derecho Internacional multicitado.

5. Bibliografía

Beaumont, Paul R., "The Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the European Court of Justice on the Hague Convention on International Child Abduction", en *Recueil des cours*, vol. 335, 9-103, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

BEAUMONT, Paul, Katarina Trimmings, Lara Walker y Jayne Holliday, "Child Abduction: Recent jurisprudence of the European Court of Human Rights," *International and Comparative Law Quarterly* 64, N°1 (enero de 2015), 39-63. <https://doi.org/10.1017/S0020589314000566>Publ.

Beaumont, Paul y Lara Walker, "Post Neulinger Case Law of the European Court of Human Rights on the Hague Child Abduction Convention" en *A Commitment to Private International Law, Essays in honour of Hans van Loon*, Reino Unido, Intersentia, 2013.

Beaumont, Paul y Peter McEleavy, *The Hague Convention on International Child Abduction*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Boiché, Alexandre, "Enlèvement International d'enfants: la Cour européenne des droits de l'homme

revient sur sa jurisprudence Neulinger", *AJ Famille*, Dalloz, 2014.

DETRICK, Sharon, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, Kluwer Law International, 1999.

Fortin, Jane, *Children's Rights and the Developing Law*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2009.

González Beilfuss, Cristina "Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala), de 6 de julio de 2010. Caso Neulinger y Shuruk contra Suiza", *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 62, 2, 2010.

Herranz Ballesteros, Mónica "Los Tribunales de Estrasburgo y Luxemburgo ante la protección de los Derechos fundamentales en supuestos de sustracción internacional de menores", *Revista de Derecho Europeo*, vol. 44, 2012.

JACOBS, Francis G. *The European Convention on Human Rights*. Guildford y London: Oxford University Press, 1975.

McEleavy, Peter, "The European Court of Human Rights and the Hague Child Abduction Convention: Prioritising Return or Reflection?," *Netherlands International Law Review* 62, 2015, 365-405. <https://doi.org/10.1007/s40802-015-0040-z>.

NEULINGER, Isabelle, *Jamais vous n'aurez mon fils*. Paris : Jourdan PixL, 2015.

LINDHORST Taryn y Jeffrey L. Edleson, *Battered Women, their Children, and International Law – the Unintended Consequences of the Hague Child Abduction Convention*. Boston: Northeastern University Press, 2012.

Otaegui Aizpurua, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

Pérez Manrique, Ricardo C., "Sustracción Internacional de Niños y Derechos Humanos", en *Cuestiones Complejas en los Procesos de Restitución Internacional de Niños en Latinoamérica*, coord(s) Lázaro Tenorio Godínez, Nieve Rubaja, Florencia Castro, México, Porrúa, 2017.

Pérez Vera, Elisa "La problemática adhesión de La Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos", en *España y la Unión Europea en el orden internacional*, eds. Joaquín Alcaide Fernández y Eulalia W. Petit de Gabriel, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

REQUEJO ISIDRO, Marta "El derecho al respeto a la vida privada y familiar y el secuestro internacional de menores. Los estados miembros de la UE ante el TEDH: estado de la cuestión (2016)," *Anuario de los cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XVI, 2016, 283-320.

RODRÍGUEZ PINEAU, Elena, "El adecuado equilibrio entre el respeto del CEDH y la aplicación del Convenio de La Haya de 1980 (nota a X c Letonia)", *Revista General de Derecho Europeo*, 33, 2014, 1-22.

SCHABAS, William A., *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, 2015.

Schulz, Andrea, "The 1980 Hague Child Abduction Convention and the European Convention on Human Rights", en *Family Life and Human Rights: Papers Presented at the 11th World Conference of the International Society of Family Life*, ed. Peter Lodrup y Eva Modvar, Oslo: Gyldendal Akademisk, 2004.

Schuz, Rhona, *The Hague Child Abduction Convention – A Critical Analysis*, Oxford y Portland Oregon, Hart Publishing, 2013.

Van Loon, Hans, *Interaction Between Recent Case-law of the European Court of Human Rights and the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction*, 17 de marzo de 2011, disponible en la dirección < <http://www.hcch.net/upload/coe2011.pdf> > (consultado el 26 de marzo de 2019).

Walker, Laura, "The Impact of the Hague Abduction Convention on the Rights of the Family in the Case-law of the European Court of Human Rights and the UN Human Rights Committee: the Danger of Neulinger", *Journal of Private International Law* 6, N° 3, 2010, 649-682.

Documentos oficiales

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO, Conclusiones y Recomendaciones de las reuniones en 2011, 2012 y 2017 de la Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 sobre Sustracción Internacional de Menores y del Convenio de 1996 sobre Protección de Niños, y sus informes. Disponibles en <https://assets.hcch.net/docs/edce6628-3a76-4be8-a092-437837a49bef.pdf> (reunión de 2017), https://assets.hcch.net/upload/wop/concl28-34sc6_en.pdf (reunión de 2012) y <https://assets.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14e.pdf> (reunión de 2011).

LOWE, Nigel, y STEPHENS, Victoria, Part I — A statistical analysis of applications made in 2015 under the Hague Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction — Global report – provisional edition, pending the completion of the French version, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, Documento Preliminar No 11 A de febrero de 2018 – revisado en <https://assets.hcch.net/docs/d0b285f1-5f59-41a6-ad83-8b5cf7a784ce.pdf>.

TEDH, Annual Report 2017 and 2018 of the European Court of Human Rights, Council of Europe, p. 163 (Chapter 6) en https://echr.coe.int/Documents/Annual_report_2017_ENG.pdf y https://echr.coe.int/Documents/Annual_report_2018_ENG.pdf (consultado el 26 de marzo de 2019).

TEDH, Factsheet Extra-territorial jurisdiction of States Parties to the European Convention on Human Rights, July 2018, en https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Extra-territorial_jurisdiction_ENG.pdf (consultado el 26 de marzo de 2019).

TEDH, Press release issued by the Registrar of the Court, No 377 of 28 April 2011, disponible en < [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22003-3520146-3971634%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-3520146-3971634%22]}>) (consultado el 26 de marzo de 2019).

TEDH, The general practice followed by the panel of the grand chamber when deciding on requests for referral in accordance with article 43 of the convention (October 2011) en https://www.echr.coe.int/Documents/Note_GC_ENG.pdf.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TEDH, Deak v. Romania and the United Kingdom (Application No 19055/05) [cita INCADAT: HC/E/UKe 974].

TEDH, Ignaccolo-Zenide v. Romania, no. 31679/96, (2001) 31 E.H.R.R. 7 [cita INCADAT: HC/E/RO 336].

TEDH, Karrer v. Romania, Application No 16965/10, §54-55, 21 May 2012 [cita INCADAT: HC/E/RO 1149].

TEDH, K.J. v. Poland (Application No 30813/14) [cita INCADAT: HC/E/PL 1348].

TEDH, Maumousseau and Washington v. France (Application No 39388/05) [cita INCADAT: HC/E/FR 942].

TEDH, M.K. c. Grèce (Requête n° 51312/16) [no es un caso INCADAT].

TEDH, MR and LR v. Estonia (Application No 13420/12) (declarado inadmisibile) [cita INCADAT: HC/E/EE 1177].

TEDH, Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Application No 41615/07) [cita INCADAT: HC/E/CH 1001].

TEDH, Neulinger and Shuruk v. Switzerland (Application No 41615/07), Grand Chamber [caso INCADAT: HC/E/CH 1323].

TEDH, Pellegrini v. Italy, (Application No 30882/96), ECHR 2001 [no es un caso INCADAT].

TEDH, P.P. v. Poland (Application No 8677/03) [cita INCADAT: HC/E/PL 941].

TEDH, Raban v. Romania (Application No 25437/08) [cita INCADAT: HC/E/RO 1330].

TEDH, Šneersone and Kampanella v. Italy (Application No 14737/09) [cita INCADAT: HC/E/LV 1152].

TEDH, Statement of facts, Third Section, Application No 27853/09, 23 March 2010, disponible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22003-3086023-3415688%22\]}>](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-3086023-3415688%22]}>).

TEDH, Vladimir Ushakov v. Russia (Application no. 15122/17) [cita INCADAT: HC/E/RU 1419].

TEDH, X v. Latvia (Application No. 27853/09), Grand Chamber [cita INCADAT: HC/E/LV 1234].

Jurisprudencia de varios Estados

ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, Abbott v. Abbott, 130 S. Ct. 1983 (2010) [cita INCADAT: HC/E/USf 1029].

MÉXICO, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Tesis III.2o.C.71 C(10a), Décima Época, Libro 40, marzo de 2017, tomo IV, p. 2639 (Registro N° 2013812).

MÉXICO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis II.3o.C.78 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2928 (Registro N° 165071).

MÉXICO, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tesis II.3o.C.79 C, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 2959 (Registro N° 165070).

REINO UNIDO, C. v. C. (Minor: Abduction: Rights of Custody Abroad) [1989] 1 WLR 654 [cita INCADAT: HC/E/UKe 34]

LEMBRECHTS Sara, "M.K. v. Greece – Implementing children's rights in legal proceedings following an international parental abduction", Strasbourg observers < <https://strasbourgobservers.com/category/cases/m-k-v-greece/> >.

MOYES Jojo, "Zulu boy allowed to stay in Britain with foster mother", Independent, 26 February 1997 < <https://www.independent.co.uk/news/zulu-boy-allowed-to-stay-in-britain-with-foster-mother-1280636.html> >.

REINO UNIDO, Re E. (Children) (Abduction: Custody Appeal) [2011] UKSC 27, [2012] 1 A.C. 144 [cita INCADAT: HC/E/UKe 1068] (Reino Unido).

reino unido, Re F. (Hague Convention: Child's Objections) [2006] FamCA 685, (2006) FLC 93-277; 36 Fam LR 183 [cita INCADAT: HC/E/AU 864].

REINO UNIDO, Re M. (A Minor) (Child Abduction) [1994] 1 FLR 390 [cita INCADAT: HC/E/UKe 56].

Reino Unido, Re S. (A Child) (Abduction: Rights of Custody) [2012] UKSC 10, [2012] 2 A.C. 257 [cita INCADAT: HC/E/UKe 1147].

REINO UNIDO, T.B. v. J.B. (Abduction: Grave Risk of Harm) [2001] 2 FLR 515 [cita INCADAT: HC/E/UKe 419].

Recursos electrónicos

Buyse, Antoine, "X v Latvia Child Abduction Grand Chamber Judgment", ECHR blog disponible en <http://echrblog.blogspot.com/2013/12/x-v-latvia-child-abduction-grand.html>.

Crumley, Brett, "X v Latvia: Creative Harmony, Fortunate Result", Oxford Human Rights Hub, en <http://ohrh.law.ox.ac.uk/x-v-latvia-creative-harmony-fortunate-result/>.

INCADAT (International Child Abduction Database) – la base de datos sobre sustracción internacional de niños, en <https://www.incadat.com/es>

ALGUNOS APUNTES SOBRE LA COMPETENCIA JURISDICCIONAL CIVIL INTERNACIONAL EN MATERIA DE ALIMENTOS A LA LUZ DEL CONVENIO DE LA HAYA SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES Y EL DERECHO PROCESAL PERUANO

Luis Raúl Serrano Arribasplata*

1. Introducción 2. El proceso de restitución internacional de menor y el tribunal competente en materia de alimentos para la niña, niño o adolescente traslado y retenido o retenido ilícitamente en el Perú 2.1. El caso de una niña trasladada desde España y retenida ilícitamente por su progenitora en el Perú 2.2. Análisis sobre la procedencia del proceso de alimentos incoado ante el juzgado peruano por la progenitora que sustrajo a la niña de territorio español hacia territorio peruano 2.2.1. Normatividad pertinente al caso 2.2.2. Tribunal competente para decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia 2.2.3. Cuál es el periodo en el cual el tribunal competente de la residencia habitual del menor mantiene su competencia 2.2.4. El derecho de alimentos está incluido en la cuestión de fondo del derecho de custodia 2.2.5. Consecuencias procesales de la resolución que admite a trámite una demanda de restitución internacional de menor conforme al Convenio sobre Sustracción 2.2.6. La competencia del juez del país requerido en la solicitud de restitución internacional de menor para ordenar medidas urgentes de protección en materia de alimentos conforme al Convenio sobre Sustracción. 2.2.7. Una jurisprudencia del foro uruguayo sobre restitución internacional de menor y el derecho de alimentos 3. Conclusión 4. Bibliografía

* Abogado litigante graduado con el calificativo de sobresaliente en la Universidad de Lima - Perú; LL.M. en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional por la Universidad de Valencia – España; con estudios de post grado en Derecho Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos – Perú y de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires - Argentina.

Resumen: Cuando un vínculo de derechos y deberes entre dos sujetos de derechos en una relación jurídica de diferentes Estados nacionales entran en controversia, nos encontramos frente a una relación de tráfico externo o iusprivada internacional, entramos a un conflicto de leyes, con dudas sobre cuál es la ley aplicable para regir el fondo del asunto y cuál es el tribunal competente para dirimir la controversia, por tanto el convenio de la Haya y demás tratados internacionales servirán de guía a los operadores jurídicos en sus quehaceres diarios.

Abstract: When a bond of rights and duties between two subjects of rights in a legal relationship of different national States enters into controversy, we are faced with a relationship of external or international iusprivate traffic, we enter a conflict of laws, with doubts about which is the applicable law to govern the merits of the matter and which is the competent court to settle the dispute, therefore the Hague Convention and other international treaties will serve as a guide for legal operators in their daily tasks.

1.Introducción

Una relación jurídica es un vínculo de derechos y deberes entre dos sujetos de derecho. Cuando alguno o todos los elementos que la componen están vinculados a ordenamientos jurídicos de diferentes Estados nacionales, por cualquiera de las siguientes características, a saber: la nacionalidad o el domicilio de las personas físicas o morales, el lugar de celebración del acto jurídico, el lugar de ejecución del contrato, el lugar de ubicación del inmueble, entre otros, nos encontramos frente a una relación de tráfico externo o iusprivada internacional.

Al presentarse un conflicto de intereses, derivado de una relación de tráfico jurídico externo, surgen las preguntas clásicas del derecho internacional privado, a saber: ¿cuál es la ley aplicable para regir el fondo del asunto y cuál es el tribunal competente para dirimir la controversia?.

Es a partir de esas preguntas que los códigos civiles o leyes especiales de Derecho Internacional Privado de los diferentes países, especialmente del sistema romano germánico, han construido sus respectivos esquemas normativos sobre la materia, que incluyen la adhesión o ratificación a tratados internacionales de carácter bilateral y/o multilateral. Este conjunto de dispositivos servirá de guía a los operadores jurídicos: jueces, abogados y autoridades administrativas, en su quehacer diario.

El derecho internacional privado (ley doméstica) y/o el derecho internacional privado de fuente convencional (tratado internacional bilateral o multilateral del cual un determinado Estado sea parte) han elegido un elemento de la relación jurídica iusprivada internacional para hacerlo relevante, es decir para darle efectos jurídicos en orden a determinar la ley aplicable y el tribunal competente. En la mayoría de Estados se ha optado por los criterios o factores del domicilio y/o la nacionalidad.

El propósito de este ensayo es hacer algunos apuntes acerca del tribunal competente en las controversias iusprivadas internacionales sobre alimentos a la luz del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, (que en adelante denominaré Convenio sobre Sustracción) y el Derecho Procesal Peruano en el contexto de un proceso judicial de restitución internacional de menor tramitado ante la judicatura peruana.

El proceso de restitución internacional de menor y el tribunal competente en materia de alimentos para la niña, niño o adolescente trasladado y retenido o retenido ilícitamente en el Perú

El caso de una niña trasladada desde España y retenida ilícitamente por su progenitora en el Perú. Comenzaré mi abordaje a este asunto a partir de un caso que, por coincidencia, actualmente se encuentra sometido a conocimiento del Poder Judicial Peruano. Se trata de una pareja de progenitores que residían en España, conjuntamente con su menor hija. Dicha niña, luego de un conflicto familiar, es trasladada al Perú por su madre sin permiso de viaje (sea de su padre o judicial), es decir de manera ilícita. En la actualidad está siendo retenida en ese país por su madre. El padre, a través de su apoderado y abogado, demandó la restitución internacional de la niña ante el tribunal competente peruano, a fin que se ordene su retorno o restitución a España. La demanda tiene como fundamento jurídico el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, del cual tanto Perú como España son Estados parte.

De otro lado, la madre posteriormente, formuló una demanda de alimentos contra el padre, ante otro juzgado peruano, a fin que se le ordene a éste acudir con una pensión o cuota alimentaria a favor de la niña. Así mismo, a través de una medida cautelar, dicho juzgado dispuso la asignación anticipada de dicha pensión alimentaria.

En relación al tema alimentario, el padre, por su parte, consignó una suma dineraria por tal concepto ante el juzgado español, el cual dispuso que dicha consignación fuera puesta en conocimiento de la madre. Actualmente, no obstante haber tomado conocimiento de dicha consignación, la madre no ha realizado las gestiones necesarias ante el juzgado español, a fin de hacer efectivo el cobro de la suma consignada.

Finalmente, y como dato extra, se tiene que el juez peruano, ante el cual se demandó alimentos, tiene conocimiento de la existencia del proceso de restitución internacional de menor, toda vez que la madre se lo comunicó en su escrito de demanda aportando las piezas pertinentes de dicho expediente.

2. Análisis sobre la procedencia del proceso de alimentos incoado ante el juzgado peruano por la progenitora que sustrajo a la niña de territorio español hacia territorio peruano

Empezaré esta parte del presente ensayo, admitiendo que los procesos sobre alimentos, incoados por los progenitores(as) sustractores en contra de los progenitores(as) perjudicados o que quedaron atrás “left behind parent”, no son un tema pacífico en la práctica judicial de los diferentes países, pues existen decisiones de la más diversa índole, unas admitiendo y otras declarando la improcedencia de las respectivas demandas.

El reclamo de alimentos ante la judicatura peruana, mencionado en el caso que resumí en el acápite precedente y que, a continuación, me dispongo a analizar, tiene como antecedente o fundamento fáctico relevante la existencia de un proceso de restitución internacional, iniciado por el padre en contra de la madre, que se fundamenta en el traslado y retención ilícitos que ella efectuó de la hija de común de ambos desde España hacia el Perú.

Tanto el proceso de alimentos en contra del padre, como el de restitución internacional de menor se ventilan ante diferentes juzgados en el Perú.

2.1.1 Normatividad pertinente al caso

Derecho Internacional Privado Peruano

El artículo 2047 del Código Civil Peruano¹, nos remite a un tratado sobre la materia que vincule al Estado Peruano con el Estado al cual el conflicto transfronterizo esté vinculado, en este caso España.

Derecho Internacional Privado de fuente convencional

Se aprecia que existe un tratado sobre la jurisdicción competente en controversias sobre el derecho de alimentos de una niña, niño o adolescente (hasta los 16 años) cuando al mismo tiempo se está tramitando un proceso de restitución internacional de menor. Este tratado es el Convenio de la Haya sobre los

¹ <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf> Artículo 2047: “El derecho aplicable para regular relaciones jurídicas vinculadas con ordenamientos jurídicos extranjeros se determina de acuerdo con los tratados internacionales ratificados por el Perú que sean pertinentes y, si estos no lo fueran conforme a las normas del presente libro. Además, son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del derecho internacional privado”.

Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y vincula a la República del Perú y al Reino de España.

De una revisión acuciosa del precitado tratado, se advierte que los artículos pertinentes, al tema del tribunal competente en materia del derecho de alimentos, son los que a continuación se detallan:

“Artículo 1: La finalidad del presente Convenio será la siguiente:

- a) garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante;
- b) velar por que los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.”

“Artículo 2: Los estados contratantes adoptarán todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan en sus territorios respectivos los objetivos del Convenio. Para ello deberán recurrir a los procedimientos de urgencia de que dispongan.”

“Artículo 3: El traslado o la retención de un menor se considerarán ilícitos:

- a) cuando se hayan producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y
- b) cuando este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El derecho de custodia mencionado en a) puede resultar, en particular, de una atribución de pleno derecho, de una decisión judicial o administrativa, o de un acuerdo vigente según el Derecho de dicho Estado.”

“Artículo 4: El Convenio se aplicará a todo menor que tuviera su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. ...”

“Artículo 5: A los efectos del presente Convenio:

- a) el "derecho de custodia" comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; ... “

“Artículo 7 b): Las Autoridades Centrales deberán colaborar entre sí y promover la colaboración entre las Autoridades competentes en sus respectivos Estados, con el fin de garantizar la restitución inmediata de los menores y para conseguir el resto de los objetivos del presente Convenio. Deberán adoptar, en particular, ya sea directamente o a través de un intermediario, todas las medidas apropiadas que permitan

prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales”;

“Artículo 16: Después de haber sido informadas de un traslado o retención ilícitos de un menor en el sentido previsto en el artículo 3, las autoridades judiciales o administrativas del Estado contratante a donde haya sido trasladado el menor o donde esté retenido ilícitamente, no decidirán sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia hasta que se haya determinado que no se reúnen las condiciones del presente Convenio para la restitución del menor o hasta que haya transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud en virtud de este Convenio.”

Es conveniente precisar que las normas del tratado internacional sobre sustracción que se han detallado, son de naturaleza procesal y su basamento es el interés superior del niño.

2.1.2 Tribunal competente para decidir sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia

Lo que nos señala, de manera contundente, el artículo 16 del Convenio sobre sustracción es que: los tribunales del Estado, a cuyo territorio la niña fue trasladada y viene siendo retenida, en este el caso del Perú, no se deben pronunciar sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia que atañen a dicha menor.

Si se hace una interpretación sistemática², del convenio sobre sustracción, comparando el artículo 16 con otras normas de su texto como son los artículos 1b, referido a uno de los objetivos del convenio, cual es el respeto a los derechos de custodia, y los artículos 3 y 4 que establecen que esos derechos de custodia, que deben respetarse, son los que rigen en el Estado contratante, en cuyo territorio el menor tenía su residencia habitual antes del traslado o retención ilícitos, entonces se llega a la conclusión que los tribunales del Estado de residencia habitual del menor mantienen la competencia para decidir la cuestión de fondo de los derechos de custodia. Esta jurisdicción, en el caso bajo comento, correspondería a los tribunales del Reino de España.

²Rubio Correa, Marcial. El sistema jurídico Introducción al derecho. 10ma, edición. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017. p.242. El distinguido jurista peruano señala en referencia a los métodos de interpretación que: “Para el método sistemático por comparación con otras normas, el procedimiento de interpretación consiste en esclarecer el ‘qué quiere decir’ la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas y que no están claramente expresados en ella”.

2.1. 3 Cuál es el periodo en el cual el tribunal competente de la residencia habitual del menor mantiene su competencia.

El precitado artículo 16 estipula que existen dos supuestos en los cuales el tribunal del Estado requerido, es decir aquél a cuyo territorio el menor fue trasladado o retenido ilícitamente, podrá asumir competencia sobre el asunto de fondo del derecho de custodia, a saber:

- Cuando el Poder Judicial del Estado requerido ha expedido una resolución, con calidad de cosa juzgada, declarando la no restitución del menor.
- Cuando ha transcurrido un periodo de tiempo razonable sin que se haya presentado una solicitud de restitución internacional de menor ante la autoridad central de aplicación y/o ante el Poder Judicial del Estado requerido.

El primer supuesto no ofrece mayores obstáculos toda vez que, simple y llanamente, se trata de constatar que el Poder Judicial del Estado requerido haya dictado una resolución de no retorno del menor al país en el cual tenía su residencia habitual.

El segundo supuesto si ofrece dificultades en la medida que no hay un criterio temporal fijo para establecer ese “periodo razonable”, más aún en el caso de la pretensión alimentaria. El propio informe explicativo al tratado, cuya autora es la connotada jurista Elisa Pérez Vera, reconoce la ambigüedad del término³.

Soy de la idea que ese plazo debe ser el señalado en el artículo 12 del Convenio sobre sustracción⁴, es decir un año desde la fecha en que el padre o madre solicitante tomó conocimiento del traslado y la

³ <https://assets.hcch.net/docs/43df3dd9-a2d5-406f-8fdc-80bc423cdd79.pdf> (pag.35). El informe explicativo nos dice lo siguiente: “Por lo demás, si semejantes situaciones existen, lo ambiguo de la expresión “período razonable” puede llevar a la adopción de una resolución antes del vencimiento del plazo de un año previsto en el artículo 12, apartado primero; en tal supuesto, la resolución adoptada coexistiría con la obligación de devolver al menor de acuerdo con el Convenio, lo que plantearía un problema del que trata el artículo 17.”

⁴ <https://assets.hcch.net/docs/890dbe57-4c10-49be-9a85-554b4f83255f.pdf> (página 5), la parte pertinente del artículo 12 del Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores establece que: “Cuando un menor haya sido trasladado o retenido ilícitamente en el sentido previsto en el artículo 3 y, en la fecha de la iniciación del procedimiento ante la autoridad judicial o administrativa del Estado contratante donde se halle el menor, hubiera transcurrido un periodo inferior a un año desde el momento en que se produjo el traslado o retención ilícitos, la autoridad competente ordenará la restitución inmediata del menor. La autoridad judicial o administrativa, aún en el caso de que se hubieren iniciado los procedimientos después de la expiración del plazo de un año a que se hace referencia en el párrafo precedente, ordenará asimismo la restitución del menor salvo que quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo ambiente”.

retención o de la retención ilícitos, toda vez que, según ese mismo artículo, ese es el tiempo que el juez, que decidirá la restitución, debe considerar a fin de poder explorar la integración del menor al nuevo medio. Si concluye que hay integración al nuevo medio entonces se ha formado un nuevo centro de vida y por ende una nueva residencia habitual.

En cualquier caso, el contenido del término “periodo de tiempo razonable”, quedará a criterio del juzgador, según las circunstancias del caso en particular. En tal caso, la judicatura del Estado requerido asumiría competencia sobre el asunto de fondo de alimentos.

En el caso bajo análisis es muy difícil alegar que ha transcurrido un periodo de tiempo razonable, toda vez que el proceso de restitución internacional de menor incluso fue incoado antes del proceso de alimentos, con lo cual se acredita que mientras no se deniegue la restitución de la niña a España, el tribunal peruano no debe pronunciarse sobre la cuestión de fondo de cualquier aspecto del derecho de custodia, como en este caso es el derecho alimentario, según analizaré en el acápite siguiente.

2.1.4 El derecho de alimentos está incluido en la cuestión de fondo del derecho de custodia

Es evidente que definir este punto corresponde al tema de la calificación jurídica, tarea que debemos efectuar recurriendo primeramente al texto del propio Convenio sobre Sustracción, en el encontramos el artículo 5 que describe, con meridiana claridad, que se entiende por derecho de custodia, a saber: “el derecho relativo al cuidado de la persona del menor”.

El derecho de custodia es el derecho que comprende todo aspecto relacionado con el cuidado de la persona del menor. Ahora bien, ¿Cuáles son los aspectos comprendidos en el cuidado de la persona del menor? Es evidente que todos los aspectos involucrados en tal concepto no se podrían ni se deberían enumerar, toda vez que son todos aquellos que implican velar por el desarrollo y bienestar integral biopsicosocial de la niña, niño o adolescente.

Entre estos aspectos, necesarios para el desarrollo y bienestar de la niña, niño o adolescente, se encuentra el ejercicio de sus derechos fundamentales establecidos en la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas conforme a su interés superior, tales como: el derecho de supervivencia y desarrollo que es el gozar de alimentos (artículo 6) así como el derecho a mantener el contacto personal con sus progenitores de modo regular (artículo 9)⁵, entre otros. Es decir, si el menor no ejercita estos derechos fundamentales entonces ¿cómo podría cuidarse de él?

⁵ <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf> (págs. 11 y 12).

La conclusión preliminar que se extrae del precitado análisis es que el derecho de alimentos, al ser uno de los aspectos básicos del cuidado de la persona del menor, está comprendido en el derecho de custodia.

Ahora bien, a priori, el derecho de custodia, enunciado en la convención y todo lo que el comprende no podría estar en manos de sólo uno de los progenitores, pues la niña, niño o adolescente precisa de ambos para hacer efectivos sus derechos fundamentales, en especial, los referidos al contacto personal y al derecho de alimentos.

En consecuencia, al estar el derecho de alimentos incluido en el derecho de custodia, al que se hace referencia en el Convenio sobre Sustracción, los jueces no deben pronunciarse sobre la cuestión de fondo que a aquel atañe hasta que no se cumplan los supuestos indicados en el último párrafo del artículo 16.

La calificación jurídica, que hace el convenio sobre sustracción, del denominado derecho de custodia, debería llevar a los operadores judiciales a ubicar dicha concepción jurídica dentro de su ordenamiento a efectos de su cabal comprensión.

En el caso del ordenamiento peruano, como en muchos otros del sistema romano germánico, se aprecia que el derecho de custodia, establecido en el convenio sobre sustracción, se encuadra en el concepto de Patria Potestad del Código de los Niños y Adolescentes ⁶. En el sistema del common law se puede ubicar en el denominado parental rights.

En el negado caso que no se ubicase la misma concepción en el derecho nacional de un determinado Estado, supuesto casi imposible, y se tiene que dicho Estado es parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, entonces claramente también lo tiene incorporado a su derecho nacional.

En el caso bajo análisis encontramos que el derecho de alimentos se encuentra ubicado en el derecho de custodia, que en el caso del Estado Español es la Patria Potestad.

En consecuencia, debe aplicarse el artículo 16 del Convenio sobre Sustracción y respetarse la competencia de los tribunales de ese país para decidir sobre el aspecto de fondo del derecho alimentario. En tal sentido, el progenitor ya ha sometido la cuestión de alimentos a conocimiento del juzgado competente de ese país, consignando una suma dineraria a favor de su menor hija, sin embargo, la madre aún no la ha hecho efectiva ni tampoco se ha apersonado ante dicho foro.

⁶ <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf> (pág.17) Ver el artículo 74 que señala los deberes y derechos que comprende la Patria Potestad.

2.1.5 Consecuencias procesales de la resolución que admite a trámite una demanda de restitución internacional de menor conforme al Convenio sobre Sustracción

El principal efecto que produce el auto que admite una demanda de restitución internacional de menor es que, al aplicarse el artículo 16 del Convenio de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, los jueces, que están tramitando procesos sobre la cuestión de fondo de la tenencia o custodia o alimentos o de pérdida o suspensión de patria potestad (o la denominación que estos procesos tengan en un determinado país), devienen en incompetentes mientras no se determine la no restitución del menor.

La institución procesal, para alegar la incompetencia del respectivo juez en este caso de alimentos, es la excepción de incompetencia, que en el ordenamiento peruano se debe alegar en la audiencia única del proceso único del Código de los Niños y Adolescentes⁷. Sobre este punto huelga decir que no es de aplicación la disposición contemplada en el segundo párrafo del artículo 560 del código procesal civil⁸, pues como ya se ha explicado en los acápites precedentes, se trata de una relación cuya naturaleza jurídica es la de ser internacional, siendo de aplicación el artículo 2047 y el tratado internacional correspondiente, en este caso el Convenio sobre Sustracción.

Téngase presente que el juez de alimentos, de oficio, también podría declarar su incompetencia al advertir la existencia de un proceso de restitución internacional de menor en trámite.

Lo que también se ha estado haciendo en la práctica es solicitar al juez de la restitución que oficie al juez del proceso de alimentos a fin que declare de oficio su incompetencia o suspenda la tramitación del proceso hasta que se resuelva el proceso de restitución internacional de menor.

Lo señalado en el párrafo anterior puede resultar útil si la oportunidad para alegar la excepción de incompetencia ha precluido o si, por error, el demandado se sometió al proceso, sin hacer reserva de jurisdicción. En tal caso también se puede solicitar, directamente al juez de alimentos, que suspenda el proceso o declare de oficio su incompetencia.

La suspensión del proceso o el auto que declara incompetente al juez, en la práctica tienen el mismo efecto pues en ambos casos el juez de alimentos no seguirá tramitando ni se pronunciará sobre la cuestión de fondo del derecho alimentario. En el primer caso no archiva el proceso mientras que en el segundo sí.

⁷ <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf> (págs. 33 a 36). Ver artículos 164 a 182 que regulan el proceso único.

⁸ <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-Procesal-Civil-3.2020-LP.pdf> (pág.162) El artículo 560 establece: “Corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al Juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de éste. El Juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por razón de territorio”.

En el primer caso, si se resuelve la no restitución, el interesado puede formular una nueva demanda mientras que en el segundo sólo solicitaría que el proceso se reanude.

Estas consecuencias procesales tienen sentido a la luz del Convenio sobre Sustracción toda vez que enervan la posibilidad de que el progenitor, que ha cometido el traslado y retención o la retención ilícita, pueda obtener un fallo sobre una materia que es competencia del tribunal del país de residencia habitual del menor, competencia que él ha pretendido alterar artificialmente con su conducta⁹.

En el caso hispano peruano que estamos analizando claramente se podrá deducir la excepción de incompetencia o solicitarle directamente o, a través del juez de restitución, al juez de alimentos la suspensión del proceso de alimentos.

2.1.6 La competencia del juez del país requerido en la solicitud de restitución internacional de menor para ordenar medidas urgentes de protección en materia de alimentos conforme al Convenio sobre Sustracción.

Mi planteamiento es que los tribunales del país requerido, en la solicitud de restitución internacional de menor, no son competentes para pronunciarse sobre la cuestión de fondo del derecho de alimentos, pero si son competentes para dictar medidas urgentes de protección a favor de la niña, niño o adolescente cuya restitución se solicita.

Las normas sobre las cuales me baso para esbozar mi planteamiento son los artículos 1, 2 y 7b de la Convención sobre sustracción. En ellos se ha establecido una especie de foro de necesidad¹⁰, destinado a ordenar medidas de diversa índole cuando el menor, que ha sido sustraído, precise de alguna de ellas relativa al ejercicio de sus derechos fundamentales.

⁹ http://www.iin.oea.org/Reunion_Sustraccion_internacional/Ponencia_Dra_Perez_Vera.pdf (págs.3 y 4) Pérez Vera señala: “..., el problema jurídico que plantean las sustracciones de menores deriva de la posibilidad que tienen los particulares de establecer vínculos más o menos artificiales de competencia judicial internacional lo que, unido a las diferencias en los derechos internos, les hace pensar en la posibilidad de obtener una decisión favorable a sus intereses que, además, legitimaría su acción”.

Frisch Philipp, Walter, José Arturo González Quintanilla y otro. Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional. 3a. edición. México. Editorial Porrúa. 2005. p. 201, en relación al tema señalan: “La actuación en fraude a una ley procesal con el objeto de obtener cierto efecto procesal internacional, así para obtener determinada competencia internacional, p.e. a través de un domicilio no efectivo, no deberá reconocerse.”

¹⁰ El foro de necesidad es un instituto del derecho procesal civil internacional según el cual, un tribunal que, no obstante, no ser competente para conocer de una controversia vinculada a un ordenamiento extranjero (en virtud a norma legal general), se debe abocar a dicho conflicto y resolverlo, sea por mandato de norma procesal específica -lex fori- (que establece una excepción) o por precedente judicial fundado en principios superiores de un determinado ordenamiento jurídico a fin de evitar la denegación de justicia o prevenir la lesión de bienes jurídicos.

En efecto, mientras el menor cuya restitución se solicita, se encuentre en el Perú en medio de un proceso judicial que definirá si esa restitución procede o no, no debe dejar de ejercer sus derechos fundamentales establecidos en la convención sobre los derechos del niño y conforme a su interés superior.

Como ya se ha citado en el acápite anterior y la práctica judicial también lo indica, los principales derechos que la niña, niño o adolescente, inmerso en este tipo de procesos, debe ejercitar son el derecho de alimentos y el derecho a mantener el contacto personal con el progenitor que quedó atrás – left behind parent-.

El artículo 1a nos señala que una finalidad del Convenio sobre sustracción es garantizar la restitución de los menores sustraídos, así como velar porque el derecho de custodia vigente en un Estado contratante se respete en el otro. Si, como he sustentado, el derecho de custodia comprende todos los derechos fundamentales del menor, entre los cuales están alimentos y contacto personal, ¿cómo se los puede respetar si el menor no los ejerce mientras se encuentra en el Perú? De igual modo, si el menor está siendo afectado física y psicológicamente por falta de alimentos y contacto con el progenitor privado respectivamente, ¿cómo se puede garantizar su restitución de manera segura?

El artículo 2 apuntala lo expresado en el párrafo anterior pues establece que los estados deben adoptar todas las medidas apropiadas para garantizar que se cumplan los objetivos del Convenio y para ello deberán recurrir a sus procedimientos de urgencia. Es decir, si los Estados deben recurrir a sus procedimientos de urgencia, ello nos está diciendo que se debe actuar de manera célere para no desproteger al menor y de esta manera cumplir con los objetivos del Convenio.

Finalmente, el artículo 7b estipula un mandato contundente (qué si bien es a través de las autoridades centrales, también va dirigido a sus intermediarios, uno de los cuales, qué duda cabe es el Poder Judicial), a saber: adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales a fin de prevenir que el menor sufra mayores daños. Es decir que, si el menor sufre carencia de alimentos, entonces al daño, que ya le produjo la sustracción, se le sumará otro, que, incluso, podría poner en peligro su subsistencia. En tal sentido el tribunal del país requerido puede y debe ordenar una medida provisional de carácter alimentario a fin de salvaguardar su derecho a la supervivencia, aún contra el progenitor que solicitó la restitución internacional.

En consecuencia, el juez competente del país requerido, mientras dure el proceso judicial de restitución internacional de menor, de oficio o a pedido de parte y acreditando la urgencia de la medida alimentaria, puede y debe ordenarla a fin de que se cumplan, no sólo los objetivos del Convenio sino la convención sobre los derechos del niño.

Está claro que el juez debe analizar si existe la urgencia o no para ordenar la medida, pues pudiese ocurrir que el tribunal competente del país donde el menor tiene su residencia habitual ya las haya ordenado y, a través de alguno de sus progenitores, el menor ya éste gozando de ellas. El típico caso sería el de una pensión de alimentos que se envía por transferencia internacional a la cuenta del progenitor que está reteniendo al menor en el Perú. En tal sentido, será trabajo del juzgador indagar este tipo de circunstancias por los medios rápidos que la cooperación judicial le ofrece o a través de la autoridad central de aplicación del convenio sobre sustracción.

En cuanto al juez del foro peruano que debe ordenar la medida urgente de protección alimentaria, soy de la idea que debe ser el juez que conoce del proceso de restitución internacional de menor, toda vez que éste juez es el que está inmerso en el problema principal que suscitó el conflicto familiar, y, por contar con mayor información, evidentemente está en mejor posición para decidir la fijación y monto de la cuota alimentaria de carácter provisional o medida alimentaria de cualquier otra índole.

Así mismo, la referida judicatura es la que finalmente ordenará o no la restitución del menor al país del cual fue trasladado y por tanto conocerá el momento en ella se producirá, por ende, también conocerá el momento para dejar sin efecto la medida.

No obstante, si el proceso de alimentos ya se ha iniciado o se inicia ante otro juzgado, considero que éste juzgado también puede ordenar la medida urgente de protección alimentaria, aplicando los criterios que he esbozado y, en coordinación con el juez de la restitución y la autoridad central de aplicación, a fin de obtener la información necesaria sobre el caso y lo que, en su caso, se habría tramitado ante el juez competente extranjero.

Actualmente, en lo que respecta al tema del ejercicio del derecho fundamental del menor a mantener el contacto personal con el otro progenitor privado mientras dure el procedimiento de restitución internacional de menor, los juzgados peruanos vienen concediendo visitas provisionales o contactos virtuales, estos últimos debido a la reciente pandemia COVID 19¹¹. Esto constituye un claro ejemplo de aplicación de medidas urgentes de protección, las cuales estimo deben ampliarse al tema alimentario.

Por su parte, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en su guía de Buenas Prácticas – Segunda Parte Medidas de Aplicación para la ejecución del Convenio sobre Sustracción, se ha referido al tema de medidas provisionales del siguiente modo:

“Las medidas provisionales pueden jugar un papel muy importante en el éxito y en la rapidez con que avance un caso de retorno de La Haya. En algunos casos, puede ser necesario que los tribunales protejan el bienestar del menor antes de una decisión definitiva”.¹²

Si bien la Conferencia de La Haya no especifica a través de qué medidas se protegería el bienestar del menor, de conformidad con el interés superior del niño y los ejes de protección establecidos en el articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño, es obvio que, se puede ordenar, fundado en la urgencia para la subsistencia del menor, una pensión de alimentos provisional a su favor u otra medida alimentaria de la más diversa índole.

¹¹ <https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dga/nuevo-codigo-ninos-adolescentes.pdf> (pág. 35) “Artículo 177. En resolución debidamente fundamentada, el Juez dictará las medidas necesarias para proteger el derecho del niño y del adolescente”

¹² <https://assets.hcch.net/docs/36d44ecb-6864-403d-ae50-fe38211516e8.pdf> (pág. 35)

En el caso hispano peruano materia del presente ensayo puedo apreciar que la demandante ha solicitado el pronunciamiento sobre la cuestión de fondo del derecho alimentario a un juez distinto al que conoce de la restitución. Para pronunciarse sobre ese asunto dicho juzgado es notoriamente incompetente, pues tal como le he expresado, la demandante sólo puede solicitar una medida urgente de protección del derecho alimentario, reconociendo la competencia del juez extranjero y acreditando la urgencia de la medida, sea al juez de restitución o a otro juez competente para conocer en materia alimentaria.

En cuanto a la acreditación de la urgencia, considero que ésta no se podría efectuar toda vez que la demandada ha mostrado desinterés por comunicarse con el juzgado español a fin de reclamar la suma que el padre ha consignado a favor de su menor hija, ello sumado al hecho que la niña ha vivido, desde que fue trasladada y durante toda su retención ilícita en el Perú, sin ningún problema, con lo cual también se aprecia que no existe urgencia.

En este caso no se trata de que el padre, que es un obligado a acudir con alimentos para su hija, se vea librado de su deber, sino que ese deber le sea reclamado ante el juzgado competente en el país de residencia habitual de la niña y que en el foro del país requerido sólo se ordene una medida en su contra siempre y cuando se haya acreditado la urgencia. Recuérdese que un dato del caso es que el padre está cumpliendo con su deber al consignar suma por alimentos en la jurisdicción competente.

En rigor, de lo que se trata es que la niña, en ningún momento quede desprotegida, pues en su eventual retorno España, llegará al territorio de la jurisdicción competente, la cual, de oficio o a pedido de parte, ordenará las medidas, no sólo para proteger su derecho alimentario, sino que, de ser necesario, otros derechos de la más diversa índole.

2. Una jurisprudencia del foro uruguayo sobre restitución internacional de menor y el derecho de alimentos

La jurisprudencia comparada, de valiosa utilidad al aplicar la Convención sobre Sustracción, también se ha expresado sobre el tema alimentario en su aparente colisión con el proceso de restitución internacional de menor, como es el caso del Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno de Montevideo en la República Oriental del Uruguay que, en una sentencia de restitución internacional de menor, estableció en relación a los alimentos lo siguiente:

“5. Se irá a declarar de oficio la nulidad de la previsión de la sentencia sobre la pensión alimenticia dispuesta a cargo del requirente. La sede a quo carece de jurisdicción internacional para disponerla, con lo que, en el citado punto, la sentencia es nula. En efecto, la jurisdicción para resolver sobre todo otro asunto que exceda al marco del objeto de los presentes procedimientos, pertenece al Juez natural, el juez de la Residencia habitual de las niñas involucradas. Así lo establece la Convención de La Haya de 1980, particularmente en su artículo 16. Por lo demás, si sólo se tratare de medidas provisionales de

protección en caso de urgencia, cuya adopción se habilita al Juez de cualquier Estado contratante en cuyo territorio se encuentra el niño por el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, a través de su art. 11, precisamente la materia de alimentos queda expresamente excluida por virtud del art. 4 literal “e)” de dicha Convención Así, en la especie, la disposición de la sentencia relativa a alimentos, de imposible ejecución en el Estado requirente debido a la citada ausencia de Jurisdicción internacional del Juez uruguayo, fue impuesta en la apelada como condición al retorno.

Por lo que la imposibilidad de su ejecución en el Estado requirente, obstaculiza la restitución que por el presente pronunciamiento se confirma. Y amerita la declaración de nulidad insanable de Oficio, de acuerdo con el art. 116 del CGP”.¹³

Conforme planteamiento que he esbozado en el presente ensayo, construido a partir de la interpretación sistemática de la Convención sobre Sustracción y la Convención sobre los derechos del niño, no estoy de acuerdo con lo resuelto por el tribunal uruguayo toda vez que, a mi modo de ver, si hubiese procedido una medida de pensión de alimentos, aún contra el progenitor que quedó atrás, previa acreditación de la urgencia y siempre en calidad de provisional.

3. Conclusión

En los procesos de restitución internacional de menor, la judicatura del Estado requerido para restituir a la niña, niño o adolescente, ya sea el mismo juez que conoce del proceso de restitución internacional de menor, u otro competente en materia alimentaria, puede y debe ordenar, de oficio o a pedido de parte, una medida temporal de protección a favor de la niña, niño o adolescente consistente en una pensión provisional o cualquier otra medida alimentaria de la más diversa índole, por el tiempo que dure el proceso. En tal sentido, estos tribunales no deben pronunciarse sobre la cuestión de fondo del derecho alimentario, toda vez que está comprendido en el derecho de custodia. Para expedir la medida de protección deberá estar acreditada su urgencia, al igual que cuando dispone un régimen de contactos virtuales o personales paterno o materno filiales. Todas estas medidas garantizaran el retorno seguro de la niña, niño o adolescente y se dejarán sin efecto cuando se cumpla la eventual orden de retorno del menor al país donde tiene su residencia habitual.

¹³ <https://uy.vlex.com/vid/800607621.pdf> (págs. 18 y 19). Es la Sentencia Definitiva n° 136/2019 de Tribunal Apelaciones Familia 1ºt de Montevideo – Uruguay del 22 de Julio de 2019 “REAL MINISTERIO DE JUSTICIA Y SEGURIDAD PÚBLICA DE NORUEGA - DE LEÓN FITIPALDE, LARA Y SERENA – RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENOR”.

El planteo formulado encuentra soporte en la Guía de Buenas Prácticas de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, así como el propio Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

4. Bibliografía

FRISCH PHILIPP, Walter, José Arturo GONZALEZ QUINTANILLA y otro. Derecho Internacional Privado y Derecho Procesal Internacional. 3a. edición. México. Editorial Porrúa. 2005.

RUBIO CORREA, Marcial. El sistema jurídico Introducción al derecho. 10ma, edición. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2017.

Código Civil del Perú

Código de los Niños y Adolescentes del Perú

Código Procesal Civil del Perú

Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Guía de Buenas Prácticas en virtud del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.<https://assets.hcch.net/docs/36d44ecb-6864-403d-ae50-e38211516e8.pdf>

Jurisprudencia Uruguay

Informe Explicativo a la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores

Ponencia de Elisa Pérez Vera en Reunión de Expertos del Instituto Interamericano del Niño de la OEA

LA EXTENSIÓN DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES A PARTES NO SIGNATORIAS CON BASE EN LA TEORÍA DEL GRUPO DE SOCIEDADES

Jorge I. Aguilar Torres *

Sumario: 1. Introducción. 2. Principio de buena fe. 3 Principio pacta sunt servanda. 4. Principio venire contra factum proprium nulla conceditur. 5. Arbitrabilidad subjetiva. 6. Teoría del grupo de sociedades. 7. Fraude a la luz de la teoría del grupo de sociedades. 8. Conclusiones. 9. Bibliografía.

Resumen: El arbitraje es un mecanismo de solución de controversias que da certeza y confianza a las empresas, para asociarse con otras empresas de distintas nacionalidades, para invertir en otros países y desarrollar grandes obras, lo que da lugar a controversias arbitrales complejas, de ahí que la aplicación de la teoría del grupo de sociedades a una parte no signataria del pacto arbitral toma gran relevancia.

Abstract: The arbitration is a dispute resolution mechanism, that gives certainty and confidence to companies to associate with other companies of different nationalities, to invest in other countries and develop large projects, which gives rise to complex arbitration disputes, hence the application of the theory of the group of companies to a non-signatory party to the arbitration agreement takes on great relevance.

* Licenciado en Derecho por la UNAM, Diplomado en Arbitraje Comercial Internacional por la ELD, Maestro en Derecho Privado por la Universidad Carlos III de Madrid. Es socio de Maqueo Barnetche, Aguilar y Camarena S.C. y atiende litigios y arbitrajes complejos y de alto perfil. Ha sido profesor de Derecho Mercantil en la UNAM y es asesor de tesis de la Maestría en “Derechos Humanos, Impartición de Justicia y Género” del Instituto de la Judicatura Federal.

1. Introducción

Ante la globalización y la especialización de grupos empresariales en determinados sectores que desarrollan sus actividades en distintas partes del mundo, el arbitraje comercial internacional se ha posicionado como un mecanismo de solución de controversias que da certeza y confianza a las empresas para traspasar fronteras e incluso asociarse con otras empresas de distintas nacionalidades para invertir en otros países y desarrollar grandes obras (gaseoductos, carreteras, puentes, parques eólicos, etc.); dando lugar a controversias arbitrales complejas, multipartes y multicontratos.

Y es que en este tipo de arbitrajes la aplicación de la teoría del grupo de sociedades a parte no signatarias del pacto arbitral, toma relevancia y enorme utilidad por las características propias del arbitraje como una renuncia a la tutela judicial efectiva del estado y su jurisdicción, para someter a la justicia arbitral derechos de libre disposición; la procedencia de esta teoría se determinará por la legislación aplicable al respectivo pacto arbitral, la que en mi opinión, puede resultar útil y justa a un tribunal arbitral para resolver en derecho y equidad una controversia compleja en la que una o más partes no signatarias y relacionadas con una o más partes signatarias participaron activamente en la negociación, ejecución o terminación del contrato que contiene o hace referencia a la cláusula arbitral.

En efecto, la factibilidad de la aplicación de esta teoría en una controversia arbitral en la que las partes hayan pactado una cláusula arbitral, depende del sistema normativo que se aplique a la cláusula arbitral (*lex fori*) y su postura y requisitos respecto a la posibilidad de extender el pacto arbitral a partes no signatarias, así como al grado de exigencia para cumplir determinados requisitos; para lo cual, clasifico en tres categorías a la normativa que permite o no la incorporación de partes no signatarias a un arbitraje comercial, denominándolas restrictiva como lo es en México, moderada como en Panamá y abierta como en Perú.

En México la norma es restrictiva –aunque permite la incorporación por referencia– y exige como formalidad del pacto arbitral que sea escrito y expreso, requisito de existencia insuperable que impide que la teoría del grupo de sociedades para la extensión de partes no signatarias sea aplicable en un arbitraje comercial en el que la norma aplicable a la cláusula arbitral sea la mexicana¹.

En Panamá la norma es moderada, pues sí permite que extienda el pacto arbitral a partes no signatarias siempre y cuando este se haya concertado verbalmente, o bien mediante la ejecución de actos o por “cualquier otro medio” –así de genérico–; por lo que es posible, que un Tribunal Arbitral emplee la teoría del grupo de sociedades para sujetar a arbitraje a una parte no signataria, aunque en el procedimiento se

¹México. Código de Comercio. Artículo 1423. “El acuerdo de arbitraje **deberá constar por escrito**, y consignarse en documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, facsímil u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria, constituirá acuerdo de arbitraje siempre que dicho contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

deberá acreditar el consentimiento de la no signataria mediante la ejecución de actos tendientes a lograr el objeto del contrato que contiene el pacto arbitral bajo un estándar probatorio alto².

En Perú la norma es abierta y tiene un contenido más discrecional, que faculta al Tribunal Arbitral para a hacer extensivo el pacto arbitral a una parte no signataria si se acredita el consentimiento de esta “según la buena fe” –así de abstracto–, debiéndose probar la participación activa y determinante de la parte no signataria en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio que contiene el pacto arbitral, incluso a un convenio relacionado; por lo que con esta regulación sí es posible valerse de la teoría del grupo de sociedades para extender a partes no signatarias la cláusula arbitral³.

En este contexto, a partir del análisis de la *lex fori* aplicable al pacto arbitral en cuestión, es posible determinar la posibilidad de aplicar esta teoría del grupo de sociedades en un proceso arbitral real a efecto de sujetar a partes no signatarias.

² Panamá. La Ley 131 de 31 de diciembre de 2013 que regula el arbitraje comercial nacional e internacional. Artículo 16. *“Requisitos de forma del acuerdo de arbitraje. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya **concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio**. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica o mensajes de datos, según lo previsto en el artículo 5, si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. También se considerará que hay constancia escrita, cuando haya un intercambio de escritos de demanda y contestación, en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”*. Véase en <https://www.uv.es/medarb/observatorio/leyes-arbitraje/latinoamerica/panama-ley-arbitraje-nacional-internacional.pdf>

³ En Perú la ley de arbitraje contempla un artículo expreso para la extensión de la cláusula arbitral para partes no signatarias, cabe destacar que a redacción del artículo 14 es más abierta y discrecional para el árbitro. **Artículo 14. “Extensión del convenio arbitral. El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”**. DL. N° 1071 Decreto Legislativo que norma el arbitraje, véase en [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/\\$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/488DA732CA72637705257D0800548587/$FILE/DL_1071_ley_norma_arbitraje.pdf). Al respecto, Francisco González de Cossío considera que “(...) El artículo 14 promete dar mucho de qué hablar. Se propone que, más que ser una base autónoma y novedosa, reitera la idea –no ajena al derecho de las obligaciones– que existen maneras diversas de manifestar consentimiento para quedar jurídicamente obligado. Si por ejemplo uno acude a un restaurante, ordena un platillo y lo consume, ha consentido los precios ofrecidos en el menú. El que sean altos no es una excepción válida para librarse de la obligación. Tampoco lo es que el consentimiento no se haya plasmado mediante una firma en un documento por escrito. En forma similar, si uno desea hacerse de derechos contenidos en un acto jurídico que ostenta un acuerdo arbitral, los recibe con el mismo. Nada nuevo bajo el sol”. En GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. “El que toma el botón, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros”. Véase en http://limaarbitration.net/LAR5/Francisco_Gonzalez_de_Cossio.pdf. Véase también un interesante análisis en SILVA ROMERO, Eduardo “El artículo 14 de la nueva Ley Peruana de Arbitraje: Reflexiones sobre el contrato de arbitraje – realidad”. Véase en http://limaarbitration.net/LAR4/Eduardo_Silva_Romero.pdf

En mi opinión, los principios en los que se cimenta la Teoría del Grupo de Sociedades para que las cláusulas arbitrales alcancen a partes no signatarias, son: bona fide, pacta sunt servanda, venire contra factum proprium nulla conceditur y arbitrabilidad subjetiva; cabe destacar, que cada arbitraje es distinto y aquellos arbitrajes multicontratos y multipartes con partes no signatarias y partes relacionadas con complicados entramados financieros y de control societario deben ser analizados con detenimiento por el respectivo Tribunal Arbitral sin dar por sentado nada, por lo que en aquellos arbitrajes en los que se pretenda aplicar la teoría del grupo de sociedades, se debe considerar la conducta desplegada por las partes que pertenezcan a un grupo de sociedades, tanto de las signatarias como de las no signatarias en relación a la negociación, ejecución y terminación del contrato que contiene la cláusula arbitral y de los contratos relevantes relacionados –aunque no contengan cláusula arbitral– y la pretensión de beneficiarse del contrato basal, siendo útil la confrontación con precedentes arbitrales⁴.

Finalmente, se debe tener en consideración que la discusión sobre la extensión de las cláusulas arbitrales a partes no signatarias por lo general se da en el marco de controversias arbitrales con multiplicidad de partes y en ocasiones con multiplicidad de contratos; esto es, en relaciones comerciales complejas en las que participan diversos actores quienes ejecutan uno o más contratos durante un lapso determinado y en los que posiblemente las partes no signatarias guardan estrechos lazos con partes signatarias, características que pueden dar lugar a la aplicación de la teoría del grupo de sociedades con base en los principios citados.

2. Principio de buena fe

La violación al principio de buena fe por una parte no signataria se materializa cuando pretende beneficiarse del contrato que contiene cláusula arbitral, lo negocia, celebra, ejecuta o termina, y pese a ello, al ser emplazado a un procedimiento arbitral pretende sustraerse alegando que no consintió la cláusula arbitral; en efecto, en este supuesto la parte demandante debe acreditar que la parte no signataria desplegó conductas incuestionablemente proactivas en favor de la consecución del objeto del contrato que contiene la cláusula arbitral participando en su negociación, ejecución o terminación con la expectativa de obtener un lucro directa o indirectamente⁵; en consecuencia, la acción de negar u objetar la adición al pacto arbitral de la no signataria resulta reprochable, pues lo que en realidad hace, es faltar al principio de buena fe al pretender evadirse del pacto arbitral y “zafarse” con la excepción de parte no

⁴ Insisto, siempre y cuando la normativa aplicable a la cláusula arbitral lo permita.

⁵ En este sentido coincide Francisco González de Cossío al considerar que “(...) el que toma el botín, toma la carga. Porque es una solución tanto útil como consistente con la voluntad de las partes. Entendida así, se trata de una herramienta legal disponible al arquitecto contractual para diseñar actos jurídicos no solo complejos, sino eficaces. Ingeniería jurídica en su mejor expresión.”. Véase en GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. “El que toma el botín, toma la carga: La solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a terceros”. Véase en http://limaarbitration.net/LAR5/Francisco_Gonzalez_de_Cossio.pdf

signataria, afirmando que nunca consintió ni firmó cláusula arbitral alguna aduciendo que el tribunal arbitral carece de competencia y jurisdicción sobre ella.

En este contexto, cuando en un arbitraje la demandada que sí firmó el pacto arbitral es una parte relacionada con la demandada no signataria, y todas se han beneficiado directa o indirectamente del objeto del contrato o los contratos que contiene los pactos arbitrales, se materializa una violación al principio de buena fe y la posibilidad de aplicar la teoría del grupo de sociedades⁶.

En consecuencia, si una parte no signataria se beneficia del contrato que contiene el pacto arbitral y luego pretende evadirse de un eventual arbitraje comercial pese a haber desplegado determinadas conductas en la negociación, ejecución o terminación del contrato, falta al principio de buena fe y a sus deberes de lealtad, probidad, información y transparencia para con sus socios en el contrato basal; luego entonces, la parte no signataria omite observar y respetar bajo la premisa de la buena fe, el bien común societario, la rentabilidad lícita y equitativa y abstenerse de realizar actividades que guarden un conflicto de interés con el objeto del contrato basal o atenten al equilibrio financiero del negocio.

Y por tanto, las objeciones a la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral aduciendo una supuesta falta de legitimación pasiva de una no signataria en un procedimiento de arbitraje comercial resulta contradictoria, si esta ha actuado en la “unidad” pactada en el contrato basal y se ha beneficiado de su ejecución; no obstante, dependiendo de la legislación aplicable a la cláusula arbitral la teoría del grupo de sociedades resultará o no procedente⁷.

En mi opinión, comulgo con las consideraciones de González de Cossío, Conejero Roos, Gedwillo y Suárez Ansorena y considero que un Tribunal Arbitral debe hacer extensiva la cláusula arbitral pactada en el basal a las demandadas no signatarias, siempre y cuando la normativa aplicable a la cláusula arbitral

⁶ En este sentido Cristian Conejero coincide con la vertiente peruana y considera que bajo el principio de la buena fe entre los socios, el “*convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado*”. Véase en CONEJERO ROOS, Cristian. “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general”, en CONEJERO ROOS, Cristian; HIERRO HERNANDEZ-MORA, Antonio; MACCHIA, Valeria; SOTO COAGUILA, Carlos (coord.). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. 1ª ed. Colombia: Legis Editores, 2009, p.57-110.

⁷ En este sentido GEDWILLO considera que “*si los árbitros son competentes para determinar su propia competencia, ello incluye la posibilidad de resolver cualquier objeción relativa a la validez, la existencia y la eficacia del acuerdo arbitral que da fundamento a su competencia*”. Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. 1ª ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011. p.90, 91 y 155. Y por su parte, Suarez Ansorena considera que “*la práctica del arbitraje internacional tanto en el ámbito de los tribunales arbitrales como en el de las cortes estatales, revela la recepción de distintas construcciones teóricas y soluciones que en casos particulares permiten extender los efectos de un acuerdo arbitral a partes no signatarias cuando las circunstancias así lo justifican, en aras de proteger el universal principio de la buena fe*”. Véase en SUAREZ ANZORENA, C. Ignacio. “Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional”. En *Revista Internacional de Arbitraje*. N°2, Universidad Sergio Albornoz: Comité Colombiano de Arbitraje y Legis, enero-junio 2005. p.57 y 58

lo permita y se acredite que las no signatarias conocían del pacto arbitral y que negociaron, ejecutaron, terminaron el contrato que lo contiene, máxime si y pretendieron beneficiarse de este; y en consecuencia, el Tribunal Arbitral puede concluir a la luz del caudal probatorio que le presenten, que la parte no signataria tácitamente manifestó su consentimiento para someterse al basal y a su pacto arbitral, siendo determinante las especiales circunstancias de cada caso y los elementos de prueba respecto de su participación activa en la negociación, celebración, ejecución y terminación del mismo; supuesto que se robustece en el caso de que las demandadas signatarias sean partes relacionadas a la demandada no signataria y/o pertenezcan a un mismo grupo económico, especialmente si alguna de las demandadas ya sea signataria o no resulta ser el beneficiario controlador –teoría del grupo de sociedades–⁸.

3. Principio pacta sunt servanda

Con base en este principio que dicta que los convenios deben ser cumplidos, dentro de una controversia arbitral compleja, multicontratos y multipartes se debe tener en cuenta las conductas desplegadas tanto por las partes signatarias como las no signatarias de toda las actividades y omisiones en las que hayan incurrido al amparo de la ejecución del contrato que contiene el pacto arbitral bajo el principio de pacta sunt servanda para determinar si la cláusula arbitral se puede hacer extensiva o no a partes no signatarias; para lo cual, el Tribunal Arbitral debe tomar en cuenta la ley aplicable al procedimiento, estatutos sociales, pactos parasociales, contratos relevantes (contengan o no pacto arbitral) y todos aquellos actos o comunicaciones que de una u otra manera converjan en la consecución del objeto del negocio jurídico que unió a las partes; en este contexto, el Tribunal Arbitral debe considerar la separabilidad de la cláusula arbitral que trasciende al contrato que la contiene para regular las posibles controversias que se susciten con motivo de la realización del objeto del contrato, en virtud del amplio alcance que tiene una cláusula arbitral bien redactada, con lo que eventualmente se puede acreditar en un procedimiento arbitral la legitimación activa y pasiva de las partes signatarias y no signatarias y su sujeción a la

⁸. El arbitraje se nutre multidisciplinariamente de todas las ramas del derecho y del conocimiento humano en general para allegarse de todos los elementos que le auxilien a dirimir las controversias que se le plantean. Considero muy útil la definición que en México hace el artículo 3 de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita de **Beneficiario Controlador**, definiéndole como “la persona o grupo de personas que: a) Por medio de otra o de cualquier acto, obtiene el beneficio derivado de éstos y es quien, en última instancia, ejerce los derechos de uso, goce, disfrute, aprovechamiento o disposición de un bien o servicio, o b) Ejerce el control de aquella persona moral que, en su carácter de cliente o usuario, lleve a cabo actos u operaciones con quien realice Actividades Vulnerables, así como las personas por cuenta de quienes celebra alguno de ellos. Se entiende que una persona o grupo de personas controla a una persona moral cuando, a través de la titularidad de valores, por contrato o de cualquier otro acto, puede: i) Imponer, directa o indirectamente, decisiones en las asambleas generales de accionistas, socios u órganos equivalentes, o nombrar o destituir a la mayoría de los consejeros, administradores o sus equivalentes; ii) Mantener la titularidad de los derechos que permitan, directa o indirectamente, ejercer el voto respecto de más del cincuenta por ciento del capital social, o iii) Dirigir, directa o indirectamente, la administración, la estrategia o las principales políticas de la misma”.

competencia y jurisdicción de un Tribunal Arbitral con base en la conducta societaria de cada una de ellas⁹.

En este tenor, es relevante determinar y probar en un procedimiento arbitral la violación de la demandada no signataria al contrato basal y a los demás contratos relevantes en los que haya participado activamente, y en consecuencia, al principio de pacta sunt servanda; para con ello, nulificar la excepción de falta de legitimación activa y pasiva de la no signataria, toda vez que la amplitud de la cláusula arbitral permite arbitrar las cuestiones que tengan relación con lo que es materia de todos los contratos derivados y relacionados con la realización del objeto del contrato basal, y por ende, la coligación de todos los contratos con cláusula arbitral y los demás contratos y actos relevantes realizados por las partes; y en consecuencia, la demandada no signataria no debería poder sustraerse del pacto arbitral; y por tanto, debería encontrarse obligada a resarcir a la demandante por los daños y perjuicios que esta pueda acreditar le hayan causado dentro de un proceso de arbitraje comercial; lo cual, se robustece en el supuesto en el que la no signataria pertenece al mismo grupo de sociedades de una o varias signatarias y/o tienen al mismo beneficiario controlador¹⁰.

4. Principio venire contra factum proprium nulla conceditur

Este principio deviene del principio latino “Venire contra factum proprium non valet” que significa que nadie puede ir en contra de sus propios actos, es un principio del derecho que tiene como base la buena fe en las relaciones jurídicas, sancionando con la limitación al ejercicio de determinados derechos a aquellos que no poseen una conducta coherente entre sus acciones pasadas con las futuras.

Así, este principio es aplicado a la materia arbitral y en específico al tema concerniente a la cláusula o compromiso arbitral, en el sentido de que un ente jurídico que se ha visto beneficiado y/o ha sido participe activo en la ejecución del contrato que contiene el pacto arbitral, no puede, posteriormente, aducir ser parte ajena al mismo y pretender no ser parte de un proceso arbitral por no haber suscrito el pacto arbitral; por tanto, cuando una parte no signataria esgrime como defensa una falta de legitimación activa y pasiva en virtud de la no suscripción del pacto arbitral, se evidencia una falta grave al principio de buena fe que debe revestir todo proceso arbitral.

Adhiriéndome a la opinión de Alfredo Bullard en el caso de la extensión de la cláusula arbitral a las partes no signatarias, en este contexto y con un caudal probatorio sólido, coincido que un Tribunal Arbitral

⁹ En el mismo sentido véase en MATHEUS LÓPEZ, Carlos. *La independencia e imparcialidad del árbitro en el arbitraje doméstico e internacional*. 1ª ed. Lima: Palestra Editores, 2016, p.29. y GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. 1ª ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011. p.90 y 91.

¹⁰ En el mismo sentido véase en GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. 1ª ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011. p.88 y 89. En el mismo sentido FRIEDLAN, Paul; LLANO ODDONE, Rafael E. *Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales*. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p.96-101.

puede llegar a estimar que las no signatarias se encuentran obligadas a los pactos arbitrales contenidos en los basales, en virtud de la participación activa en la ejecución del objeto del contrato basal, su manifiesta voluntad de adherirse al basal y su interés por beneficiarse directa o indirectamente del objeto del mismo; es decir, si la no signataria negoció, celebró, ejecuto o terminó el contrato basal, no puede ir en contra de sus propios actos y escudarse en la falta de suscripción de un pacto arbitral¹¹.

En este sentido, un precedente importante generado en la CCI es el caso No. 9517 con laudo de 30 de noviembre de 1998; en el cual, el respectivo Tribunal Arbitral sostuvo que para el caso de que una parte no designada en un contrato pueda valerse de la cláusula arbitral que el contrato contiene, debe decidirse a la luz de las circunstancias bajo las cuales se celebró el contrato, de la relación societaria y fáctica, de la intención real de las partes en relación con los derechos de los no signatarios para participar del acuerdo arbitral, y del alcance y las circunstancias bajo las cuales los no signatarios se involucraron en la ejecución del contrato y en la controversia que surgió del mismo¹².

Y por tanto, el fundamento del alcance subjetivo del acuerdo arbitral a partes no signatarias puede presentarse cuando hay consentimiento implícito y se materializa a través de la doctrina de los actos propios (Estoppel).

5. Arbitrabilidad subjetiva

Este principio se ocupa de valorar la intención de las partes al firmar la cláusula arbitral y la ejecución del contrato que la contiene, principio que se encuentra íntimamente ligado a los citados de buena fe, pacta sunt servanda y Estoppel; y para el caso de analizar la extensión de una cláusula arbitral a una parte no signataria, un Tribunal Arbitral deberá desentrañar a la luz del caudal probatorio que se le presente, la intención que tuvieron las partes signatarias y no signatarias al negociar, celebrar, ejecutar y terminar el contrato que contiene la cláusula arbitral, así como las acciones y omisiones de cada una para la consecución del objeto del contrato basal¹³.

¹¹ En su particular estilo Alfredo Bullard lo explica de manera didáctica “*la obligación de arbitrar surge cuando la mano derecha se ha comportado aceptando las consecuencias del contrato y luego la mano izquierda pretende negar el carácter vinculante del convenio arbitral referido al contrato que la mano derecha aceptó*”. Véase en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana”. *Op. cit.* p.116.

¹² Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. *Op cit.* p. 133 y 134.

¹³ Al respecto me sumo a la opinión de Jean Marguerat quien considera que “*independientemente de la forma legal utilizada, en definitiva, la cuestión que se plantea habitualmente es si las partes, considerando sus acciones objetivamente y basándose en la buena fe comercial, entendieron que una entidad determinada era parte a la cláusula arbitral o no*”. Véase MARGUERAT, Jean. “Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes”. En *Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y*

En este contexto, considero que en un arbitraje comercial sí se debe tener en cuenta la intención que mostraron todas las partes al firmar el contrato con cláusula arbitral de someter las controversias derivadas de este; así como también, la interrelación y en su caso dependencia entre las demandadas signatarias y no signatarias, y si estas indudablemente conocían la existencia de la cláusula arbitral, así como el grado de participación en la ejecución del contrato basal y su objeto, para con ello, determinar la posibilidad de hacer extensivo el pacto arbitral a partes no signatarias¹⁴.

En efecto, un Tribunal Arbitral que conozca de una controversia en la que hayan sido demandados partes no signatarias, a la luz del principio de arbitrabilidad subjetiva –si así lo solicitan las Demandantes– puede considerar la intención de todos los partícipes de una relación comercial al negociar, celebrar, ejecutar y terminar el contrato que contiene el pacto arbitral, desentrañando si las no signatarias de una u otra forma pactaron, consintieron, utilizaron, colaboraron, rentabilizaron, participaron, administraron y/o se adhirieron al contrato basal¹⁵.

6. Teoría del Grupo de Sociedades

La falta de un acuerdo arbitral firmado “solemnemente” por alguna demandada dentro de un proceso arbitral no debería ser una justificación para que esta se sustraiga del mismo, si la parte demandante puede acreditar que existen hechos, relaciones jurídicas, principios y obligaciones que las vinculan incontrovertiblemente con los pactos arbitrales y el contrato que las contiene, en especial si participó en su negociación, celebración, ejecución y/o terminación; supuesto que se robustece si hay partes relacionadas y/o alguna de las demandadas signatarias pertenece al mismo grupo económico de una no signataria, y más aún, si una es controladora de la otra¹⁶.

regímenes jurídicos). COLLANTE GONZALEZ, Jorge Luis; CREMADES, Anne-Carole (dirs.). 1ª ed. Lima: Palestra Editores, 2012. p.97-120.

¹⁴ Precedente relevante es el caso de Alkatel, emitido por la Corte de Casación Francesa mediante sentencia de 27 de marzo de 2007; en el que la Corte concluyó en cuanto a la objeción de la jurisdicción arbitral opuesta por las demandadas que la cláusula arbitral puede extenderse a las partes directamente involucradas en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral y las controversias que puedan surgir de dicho contrato; pues ello implicaba que todas las partes tenían conocimiento de dicha cláusula y que era su intención quedar vinculadas por ella –arbitrabilidad subjetiva–. Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op cit. p. 121.

¹⁵ Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op cit. pp. 99 y 100.

¹⁶ En el mismo sentido véase BURGHEITTO, María B. “El sistema de arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)”, en ETCHEVERRY, Raúl A.; HIGHTON, Elena I. (dirs.). *Resolución alternativa de conflictos*. Tomo 1 Arbitraje. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p.415-472.

Me adhiero a la definición que Jean Marguerat hace de grupo de sociedades y la correspondiente extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias e integrantes de un grupo societario común, destacando para este autor que un elemento decisivo de la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias con fundamento en esta teoría, es la común intención de ser vinculadas al contrato que contiene el pacto arbitral, afirmando que la pertenencia a un grupo de compañías es un factor que coadyuva a determinar dicha intención¹⁷.

Y también comparto el criterio de Irina Gedwillo respecto a la teoría del grupo de sociedades, quien considera que cuando dos o más sociedades forman parte de un grupo que tienen una unidad económica única y un gobierno unificado, todas deben considerarse alcanzadas por el acuerdo arbitral; ello independientemente de las distintas personalidades jurídicas de cada una de las sociedades del grupo. A su vez, afirma que la existencia de un grupo de sociedades es un factor económico objetivo que debe ser ponderado por los Tribunales Arbitrales para determinar su jurisdicción, sin considerar las distintas personalidades jurídicas dentro del grupo¹⁸.

Resulta muy útil invocar precedentes arbitrales importantes respecto a la extensión del pacto arbitral a partes no signatarias, pues con ellos se han sentado las bases para hacer procedente la aplicación de la teoría del grupo de sociedades en arbitrajes comerciales en los que la norma aplicable a la cláusula arbitral lo permita.

CCI, N° 2375.- En este añejo precedente que data del año 1975, el Tribunal Arbitral concluyó que sin considerar la independencia formal que se deriva de la constitución de personas jurídicas separadas, el

¹⁷ Jean Marguerat considera que “(...) un grupo de compañías puede ser descrito como una unidad económica con una dirección integrada, más allá de las personalidades legales de las compañías que pertenecen al grupo. Se privilegia la realidad económica a la organización jurídica para extender la cláusula arbitral a compañías del grupo que no la han firmado, pero que han participado en la conclusión, ejecución o terminación del contrato, cuando esto corresponde a la intención común de todas las partes en el contrato. La idea es que las compañías que pertenecen a grupos, normalmente quieren un modo eficiente centralizado de resolución para todos sus litigios relativos a una misma transacción. Existen dos condiciones para establecer dicha intención: primero un papel activo del tercero no firmante en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral; segundo, una presunción de que el tercero no firmante conocía la cláusula arbitral (...). Una cláusula arbitral en un contrato internacional tiene una validez y una efectividad propias, de tal manera que la cláusula debe ser extendida a partes implicadas directamente en la ejecución del contrato y en cualquier litigio sobre el contrato, si ha sido establecido que sus respectivas situaciones y actividades hacen nacer la presunción de que conocían la existencia y el alcance de la cláusula arbitral, y sin respecto del hecho que hayan o no firmado el contrato que contiene el convenio arbitral (...). Interpretándola correctamente, la doctrina del grupo de compañías es un modo de aplicar los principios ya aceptados de agencia y del consentimiento implícito para arbitrar en un contexto de transacciones comerciales modernas entre varias partes, de manera que los verdaderos objetivos e intenciones de las partes queden establecidos, y así entendida, esta teoría única (porque se aplica específicamente a convenios arbitrales y no a otros convenios) tiene la ventaja de evitar litigios paralelos que frustren la eficacia del arbitraje (...). Véase MARGUERAT, Jean. “Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes”. En *Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*. COLLANTE GONZALEZ, Jorge Luis; CREMADES, Anne-Carole (dirs.). 1ª ed. Lima: Palestra Editores, 2012. p.97-120.

¹⁸ Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op.cit p.134 y 135.

concepto de grupo se define a partir de una única unidad económica que depende de una autoridad común¹⁹.

CCI, N° 4131.- Celebre arbitraje conocido por el nombre de las partes, “Dow Chemical c. Isover Saint Gobain”, arbitraje en el que el tribunal arbitral aceptaron la legitimación y por tanto la competencia e inclusión al pacto arbitral a dos sociedades no firmantes del acuerdo arbitral. Esto, bajo el criterio de que “la cláusula arbitral expresamente aceptada por determinadas sociedades del grupo económico debe obligar a las otras que, en virtud del rol que les cupo en la celebración, ejecución o rescisión de los contratos que contienen la cláusula arbitral y de acuerdo con la común intención de todas las partes del juicio arbitral, parecen haber sido verdaderas partes en los contratos o estuvieron ampliamente comprometidas en ellos y en los conflictos que de ellos surgieron”. Dow Chemical se inconformó contra el laudo y presentó recurso de anulación, la Corte de Apelaciones de París emitió la sentencia de 21 de octubre de 1983 y confirmó el laudo del Tribunal Arbitral de la CCI con fundamento en que, aunque la sociedad controlante no había firmado los contratos que contenían cláusula arbitral, en los hechos había sido parte de tales contratos. Además, señaló que la doctrina del grupo de sociedades referida como el fundamento del laudo era aplicable de conformidad con los usos y costumbres mercantiles²⁰.

CCI, N° 5103.- En este caso el Tribunal Arbitral determinó que “se cumplen las condiciones que llevan a reconocer la unidad del grupo económico, ya que todas las sociedades que lo componen tienen la misma participación, tanto real como aparente, en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecen por sobre el de cada una de ellas. La seguridad de las relaciones económicas internacionales exige que se tome en cuenta esa realidad económica y que todas las

¹⁹ En este mismo sentido, Roque Caivano considera que “*hay casos en que se admite que sujetos que no han sido parte stricto sensu del acuerdo arbitral, sean obligados a participar en el proceso arbitral. En rigor de verdad, se trata de personas que tienen una relación especial con quienes han otorgado el acuerdo arbitral, que los convierte en una categoría especial de “terceros”, que por alguna razón pueden considerarse “asimilados a las partes”*” Véase en CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. Disponible en http://www.limaarbitration.net/LARI/roque_j_caivano.pdf

²⁰ Cabe destacar que los tribunales franceses han aplicado la teoría de grupo de sociedades en otras decisiones, en el mismo sentido fueron resueltos los casos CCI N° 4972 en el que se resolvió que la cláusula firmada por la sociedad controlante puede ser extendida a sus subsidiarias, así como en los casos CCI N° 5721 y 5730 en el que se determinó si la cláusula firmada por la subsidiaria podía ser extendida a la controlante; por otro lado, también destaca la decisión de la Corte de Apelaciones de París en el caso *Sponsor Ab* (1986), *Société Oler Brother* (1989). En este sentido Escobar Vázquez resalta que *la consagración de la teoría de la unidad económica del grupo parece encontrarse en las palabras que siguen a continuación, y que hacen referencia al uso del comercio internacional que la noción del grupo de sociedades constituye. Señala expresamente la sentencia que: “un grupo de sociedades posee, a pesar de la personalidad jurídica distinta perteneciente a cada una de éstas, una realidad económica única que el tribunal arbitral debe tener en cuenta cuando resuelve sobre su propia competencia, en aplicación del artículo 13 o del artículo 8 del Reglamento de la CCI.” Estas palabras adquieren aún más relevancia al final de la sentencia, por el hecho de que las mismas son inspiradas en “regla material no estatal, deducida únicamente de la lex mercatoria (...)”*. Véase ESCOBAR VÁZQUEZ, Teresita de Jesús. “Extensión de la cláusula arbitral en la doctrina de los grupos de sociedades”. En *Revista Jurídica Universidad Americana*. Vol. 3. Noviembre, 2012. p.119-171. Consultado el 28/03/2018 en file:///C:/Users/jorge/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempState/Downloads/176-Texto%20del%20artículo-607-1-10-20170906.pdf En el mismo sentido GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op.cit p.136 y 137.

sociedades del grupo respondan conjunta y solidariamente por las deudas de las que ellas, directa o indirectamente, sacaron provecho”. En efecto, el Tribunal Arbitral resolvió que las sociedades que componían el grupo económico tenían la misma participación, tanto real como aparente en una relación contractual internacional compleja, en la cual los intereses del grupo prevalecían por sobre el de cada una de ellas.

CCI, N° 6000.- En abono del precedente “Dow Chemical c. Isover Saint Gobain”, en este caso el Tribunal Arbitral concluyó que es ampliamente reconocido bajo los usos del comercio internacional que cuando una compañía que es parte de un grupo de sociedades firma un contrato que contiene una cláusula arbitral las otras compañías del grupo que se encuentran involucradas en la ejecución y/o rescisión de dicho contrato están obligadas por la cláusula arbitral en él contenida, a menos que la voluntad común de las partes excluya esa extensión²¹.

CCI N° 7604 y N° 7610.- En estos casos se resolvió que “la extensión de los efectos jurídicos de un acuerdo arbitral a un tercero no-signatario, cuando las circunstancias del negocio en cuestión demuestren la existencia de una voluntad común de las partes en el proceso, de considerar a ese tercero como involucrado en forma considerable o como una verdadera parte en el contrato que contiene la cláusula arbitral, o cuando las circunstancias permiten presumir que ese tercero aceptó el sometimiento a ese contrato, especialmente si lo reconoció expresamente”. A estos precedentes se suman los casos CCI No. 4972, No. 5721 y No. 5730 en los que los Tribunales Arbitrales han resuelto que el acuerdo arbitral firmado por la sociedad controlante puede ser extendido a sus subsidiarias y viceversa, es decir extenderse de las subsidiarias a la entidad controladora bajo el mismo principio de unidad económica²².

Así las cosas, queda de manifiesto que existen precedentes arbitrales en los que se ha resuelto aceptar la teoría del grupo de sociedades para extender la cláusula arbitral a partes no signatarias, considerando que quedan sometidas al acuerdo arbitral en virtud de que pertenecen al mismo grupo económico, así como por el rol que asumieron en la celebración y ejecución de los contratos y de la común intención de todas las partes (aún las no signatarias) para la ejecución del contrato.

Y en consecuencia, un Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta si en el caso que arbitra existe una especial relación entre partes signatarias y no signatarias, si pertenecen a un mismo grupo económico

²¹ El Art. 1(9), Usos y Prácticas, de los principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales (2004), describe que las partes están obligadas por cualquier uso en que hayan convenido y por cualquier práctica que hayan establecido entre ellas. UNIDROIT, Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado. “Principios Unidroit sobre los contratos comerciales internacionales” (2004). <http://www.av-asesores.com/upload/334.PDF>; en este sentido, Irina Gedwillo considera que las Incoterms constituyen un ejemplo característico de usos comerciales acordados. Véase en GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op.cit p.187.

²² En este mismo sentido véase MARGUERAT, Jean. “Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes”. En *Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos)*. COLLANTE GONZALEZ, Jorge Luis; CREMADES, Anne-Carole (dirs.). 1ª ed. Lima: Palestra Editores, 2012. p.97-120.

y/o societario, quién es el beneficiario controlador del grupo de sociedades y que actividades desplegaron para la ejecución del contrato basal y la consecución del objeto del contrato.

En este contexto, Bernardo M. Cremades sostiene que “la competencia de los árbitros para conocer del asunto concreto deriva y aparece definida por los términos en que se encuentre expresada la cláusula compromisoria. De modo que, figurando como firmantes de la misma unas sociedades determinadas, las facultades decisorias del tribunal se circunscriben, en principio, a dichas entidades, con independencia de que formen parte de un grupo o empresa multinacional. Si la otra parte contratante está interesada, en que el arbitraje se extienda a compañías integrantes del grupo, que no han firmado el contrato, habrá de probarse su efectiva participación contractual y por ende la aceptación, si quiera tácita, de la cláusula arbitral”; es decir, para este autor la cláusula arbitral permite, incorporar a diversas partes a una disputa arbitral, bastando la aceptación tácita de la no signataria al intervenir y participar en la ejecución del contrato en la que se establece la cláusula arbitral, lo cual da lugar a que, la mencionada cláusula no debe ser interpretada de manera tal que restrinja la participación de diversas empresas de un mismo grupo económico; es decir, no debe ser interpretada tan restrictivamente, sino que debe ser interpretada de manera amplia de tal modo que los entes que puedan llegar a tener interés en la solución de una controversia arbitral puedan acudir a ella²³.

En este contexto, la unidad y la vinculación económica entre las partes es un elemento total que un Tribunal Arbitral debe valorar al momento de determinar la legitimación tanto activa como pasiva, la arbitrabilidad de la controversia planteada y la procedencia de las prestaciones reclamadas, en virtud de la vinculación económica entre las demandadas signatarias y las no signatarias respecto al objeto del contrato y los demás contratos relevantes involucrados en el objeto del basal; porque de esta vinculación económica dimana la extensión del pacto arbitral a las no signatarias²⁴.

²³ En el mismo sentido Alfredo Bullard considera que “*si la parte que se pretende traer a arbitraje ejecutó en parte o el total de las obligaciones, podrá ser traída al arbitraje*” Véase en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana”. *Op. cit.* p.112.

²⁴ Cabe destacar el precedente asentado por la Corte de Casación Francesa en la sentencia del 30 de marzo de 2004 en el caso “Uni-Kod Vs. OuralKali” y otras compañías rusas en las que en el primer contrato se pactó cláusula arbitral bajo el auspicio de la CCI, hubo un segundo contrato sin cláusula arbitral para el financiamiento para la compra de materia prima, Uni-Kod se opuso a la arbitrabilidad del segundo contrato en virtud de que la cláusula arbitral según ellos no podía extenderse al segundo contrato, la CCI determinó que sí se extendía la cláusula arbitral y en la ejecución del laudo la Corte de Apelaciones de París confirmó la procedencia del laudo y concluyó que la cláusula arbitral era separable del primer contrato; toda vez que ambos contratos eran inseparables desde el punto de vista de la viabilidad económica de la operación. En este mismo sentido GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. 1ª ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011. p.119 Y 120.

7. Fraude a la luz de la Teoría del Grupo de Sociedades

Este es el extremo de la teoría del grupo de sociedades para calificar y sancionar a un conjunto de sociedades interrelacionadas que tras haber participado en la ejecución de un contrato con cláusula arbitral, una o varias sociedades afines se benefician indebidamente y a costa de terceros que participaron en la consecución del objeto del contrato basal; pero con el agravante, de que los miembros del grupo de sociedades desplegaron una conducta ilícita al orquestar de común acuerdo un daño patrimonial en perjuicio de sus “socios” en el contrato basal para obtener un beneficio directo o indirecto del controlador final; y en este contexto, al surgir la disputa arbitral, las partes no signatarias del grupo se excepcionan del proceso arbitral argumentando la falta de suscripción del acuerdo arbitral²⁵.

Ante un proceso arbitral con estas características, un Tribunal Arbitral debe ser sumamente cauteloso y analítico y exigir un estándar probatorio alto, pero si las demandantes acreditan la voluntad fraudulenta y orquestada por el grupo de sociedades para obtener un lucro indebido anteponiendo el interés del grupo al interés común del objeto del contrato basal, bien puede considerar la extensión de la cláusula arbitral a partes no signatarias; al respecto, me adhiero a la opinión de MORI y GALUCCIO quienes consideran que “nos encontramos ante la presencia de sociedades que conforman un mismo grupo económico, pero que a su vez actúan como una única sociedad, con una sola voluntad de fraude. Es decir, es la propia formación o utilización de sociedades vinculadas, con el fin de evadir obligaciones contractuales, la que nos permite inferir un consentimiento al arbitraje (...). Es la conducta de dichas empresas de “fachada” que al colaborar con la defraudación y consentir la misma implica, al amparo del principio de buena fe, reconocer que deben quedar vinculadas por los efectos de sus actos de mala fe. En este sentido, el consentimiento a arbitrar se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de mala fe de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía. En esa medida dichas empresas no signatarias deben entenderse como partes propiamente dichas en el arbitraje. No sólo por formar parte del mismo grupo económico y responder a una única voluntad común, sino principalmente porque de manera consiente contribuyeron a evadir los efectos del contrato y del pacto arbitral a él vinculado”²⁶.

En efecto, los elementos torales que deben materializarse para poder considerar la configuración de este tipo de fraudes son la pertenencia a un mismo grupo económico, la intención de obtener una ventaja

²⁵ En este mismo sentido Irina Gedwillo considera que el acuerdo arbitral puede extenderse a partes no signatarias con fundamento en los principios generales del derecho. “*Así un supuesto de fraude puede originar situaciones en las que el acuerdo arbitral sea extendido a partes no signatarias. También esa extensión puede tener fundamento en la aplicación del principio de buena fe y apariencia, los usos mercantiles internacionales, la teoría del grupo de sociedades, los principios de eficacia procesal, la teoría de la incorporación por referencia y la interrelación de los contratos*”. Véase GEDWILLO, Irina Natacha. *Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional*. Op.cit p.134.

²⁶ Véase en MORI BREGANTE, Pablo; GALUCCIO TONDER, Giuseppe. “La extensión del convenio arbitral a partes no signatarias”. En BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. el arbitraje desde otra perspectiva*. 1ª ed. Lima: Palestra Editores, 2016. p. 140 y 141.

indebida con base en la “alineación” de los intereses del grupo societario por encima del proyecto en común del basal, el conocimiento previo de la cláusula arbitral, la intención de “zafarse” de un procedimiento arbitral por parte de las no signatarias y un daño patrimonial y un nexo causal acreditado.

En este contexto y coincidiendo con Alfredo Bullard, las partes no signatarias de un pacto arbitral, bajo el principio de pacta sunt servanda, no deberían poder desobligarse ni desvincularse de las cláusulas arbitrales pactadas en el contrato basal, criterio que se complementa con los principios de inevitabilidad del arbitraje, separabilidad del pacto arbitral y competencia de la competencia; máxime si estamos en presencia de un fraude en el cual las demandadas tanto signatarias como no signatarias fueron utilizadas por su controladora para ejecutar un daño patrimonial a la demandante, para posteriormente en el procedimiento arbitral, las no signatarias opongan la excepción de falta de legitimación pasiva.

Bullard expone un ejemplo por demás útil e ilustrativo de este tipo de fraudes: “(...) si una empresa de un grupo económico transfiere a otra empresa del mismo grupo un activo importante para defraudar una deuda derivada de un contrato sujeto a un pacto arbitral, puede derivarse de la intención de defraudar de la empresa que recibe el bien estaba tratando de evadir los efectos de una relación jurídica obligatoria. Su simple conducta y el consentir a la defraudación, implica, en buena fe, reconocer que debe quedar vinculada por los efectos de sus actos. Así esa empresa debe entenderse como parte en un arbitraje, porque conscientemente contribuyó al intento de evadir los efectos del contrato y del pacto arbitral a él vinculado. El consentimiento se deriva no de su intención declarada de someterse a arbitraje, sino de su intención de contribuir conscientemente a tratar de sustraer al obligado de las consecuencias del arbitraje que conocía”²⁷. Coincido con Bullard en que en este ejemplo la extensión de las cláusulas arbitrales a las partes no signatarias debe operar, pues al pretender rehuir del arbitraje lo hacen de mala fe, en complicidad con los demás miembros de su grupo de sociedades y en acatamiento a las instrucciones del ente que las controla.

Ahora bien, ante la gravedad del supuesto planteado, el Tribunal Arbitral que conozca de este tipo de controversias en las que deba determinar si se materializó un ilícito civil de este tipo, y considerar por ello, sujetar a su competencia y jurisdicción a una parte no signataria, debe exigir un estándar probatorio alto en el que el conocimiento previo del pacto arbitral y la participación activa de la no signataria sea incuestionable; en consecuencia, el consentimiento de la no signataria al pacto arbitral en estos supuestos se materializa con la conciencia de que existe un pacto arbitral y la participación activa y determinante en la ejecución del contrato que contiene la cláusula arbitral y en la consecución del objeto contractual con base en los principios de buena fe, pacta sunt servanda, arbitrabilidad subjetiva y teoría del grupo de sociedades²⁸.

²⁷ Véase en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana”, en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (editor). *Litigio arbitral. el arbitraje desde otra perspectiva*. 1ª ed. Lima: Palestra Editores, 2016, p.102, 108 y 109.

²⁸ Al respecto, Alfredo Bullard considera que “es una participación de tal naturaleza que de ella se deriva una relevancia significativa en los hechos o asuntos que terminan siendo objeto de arbitraje. La conducta debe generar la sensación clara que (...) permitir evadir sus consecuencias sería consentir una conducta fraudulenta. Por ejemplo, si la subsidiaria fue la que ejecutó

En resumen, el grupo societario que indebidamente y dolosamente se beneficie directa o indirectamente de su participación en la ejecución de los basales que tienen cláusula arbitral, no se le debe permitir que se excuse a sus filiales del arbitraje arguyendo que no son partes signatarias, en el caso de que es por ellas y con ellas que el “grupo de sociedades relacionadas” ejecutó una serie de actos para materializar un ilícito beneficio con un flagrante conflicto de interés y en perjuicio de un tercero ajeno al grupo de sociedades que en su momento se asoció con estas para lograr el objeto del contrato que contiene el pacto arbitral.

8. Conclusión

La extensión del pacto arbitral con base en esta teoría debe aplicarse cuando la norma aplicable a la cláusula arbitral lo permita y en un arbitraje las codemandadas que signatarias son partes relacionadas con las no signatarias, y todas han pretendido beneficiarse directa o indirectamente del objeto del contrato o los contratos que contienen los pactos arbitrales.

9. Bibliografía

BULLARD G. A. (2016) “¿Y quiénes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana”. En A. BULLARD (editor). Litigio arbitral. el arbitraje desde otra perspectiva. 1ª ed. Lima: Palestra Editores.

BURGHETTO, María B. “El sistema de arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)”, en ETCHEVERRY, Raúl A.; HIGHTON, Elena I. (dirs.). Resolución alternativa de conflictos. Tomo 1 Arbitraje. 1ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2010, p.415-472.

CAIVANO, Roque J. “Arbitraje y grupos de sociedades. extensión de los efectos de un acuerdo arbitral a quien no ha sido signatario”. Disponible en

http://www.limaarbitration.net/LAR1/roque_j_caivano.pdf

CONEJERO ROOS, Cristian. “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general”, en CONEJERO ROOS, Cristian; HIERRO HERNANDEZ-MORA, Antonio; MACCHIA, Valeria; SOTO COAGUILA, Carlos (coord.). El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. 1ª ed. Colombia: Legis Editores, 2009, p.57-110.

ESCOBAR VÁZQUEZ, Teresita de Jesús. “Extensión de la cláusula arbitral en la doctrina de los grupos de sociedades”. En Revista Jurídica Universidad Americana. Vol. 3. Noviembre, 2012. p.119-171. Consultado el 28/03/2018 en file:///C:/Users/jorge/AppData/Local/Packages/Microsoft.MicrosoftEdge_8wekyb3d8bbwe/TempS

las obligaciones asumidas por la principal, que era la que había firmado el pacto arbitral, la primera queda sometida al pacto arbitral porque sin su participación el contrato no se habría ejecutado. En consecuencia su participación fue determinante” Véase en BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. “¿Y quienes están invitados a la fiesta? La incorporación de partes no signatarias al arbitraje y el artículo 14 de la Ley de Arbitraje peruana”. Op. cit. p.112.

tate/Downloads/176-Texto%20del%20artículo-607-1-10-20170906.pdf

FRIEDLAN, Paul; LLANO ODDONE, Rafael E. Cláusulas de arbitraje para contratos internacionales. 1ª ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010.

GEDWILLO, Irina Natacha. Cuestiones modernas de arbitraje: un análisis doméstico e internacional. 1ª ed. Buenos Aires: Legis Argentina, 2011.

GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “El que toma el botín, toma la carga: la solución a problemas relacionados con terceros en actos jurídicos que contienen un acuerdo arbitral e involucran a

terceros”. En Aplicación del convenio arbitral a partes no signatarias. Intervención de Terceros en el Arbitraje. Anuario Latinoamericano del Arbitraje, Instituto Peruano del Arbitraje, No. 2, Septiembre de 2012, p. 113 et seq. Ensayo disponible en www.gdca.com.mx/publicaciones/arbitraje

MARGUERAT, Jean. “Extensión de la cláusula arbitral a terceros no firmantes”. En Arbitraje Comercial Internacional en Europa (aspectos actuales y regímenes jurídicos). COLLANTE GONZÁLEZ, Jorge Luis; CREMADES, Anne-Carole (dirs.). 1ª ed. Lima: Palestra Editores, 2012. p.97-120.

COMENTARIOS AL CONVENIO DE LA HAYA DEL 2 DE JULIO DE 2019 SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS EXTRANJERAS EN MATERIA CIVIL Y COMERCIAL

Francisco José Contreras Vaca*

Sumario: I-Introducción; II-Antecedentes; III-Análisis del convenio; IV-Conclusiones

Resumen: El convenio de La Haya de Julio 2019, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y comercial, se encuentra en proceso de firma y ratificación internacional, establece normas uniformes sobre el proceso “exequatur” por lo que es de esperarse que este tratado internacional pronto entre en vigor y que México proceda a firmarlo.

Abstract: The Hague Convention of July 2019, on the recognition and enforcement of foreign judgments in civil and commercial matters, is in the process of being signed and internationally ratified, establishes uniform rules on the “exequatur” process, so it is to be expected that this treaty international soon to enter into force and that México proceeded to sing it

* Académico de número, AMEDIPC; Profesor de DIPr, Universidad Panamericana, y catedrático en la División de estudios de posgrado de la Facultad de Derecho, UNAM.

1. Introducción

Dentro de los tratados internacionales recientemente aprobados en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y que se encuentran en proceso de firma y ratificación internacional, se encuentra el Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial, mismo que fue finalizada el 2 de julio de 2019.

Es importante señalar que la Conferencia de La Haya se constituyó, como un organismo internacional, el 13 de junio de 1955 mediante la entrada en vigor de su tratado constitutivo, el Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado¹, con la finalidad de que las conferencias

¹ Este estatuto fue aprobado durante la séptima sesión de las conferencias diplomáticas que sobre derecho internacional privado se celebraron en La Haya, Países Bajos y que en esa ocasión se realizó del 9 al 31 de octubre de 1951. Los países originalmente firmantes fueron: Austria, Bélgica, Dinamarca, España, Finlandia, Francia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Federal de Alemania, Suecia y Suiza. Los puntos más importantes de este tratado constitutivo son:

a) Finalidad de sus trabajos (art. 1): lograr la unificación progresiva de las reglas del derecho internacional privado.

b) Estados parte (art. 2): son miembros fundadores los Estados que antes de su constitución hubieren participado en una o varias de las conferencias celebradas en La Haya en materia de derecho internacional privado y que aceptaran el Estatuto. Asimismo, puede llegar a ser parte cualquier nación interesada en sus trabajos, siempre y cuando: lo proponga algún país miembro; lo acepte la mayoría de los gobiernos participantes; se realice con un mínimo de seis meses posteriores a la presentación de la solicitud, y que el interesado acepte el estatuto analizado.

c) *Comisión de Estado de los Países Bajos* (art. 3): fue formada mediante Decreto Real del 20 de febrero de 1897 con la finalidad de promover la codificación del derecho internacional privado y asegurar el funcionamiento de la Conferencia. Esta comisión tiene una oficina permanente en La Haya que examina las propuestas de tema para ser incluidas en la Orden del Día de la Conferencia, pudiendo determinar libremente su curso y previa consulta con los Estados parte debe fijar las fechas para la celebración de las futuras reuniones, debiendo dirigirse al Gobierno del Reino de los Países Bajos para convocar a sus miembros.

d) Sesiones (art. 3): las reuniones ordinarias de la Conferencia se celebran cada cuatro años y las extraordinarias se convocan previo dictamen favorable de sus miembros.

e) Oficina Permanente (art. 4 y 5): tiene su sede en La Haya, Países Bajos, y se integra por el Secretariado General y dos Secretarías cuyos titulares deben poseer distintas nacionalidades y ser nombrados por el Gobierno del Reino de los Países Bajos, a propuesta de la *Comisión de Estado de los Países Bajos*, de entre aquellas personas que gozan de conocimientos jurídicos y de la experiencia práctica apropiada. El número de las Secretarías puede aumentar, previa consulta con los Estados miembros de la Conferencia. La Oficina Permanente se encarga de organizar y preparar las sesiones ordinarias y extraordinarias de la Conferencia, así como las reuniones de las Comisiones Especiales, que se analizarán posteriormente.

f) Organos nacionales (art. 6): cada gobierno de los países participantes debe designar a un *Organo Nacional* con el fin de facilitar su comunicación con la Oficina Permanente y con los demás Estados miembros.

diplomáticas que desde el siglo pasado se venían celebrando en La Haya sobre derecho internacional privado adquirieran estabilidad y permanencia, iniciándose con ello una segunda etapa en el desarrollo de las mismas, ya que se convirtieron en un organismo internacional que ha venido sesionando, hasta la fecha, cada cuatro años². Actualmente (2020) son miembros de la Conferencia de La Haya de Derecho

g) Comisiones Especiales (art. 7): se pueden crear durante el intervalo de las sesiones ordinarias con la finalidad de elaborar los proyectos de convenciones o realizar cualquier estudio atinente al derecho internacional privado que hubiere sido encomendado por la Conferencia o por la *Comisión de Estado de los Países Bajos*.

h) Obligaciones pecuniarias (arts. 8 a 10): los Estados participantes deben repartirse los gastos administrativos de la Oficina Permanente y de las Comisiones Especiales, a excepción de los gastos de traslado y estancia de sus Delegados, los cuales siempre corren por cuenta de los gobiernos representados y de los gastos para las sesiones ordinarias de la Conferencia que son cubiertos por el Gobierno del Reino de los Países Bajos. Cabe indicar que los gastos de las reuniones extraordinarias se reparten entre los Estados miembros asistentes y que el presupuesto de la Oficina Permanente y de las Comisiones Especiales debe aprobarse anualmente por los representantes diplomáticos de las naciones parte, acreditados en La Haya. Es importante destacar que los países miembros se reúnen bajo la presidencia del Ministro de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos y que todas las aportaciones, así como el reparto de los gastos correspondientes, se manejan a través del actual Ministerio de Negocios del Reino de los Países Bajos.

i) Aceptación de nuevos miembros (art. 14): una vez aprobada por el seno de la Conferencia la aceptación de un nuevo Estado parte, debe depositar su aceptación ante los Archivos del Gobierno de los Países Bajos (actualmente Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos), quien tiene la obligación de darla a conocer a los demás miembros.

j) Modificaciones al Estatuto (art. 12): están permitidas siempre y cuando las aprueben más de las dos terceras partes de los miembros de la Conferencia. Cabe indicar que a la fecha no se ha realizado ninguna.

k) Reglamento (art. 13): con la finalidad de detallar el Estatuto y asegurar la ejecución de sus disposiciones este acuerdo señala que la Oficina Permanente de la Conferencia, con aprobación de la mayoría simple de sus miembros, debe elaborar un reglamento del mismo.

l) Denuncia al Estatuto: cualquier miembro puede realizarla (ya que se han cumplido más de cinco años a partir de que entró en vigor el Estatuto) y debe notificarse al actual Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos con un mínimo de seis meses de anticipación a la terminación del año presupuestario, produciendo la misma sus efectos en la fecha de expiración de tal periodo y limitado el Estado que la efectuó.

² De las labores desarrolladas por este organismo internacional se pueden destacar los siguientes aspectos:

a) Tendencia a la universalización: la Conferencia agrupa a un número limitado de Estados, por lo que en ocasiones ha merecido el denominativo de *organismo regional*, máxime cuando las formalidades necesarias para que se incluya a un nuevo país miembro son rígidas, ya que se requiere que alguna de las naciones parte proponga su candidatura y que la misma sea aceptada por la mayoría de sus integrantes. Sin embargo, la tendencia actual es cada vez de mayor apertura para lograr facilitar la labor unificadora que persigue. Actualmente Europa conserva el eje de la Conferencia pero se ha producido una notable extensión geográfica y una progresiva universalización de la misma.

b) Calidad de sus estudios: la Conferencia no está dominada por grandes poderes, aunque median influencias importantes y el prestigio que ha desarrollado deriva de la calidad de sus discusiones y la altura académica y jurídica de los especialistas que participan.

c) Búsqueda de la *Union Judiciaire*: los proyectos de convenciones y tratados internacionales emanados de la Conferencia son destinados a producir efectos en el orden de la unificación progresiva del derecho internacional privado mediante una *Union Judiciaire* (unión del derecho).

d) Utilización del derecho comparado: las convenciones de La Haya, sin excepción, son una obra colectiva realizada en base al derecho comparado en la que intervienen profesores de derecho, miembros de tribunales de justicia, abogados postulantes, consejeros jurídicos y diplomáticos de diversos países.

e) Flexibilización de posturas: como el derecho de cada pueblo responde a concepciones históricas, políticas y económicas diversas, para lograr un acuerdo de voluntades ha sido preciso que los Estados hagan concesiones recíprocas sobre las bases del respeto a los principios fundamentales que rigen a cada sistema jurídico.

f) Pragmatismo en sus proyectos: por la experiencia obtenida en la Conferencia se evitan desarrollos jurídicos impecables, debido a que complican innecesariamente la labor de unificación o la retrasan en exceso, de ahí que los trabajos se caractericen por un pragmatismo académico que busca lograr con éxito sus objetivos.

g) Realización de sondeos previos: la costumbre en la Conferencia ha sido abrir las convenciones a la firma cuando los sondeos previos han indicado que existe un determinado número de miembros que están dispuestos a hacerlo, lo que en ocasiones ha traído que se suspendan o retrasen los planes de instrumentación por factores jurídicos y políticos, ya sean nacionales o internacionales.

h) Métodos de trabajo: la Conferencia para lograr sus fines ha empleado cinco métodos:

- Recomendaciones: en este únicamente se sugiere la adopción de ciertos principios aprobados. Este método fue utilizado en la Primera y Segunda Conferencia de La Haya.

- Convenciones multilaterales: es la forma tradicional utilizada para suscribir tratados entre los Estados en áreas de mutuo interés. Este método fue utilizado principalmente en la Tercera y Cuarta Conferencia de La Haya.

- Convenciones modelo: consiste en aprobar el texto de un proyecto de tratado internacional, dejando que los mismos se concluyan en lo futuro por los Estados, quienes son los encargados de cuidar sus detalles y complementos. Este método fue utilizado a partir de la Séptima Sesión de la Conferencia de La Haya.

- Bilateralización: los Estados parte pueden elegir libremente a las naciones con las que desean que surta efectos el pacto internacional. Este método fue utilizado a partir de la Novena Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya debido a la propuesta realizada por la delegación belga con el fin de aumentar la suscripción de los Estados, aplicándose en forma piloto en la Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial del 18 de marzo de 1970 y, posteriormente, en la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras del 1 de febrero de 1971 y demostrando ciertas ventajas sobre los anteriores métodos.

- Ley modelo: consiste en un texto destinado a reemplazar las reglas de conflicto existentes en la legislación interna de cada uno de los Estados interesados, no estando integrado ni formando parte anexa de algún tratado internacional, siendo simplemente una recomendación de proyecto de ley con la finalidad de que los órganos nacionales la utilicen como base para la elaboración de su legislación interna, eliminando con ello los elementos de reciprocidad en las disposiciones materiales. Este método fue previsto a partir de la Novena Sesión de la Conferencia de La Haya.

i) Tratamiento de temas específicos: aunque en las primeras reuniones se pretendió realizar una codificación general del derecho internacional privado, influenciada por los avances obtenidos en América, a partir de la Segunda Guerra Mundial ha buscado

Internacional Privado 84 países y 1 organismo regional de integración económica (Unión Europea), los cuales a saber son: Albania, Alemania, Andorra, Arabia Saudita, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Belarús, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chile, República Popular China, Chipre, Corea República de, Costa Rica, Croacia, Dinamarca, Ecuador, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, India, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Jordania, Kazajstán, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malasia, Malta, Marruecos, Mauricio, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Moldova, República Dominicana, Rumania, Rusia, Serbia, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Surinam, Túnez, Turquía, Ucrania, Unión Europea, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela y Vietnam.

México es Estado miembro de la Conferencia de La Haya a partir de 1986³ y nuestros representantes han sido, primeramente, el destacado iusprivatista Lic. José Luis Siqueiros y, con posterioridad, la notable iusprivatista Dra. María Elena Mansilla y Mejía.

Actualmente nuestro país forma parte de seis tratados, de los más de cuarenta, que han emanado de su seno:

solucionar problemas concretos, ya sea revisando, mejorando e innovando las acordadas en convenciones anteriores o tratando nuevos tópicos.

j) *Convention Minimum* (acuerdo mínimo posible): es una característica de los tratados elaborados a partir de la Novena Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya consistente en enunciar en el texto del acuerdo una serie de principios o reglas mínimas que los Estados pueden derogar, pero prohibiendo que fuera de ellas se reserve alguna otra.

k) Temporalidad de sus compromisos: surgida a partir de la Novena Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya, a propuesta de la delegación belga, consistente en señalar en el texto del tratado un límite a su duración.

l) Eliminación de elementos técnico-jurídicos locales: ante la dificultad de utilizar un lenguaje técnico específico, debido a los diferentes sistemas jurídicos existentes en los Estados parte, la Conferencia ha intentado utilizar uno neutro, alejándose de concepciones nacionalistas y evitando que en sus convenciones se incorporen términos cuyo contenido pueda variar dependiendo el derecho bajo el cual son analizados. Por lo anterior, se ha venido utilizado la llama *calificación por función*, que consiste en mencionar la conducta y no la expresión jurídica con la que generalmente es conocida.

m) Eliminación de la reciprocidad: se ha procurado que las reglas establecidas en las convenciones se apliquen sin importar si el elemento interesado pertenece a un Estado parte.

³ En México el Senado de la República aprobó el *Estatuto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado* el 26 de diciembre de 1985; publicó el Decreto de Aprobación del Senado, sin reservas ni declaraciones interpretativas, en el Diario Oficial de la Federación del 28 de enero de 1986; firmó el instrumento internacional de adhesión el 31 de enero de 1986, depositándolo el 18 de marzo de 1986 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, y publicó su Decreto de Promulgación en el Diario Oficial de la Federación del 12 de mayo de 1986.

- Convención sobre la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Comercial⁴;
- Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores⁵;
- Convención sobre la Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional⁶, y
- Convención por la que se Suprime el Requisito de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros⁷.
- Convenio sobre la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales o Extrajudiciales en Materia Civil o Comercio
- Convenio sobre Acuerdos de Elección de Foro¹.

⁴ Aprobada durante la Décimo Primera Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya celebrada del 7 al 26 de octubre de 1968 y concluida el 18 de marzo de 1970. En México fue aprobada por el Senado de la República el 29 de diciembre de 1987 y el 17 de noviembre de 1988; se publicó el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 26 de enero de 1988 con una fe de erratas publicada el 26 de febrero de 1988, una aprobación a la supresión de una frase de las reservas realizadas publicada el 30 de noviembre de 1988 y otra el 26 de enero de 1989; se firmó el instrumento internacional de adhesión el 13 de marzo de 1989, depositándose el 27 de julio de 1989 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, y publicándose el Decreto de Promulgación en el Diario Oficial de la Federación del 12 de febrero de 1990.

⁵ Aprobada durante la Décimo Cuarta Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya celebrada del 6 al 25 de octubre de 1980 y concluida en esta última fecha. En México fue aprobada por el Senado de la República el 13 de diciembre de 1990; se publicó el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 14 de enero de 1991; se firmó el instrumento internacional de adhesión el 29 de enero de 1991, depositándose el 20 de junio de 1991 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, y publicándose el Decreto de Promulgación en el Diario Oficial de la Federación del 6 de marzo de 1992.

⁶ Aprobada durante la Décimo Séptima Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya celebrada del 10 al 29 de mayo de 1993 y concluida en esta última fecha. En México fue firmada *ad referendum* el 29 de mayo de 1993; aprobada por el Senado de la República el 22 de junio de 1994; se publicó el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 6 de julio de 1994; se firmó el instrumento internacional de ratificación el 26 de agosto de 1994, depositándose el 14 de septiembre de 1994 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, y publicándose el Decreto de Promulgación en el Diario Oficial de la Federación del 24 de octubre de 1994.

⁷ Aprobada durante la Novena Sesión Ordinaria de la Conferencia de La Haya celebrada del 5 al 26 de octubre de 1960 y concluida el 5 de octubre de 1965. En México fue aprobada por el Senado de la República el 19 de diciembre de 1993; se publicó el Decreto de Aprobación del Senado en el Diario Oficial de la Federación del 17 de enero de 1994; depositándose el instrumento internacional de adhesión el 1 de diciembre de 1994 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos, y publicándose el Decreto de Promulgación en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 1995.

¹ Aprobado el 30 de junio de 2005. Es importante señalar que México fue el primer país que depositó el instrumento internacional de ratificación el 26 de noviembre de 2007 ante el Ministerio de Asuntos Exteriores del Reino de los Países Bajos. Nuestro país publicó el Decreto de Promulgación en el Diario Oficial de la Federación del 1 de octubre de 2015.

2. Antecedentes

La problemática relativa a la ejecución extraterritorial de sentencias no es nueva para la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado.

El tema del reconocimiento de validez y ejecución de sentencias extranjeras, en el seno de este importante organismo internacional, primeramente se abordó en su Quinta Sesión Ordinaria, celebrada en el año de 1925 (la cual influyó de manera importante en algunos tratados bilaterales que con posterioridad se suscribieron entre diversos países europeos), y fue a partir de su Novena Sesión Ordinaria, celebrada en el año de 1960, cuando surge la necesidad común de lograr una regulación generen en relación al reconocimiento y ejecución de las sentencias extranjeras de carácter patrimonial. El examen de este tema, en el seno de la referida Sesión, se abordó por una Comisión Especial, que tuvo como relator al profesor Ch. N. Fragistas, misma que concluyó con la adopción de un anteproyecto de tratado que fue discutido en su Décima Sesión Ordinaria, celebrada en el año de 1964. Toda vez que no fue posible concluir el examen del anteproyecto en dicha Sesión, se convocó a una Sesión Extraordinaria, que se celebró del 13 al 26 de abril de 1966, con la asistencia de delegados de Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, República Federal de Alemania, Grecia, Israel, Italia, Japón, Luxemburgo, Holanda, Noruega, Portugal, España, Suecia, Suiza, Turquía, República Árabe Unida, Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y los Estados Unidos de América. Como resultado de sus deliberaciones, en su Acta Final, emitida el 26 de abril, los asistentes aprobaron y decidieron someter a la consideración de sus gobiernos, entre otros temas, un proyecto de Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en asuntos Civiles y Mercantiles, el cual se abrió a la firma el 17 de marzo de 1969 y que finalmente fue aprobado el 1 de febrero de 1971. Igualmente, en la referida Acta Final se adoptó la decisión de crear un Comité Especial con miras a la elaboración de un Protocolo al multicitado tratado, con la finalidad de reglamentar ciertos casos de competencia no comprendidos en los artículos 10 y 11 del entonces proyecto de convenio. Este Protocolo Adicional fue aprobado por la Comisión Especial el 15 de octubre de 1969 y abierto a la firma simultáneamente con el convenio (17 de marzo de 1969), acorde con una recomendación adoptada por la Conferencia de La Haya. El 1 de febrero de 1971 dicho organismo internacional puso a funcionar el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial y a su Protocolo Adicional, los cuales tenían como objetivo el establecer normas comunes entre los Estados parte relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales dictadas en sus respectivos países, ello limitado a las materias civil y mercantil, y los mismos entraron en vigor internacionalmente y de manera conjunta el 20 de agosto de 1979, al haber transcurrido sesenta días a partir de que el Ministerio de Relaciones Exteriores de los Países Bajos recibió en depósito el segundo instrumento de ratificación a los mismos, conforme a lo dispuesto por el artículo 28 del convenio y al apartado 9 del Protocolo.

Debido a los numerosos problemas jurídicos que, a partir de la aprobación de los anteriores tratados, fueron surgiendo debido a las diferencias existentes entre los sistemas nacionales de reconocimiento y ejecución de sentencias en el extranjero, la Conferencia de La Haya, al comiendo del siglo XXI, consideró

la necesidad de abordar nuevamente el “Proyecto sobre Sentencias” y, en particular, sobre la competencia internacional al de los jueces y el reconocimiento y la ejecución de sentencias en el extranjero.

En un principio, el referido proyecto tenía por objeto elaborar un convenio con un ámbito de aplicación amplio sobre competencia internacional y normas de reconocimiento y ejecución, pero posteriormente éste se limitó a los problemas que se derivan de los acuerdos de elección de foro, lo que derivó en el Convenio de La Haya del 20 de junio de 2005 sobre los Acuerdos de Elección de Foro.

En el año 2012, el Consejo de Acuerdos Generales y Política de la Conferencia de La Haya, decidió continuar los trabajos del “Proyecto sobre Sentencias” e invitó al Grupo de Expertos sobre Sentencias para estudiar y emitir recomendaciones sobre cuestiones de competencia y reconoció la necesidad de elaborar un instrumento nuevo sobre reconocimiento y ejecución de sentencias, en particular “filtros jurisdiccionales”. Para los efectos anteriores, se creó un Grupo de Trabajo, el cual se reunió en 5 ocasiones y finalizó con la elaboración de un anteproyecto de tratado, en el mes de noviembre de 2015.

En 2016, el citado Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya reconoció la labor del Grupo de Trabajo y decidió convocar a una Comisión Especial con la finalidad de preparar un anteproyecto de convenio, la cual se reunió en dos ocasiones. En su segunda reunión, celebrada en el año de 2017, redactó un anteproyecto de tratado y, en su cuarta reunión, llevada a cabo del 24 al 29 de mayo en 2018, se aprobó el proyecto definitivo del Convenio sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial, mismo que fue definitivamente aprobado, abriéndose a la firma y ratificación de sus Estados Miembros el día 2 de julio de 2019, en la Sesión Diplomática convocada para el efecto.

El tratado objeto de estudio establece normas uniformes para el reconocimiento y la ejecución de sentencias, que simplifica el proceso de “exequatur” y ofrece una estructura eficaz y previsible para el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras, garantizando una mayor certeza en los intercambios internacionales y fomentando la creación de una infraestructura judicial más confiable para las transacciones e inversiones internacionales.

Por lo reciente de su aprobación, a la fecha (2020), este tratado aún no ha entrado en vigor, al no haberse reunido las dos firmas (y la ratificación de las mismas) de los Estados Miembros, conforme a los lineamientos que establece su artículo 28.

Hoy en día (noviembre de 2020), solo dos países han firmado este importante tratado: Uruguay (2 de julio de 2019) y Ucrania (4 de marzo de 2020).

Con la finalidad de mejorar de manera importante el sistema internacional de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, es de esperarse que este tratado internacional pronto entre en vigor y que en nuestro país (México) haga lo propio, es decir, que por ser altamente benéfico para los intereses nacionales, que el Presidente de la República proceda a firmarlo y que, posteriormente, el Senado de la República, lo ratifique, a efecto de que, por conducto de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores, se entreguen los instrumentos internacionales correspondientes en el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos (depositario de la Conferencia de La Haya), de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 de tratado materia del presente estudio.

3. Analisis del Convenio

El tratado objeto de estudio, se integra por cuatro capítulos. El primero de ellos se refiere al alcance y a la definición de ciertos términos que son utilizados a lo largo de la convención; el segundo, se denomina “Reconocimiento y Cumplimiento”; el tercero, se llama “Cláusulas Generales”, y el cuarto, es nombrado como “Cláusulas Finales”. En los apartados siguientes abordaré, con detalle, el estudio de cada uno de ellos.

4.- Alcance y deficiones

Se contienen en el capítulo PRIMERO (ROMANO) del convenio analizado y, el mismo, establece los siguientes lineamientos:

1.- MATERIAS INCLUIDAS: el convenio se aplica únicamente para el reconocimiento de validez y la ejecución de sentencias en las materias CIVIL Y MERCANTIL (artículo 1).

2.- SENTENCIAS Y RECONOCIMIENTO DE ELLAS, SÓLO ENTRE ESTADOS PARTE: las sentencias que entran dentro del ámbito de aplicación del tratado analizado tuvieron que haber sido dictada por un Estado Parte del acuerdo y debe solicitarse su reconocimiento de validez y, en su caso, ejecución coactiva a otro Estado Contratante (artículo 1).

Cabe recordar que no es lo mismo el reconocimiento de validez de una sentencia que su ejecución coactiva, ya que son dos momentos diferentes y subsecuentes dentro del denominado como PROCESO DE HOMOLOGACIÓN. Hay que tener presente que a todo tipo de sentencias (que se encuentren dentro del ámbito de validez del tratado y que cumplan con los lineamientos que han sido establecidos) puede reconocérseles validez (sean declarativas, constitutivas, de condena o mixtas), pero únicamente podrán ejecutarse aquellos aspectos de condena que son contenidos en los puntos resolutivos de una sentencia, ya que los aspectos declarativos o constitutivos de derecho, únicamente podrá reconocérseles validez, debido a que su naturaleza no implica una ejecución coactiva.

3.- MATERIAS EXCLUIDAS: no se encuentran dentro del alcance del tratado objeto de estudio las sentencia que versen sobre las siguientes materias (artículos 1 y 2):

- a) asuntos fiscales, aduaneros o administrativos.
- b) estatus y la capacidad jurídica de las personas físicas;
- c) alimentos;
- d) otros asuntos de derecho de familia, incluidos los regímenes económicos matrimoniales y otros derechos u obligaciones derivados del matrimonio o relaciones similares;

- e) testamentos y sucesiones;
- f) insolvencia, composición, resolución de instituciones financieras y asuntos análogos;
- g) transporte de pasajeros y mercancías;
- h) contaminación marina transfronteriza, contaminación marina en áreas fuera de la jurisdicción nacional, contaminación marina proveniente de buques, limitación de responsabilidad por reclamaciones marítimas y avería gruesa;
- i) responsabilidad por daños nucleares;
- j) validez, nulidad o disolución de personas jurídicas o asociaciones de personas naturales o jurídicas, y la validez de las decisiones de sus órganos;
- k) validez de las inscripciones en los registros públicos;
- l) difamación;
- m) privacidad;
- n) propiedad intelectual;
- o) actividades de las fuerzas armadas, incluidas las actividades de su personal en el ejercicio de sus funciones oficiales;
- p) actividades de aplicación de la ley, incluidas las actividades del personal realizadas en ejercicio de funciones oficiales;
- q) asuntos antimonopolio (competencia), excepto cuando el juicio se base en una conducta que constituya un acuerdo anticompetitivo o una práctica concertada entre competidores reales o potenciales para fijar precios, hacer ofertas amañadas, establecer restricciones o cuotas de producción, o dividir mercados mediante la asignación de clientes, proveedores, territorios o líneas de comercio, y cuando tal conducta y su efecto ocurrieron en el Estado de origen;
- r) reestructuración de la deuda soberana mediante medidas estatales unilaterales;
- s) arbitraje y procedimientos relacionados.

4.- TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES (PRETENSIONES) PREVIAS O PRELIMINARES (CIRCUNDANTES): una sentencia no está excluida del ámbito de aplicación del convenio analizado, cuando la misma resolvió alguna o algunas pretensiones que se encuentra dentro de las materias que han sido excluidas del alcance del tratado, siempre y cuando dicha pretensión hubiere surgido como una cuestión catalogada como preliminar (pretensión circundante). A este respecto, es importante señalar que todas las pretensiones de las partes, que integran la litis, tienen el mismo valor y que deben ser

resueltas en su totalidad, dentro de la sentencia emitida, por el juzgador. No obstante, dentro de dichas pretensiones y, aplicando un razonamiento lógico-jurídico, a una de ellas la podemos catalogar como a la pretensión principal (cuestión principal) y, al resto, como pretensiones circundantes (cuestiones previas o preliminares). Si dentro de las pretensiones consideradas como circundantes (cuestiones previas o preliminares) existe alguna o algunas que se refieren a materias excluidas del ámbito de aplicación del acuerdo, ello no es obstáculo para que la misma sea regulada por el tratado, cuando la pretensión que fue catalogada como principal (cuestión principal) se encuentra dentro de las áreas civil o comercial, que son las materias incluidas (artículo 2).

5.- SENTENCIAS DICTADAS EN PROCESOS DONDE EL ESTADO ES PARTE: una sentencia no está excluida del ámbito de aplicación del tratado objeto de estudio, cuando el propio Estado es parte en el proceso, sin que ello afecte sus privilegios o inmunidades, conforme al derecho internacional (artículo 2).

6.- DEFINICIÓN DE TÉRMINOS: este acuerdo internacional, delimita el contenido de ciertos términos que son utilizados a lo largo del mismo, y establece (artículo 3):

“demandado”: persona contra la cual se presentó la demanda o reconvención en el Estado de origen;

"sentencia": cualquier decisión sobre el fondo dictada por un tribunal, cualquiera que sea su nombre (incluido decreto u orden) y una determinación de los costos o gastos del proceso (incluido un funcionario del tribunal), siempre que la determinación se refiera a una decisión sobre el fondo del asunto, que pueda reconocerse o ejecutarse en virtud de la presente Convención. Una medida provisional de protección (medida cautelar o providencia precautoria) no se considera como un juicio y, por lo tanto, tal determinación no es posible reconocer validez y ejecutar en base al tratado en comento;

“residencia habitual”, el tratado no define el concepto, pero considera como residencia habitual de una persona jurídica (persona no física), la del Estado donde:

- tiene su sede estatutaria;
- conforme a su ley de constitución;
- dónde tiene establecida su administración, o
- donde tiene el centro principal de sus negocios.

7.- REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN EXTRATERRITORIAL DE LA SENTENCIA: el tratado objeto de estudio establece los siguientes lineamientos (artículo 4):

LINEAMIENTO GENERAL: Una determinación dictada por un tribunal de un Estado Contratante (Estado de Origen), en principio, debe ser reconocida y ejecutada en otro Estado Parte (Estado Requerido) de conformidad con las disposiciones que establece el tratado analizado. Este reconocimiento y, en su caso, la ejecución de la resolución únicamente puede negarse por las causas que señala el mismo acuerdo.

ANÁLISIS SÓLO DE FORMALIDADES DE LA SENTENCIA, SIN ENTRAR AL FONDO (CONTENIDO) DE LA MISMA: el acuerdo analizado establece que no habrá revisión de fondo de la sentencia en el Estado Requerido, es decir, que no se deberá analizar, ni la justicia o la injusticia del fallo, ni analizar los fundamentos de hecho o de derecho en que se fundamenta, ya que únicamente se deberán analizar los lineamientos de forma que señala el mismo Convenio.

FIRMEZA DE LA RESOLUCIÓN: una sentencia se reconocerá por el Estado Requerido únicamente cuando la misma tenga el carácter de ejecutoria (irrecurrible o firme) en el Estado de Origen.

CAUSAS PARA APLAZAR O NEGAR EL RECONOCIMIENTO DE VALIDÉZ Y EJECUCIÓN: El reconocimiento de la validez o la ejecución de una sentencia podrá aplazarse o negarse si tal determinación es objeto de revisión en el Estado de Origen o cuando el plazo para solicitar la revisión ordinaria aún no ha expirado. Una negación no impide una posterior solicitud de reconocimiento o ejecución de la sentencia.

REQUISITOS PARA EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA: a una resolución judicial definitiva se le reconocerá validez y, en su caso, se le mandará a ejecutar (a menos de que sea una sentencia declarativa o constitutiva que no conlleve ejecución coactiva) si, la misma, cumple con los siguientes requisitos (artículo 5):

- a) Que la persona contra la cual se solicita el reconocimiento de validez o la ejecución hubiere residido habitualmente en el Estado de Origen al momento de convertirse en parte del proceso;
- b) Que la persona física contra la cual se solicita el reconocimiento de validez o la ejecución hubiere tenido su domicilio social principal en el Estado de Origen al momento de convertirse en parte del proceso y que los hechos en que se basa la demanda se refieran a actividades de dicho negocio;
- c) Que la persona contra la que se solicita el reconocimiento de validez o la ejecución hubiere sido la persona que interpuso la demanda, aunque no se refiera a una reconvención;
- d) Que el demandado hubiere tenido una sucursal, agencia u otro establecimiento sin personalidad jurídica separada en el Estado de Origen al momento de convertirse en parte del proceso, y que los hechos de la demanda (base la sentencia) se hubieren realizado por esa sucursal, agencia o establecimiento;
- e) Que el demandado hubiere consentido expresamente en la jurisdicción del Tribunal de Origen dentro del curso del proceso en el que se dictó la sentencia;
- f) Que el demandado hubiere comparecido ante el Tribunal de Origen argumentando sobre el fondo, pero sin impugnar la competencia, dentro del plazo concedido por el Estado de Origen, a menos, que sea evidente que una objeción a la competencia o al ejercicio de la competencia no habría tenido éxito bajo esa ley;

- g) Que la sentencia se hubiere pronunciado en cumplimiento a una obligación contractual y que la misma fuere dictada por el tribunal del Estado donde debió cumplirse con dicha obligación, de conformidad con el acuerdo de las partes, o con la ley aplicable al contrato (en ausencia de acuerdo, sobre el lugar de ejecución) y, a menos, que las actividades del demandado no tengan una conexión significativa con ese Estado;
- h) Que la sentencia se hubiere pronunciado sobre un arrendamiento de bienes inmuebles y que la misma fuere dictada por un tribunal del Estado donde se encuentra dicha propiedad;
- i) Que la sentencia se hubiere pronunciado contra el demandado sobre una obligación contractual garantizada por un derecho real sobre bienes inmuebles ubicados en el Estado de Origen, si el reclamo contractual fue presentado junto con un reclamo contra el mismo demandado relativo a ese derecho real;
- j) Que la sentencia se hubiere pronunciado sobre una obligación extracontractual derivada de la muerte, lesiones físicas, daños o la pérdida de bienes corporales, y el acto u omisión que causó directamente dicho daño hubiere ocurrido en el Estado de Origen;
- k) Que la sentencia se refiera a la validez, construcción, efectos, administración o variación de un fideicomiso creado voluntariamente y evidenciado por escrito, y en el momento en que se inició el procedimiento, el Estado de Origen estuviere designado como competente en el instrumento de fideicomiso o que, cuando se inició el proceso, en el Estado de origen, se hubiere localizado la sede principal de administración del fideicomiso;
- l) Que la sentencia se hubiere pronunciado sobre una reconvención, en la medida de que ésta hubiere surgido de la misma transacción u ocurrencia que la reclamación, y
- m) Que la sentencia hubiere sido dictada por un tribunal designado en un acuerdo celebrado o documentado por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que haga que la información sea accesible para que pueda utilizarse para una referencia posterior y que no sea un acuerdo exclusivo de elección de tribunal.

SENTENCIAS COMERCIALES DICTADAS CONTRA PERSONAS FÍSICAS ACTUANDO CON FINES PERSONALES, FAMILIARES O DOMÉSTICOS: no procede el reconocimiento de validez o la ejecución de una determinación contra una persona física que ha actuado, principalmente, con fines personales, familiares o domésticos (consumidor) y en asuntos relacionados con un contrato de consumo, cuando ésta no manifestó su conformidad para ello ante el Tribunal de Origen, ya sea oralmente o por escrito (artículo 5).

SENTENCIAS DICTADAS SOBRE ARRENDAMIENTO RESIDENCIAL DE INMUEBLES O SOBRE ACCIONES REALES: este acuerdo internacional no se aplica para sentencia pronunciadas sobre un arrendamiento residencial de bienes inmuebles o derechos reales sobre dichos bienes, a menos que la sentencia hubiere sido dictada por un tribunal del Estado donde se encuentra dicha propiedad (artículos 5 y 6).

CAUSAS PARA NEGAR EL RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA: el reconocimiento de validez o la ejecución de una sentencia puede ser negado, cuando (artículo 7):

- El escrito de demanda no hubiere sido notificado al demandado con tiempo suficiente que le permitiera organizar su defensa, a menos que el demandado hubiere comparecido ante el tribunal sin impugnar la notificación, siempre y cuando la ley del Estado de Origen permita que se impugne la notificación;
- El escrito de demanda hubiere sido notificado al demandado de manera incompatible con los principios fundamentales del Estado requerido en materia de notificación y traslado de documentos;
- La sentencia se hubiere obtenido mediante fraude;
- El reconocimiento de validez o la ejecución de la sentencia fuere manifiestamente incompatible con el orden público del Estado Requerido, incluidas las situaciones en las que los procedimientos específicos que dieron lugar a la sentencia hubieren sido incompatibles con los principios fundamentales de equidad procesal y situaciones que impliquen vulneración de la seguridad o la soberanía de ese Estado;
- Los procedimientos en el tribunal de origen hubieren sido contrarios a un acuerdo de las partes, o a una designación realizada en un instrumento de fideicomiso, en virtud del cual la controversia en cuestión tenía que haber sido resuelta por un tribunal distinto al Estado de Origen;
- La sentencia sea incompatible con otra sentencia dictada por el Tribunal Requerido en una controversia existente las mismas partes (conexidad internacional);
- La sentencia sea incompatible con una sentencia anterior dictada por un tribunal de otro Estado, en un proceso existente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, siempre que la sentencia anterior cumpla las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado Requerido (litispendencia internacional).
- Cuando existen procesos pendientes, entre las mismas partes y sobre el mismo asunto, ante un Tribunal Requerido, cuando éste ha comparecido ante el Tribunal de Origen o/y cuando exista una estrecha conexión entre la controversia y el Estado Requerido. En este caso el reconocimiento de validez y la ejecución puede negarse o aplazarse, y ello no impide una solicitud posterior.

SENTENCIAS DICTADAS, DE MANERA EXCLUSIVA, SOBRE PRETENCIONES (CUESTIONES) PRELIMINARES: Una decisión sobre una cuestión preliminar no debe ser reconocida o ejecutada si la determinación se refiere a una materia no incluida dentro del ámbito de aplicación del tratado analizado (artículo 8).

RECONOCIMIENTO PARCIAL DE VALIDEZ DE UNA SENTENCIA: puede concederse cuando ello es solicitado por el Tribunal de Origen y, siempre y cuando, la sentencia sea divisible (artículo 9).

SENTENCIA QUE CONDENAN AL PAGO DE DAÑOS EJEMPLARES O PUNITIVOS: puede negarse el reconocimiento o la ejecución de una sentencia cuando la misma condene al pago de daños ejemplares o punitivos, que no compensen a una de las partes sólo por la pérdida o el daño real sufrido (artículo 10).

TRANSACCIONES O ACUERDOS JUDICIALES: las transacciones judiciales aprobadas por un Estado Parte deben ser reconocidas de la misma manera que una sentencia dictada en el Estado de Origen y, en su caso, deben ser ejecutadas de la misma forma que una sentencia (artículo 11).

DOCUMENTOS QUE DEBEN PRESENTARSE PARA SOLICITAR EL RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ Y LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA: La parte que solicita el reconocimiento de validez y/o la ejecución de una resolución judicial, deberán presentar (artículo 12):

- copia completa y certificada de la sentencia;
- en sentencias dictadas en rebeldía, el original o copia certificada del documento o documentos que acrediten que la demanda fue notificada a la parte demandada;
- cualquier documento que acredite que la sentencia es ejecutiva (firme o ejecutoria) en el Estado de Origen;
- en el caso, un certificado de un Tribunal de Origen que indique que la transacción judicial, o la parte correspondiente, es ejecutable en el Estado de Origen de la misma manera que una sentencia.

REQUERIMIENTO DE DOCUMENTOS ADICIONALES: Si los documentos anteriormente señalados no permiten al Tribunal Requerido verificar si se han cumplido con las condiciones que establece el tratado analizado, el Tribunal Requerido puede solicitar los documentos adicionales que estime necesarios (artículo 12).

FORMATO PARA EL RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ Y EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA: aunque no es un requisito sine qua non, una solicitud de reconocimiento de validez de una sentencia y, en su caso, de su ejecución coactiva, puede ser acompañada de un documento emitido por el Tribunal de Origen consistente en un formato de solicitud que hubiere sido recomendado y publicado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (artículo 12).

TRADUCCIÓN DE LOS DOCUMENTOS PRESENTADOS, EN SU CASO, AL IDIOMA OFICIAL DEL ESTADO REQUERIDO: Si los documentos a que nos hemos referido con anterioridad se encuentran en un idioma distinto al que es oficial para el Estado Requerido, los mismos deberán ir acompañados de una traducción certificada (por perito oficial) a su idioma oficial, a menos que la ley del Estado Requerido disponga otra cosa (artículo 12).

CELERIDAD EN EL PROCEDIMIENTO DE HOMOLOGACIÓN: En el procedimiento para reconocer validez y, en su caso, ejecutar una sentencia el Estado Requerido debe actuar con celeridad (artículo 13).

COSTAS DEL PROCEDIMIENTO DE HOMOLOGACIÓN: el Tribunal Requerido no debe exigir garantía, fianza o depósito, para llevar a cabo el procedimiento de homologación por hecho de que el ejecutante sea extranjero o porque no se encuentre domiciliado o resida en el Estado donde se solicita el reconocimiento de validez y la ejecución. Lo anterior, puede ser reservado por los Estados Parte mediante una declaración que sea entregada a la Conferencia de La Haya (artículo 14).

RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE SENTENCIAS CONFORME A LA LEGISLACIÓN NACIONAL: el tratado analizado no impide que el reconocimiento o la ejecución de sentencias se realice conforme a la legislación nacional.

5.- Cláusulas generales

Las mismas son establecidas en el CAPÍTULO TERCERO (ROMANO) del tratado analizado, el cual establece los siguientes lineamientos:

DECLARACIÓN DEL ESTADO PARA LIMITAR EL RECONOCIMIENTO DE VALIDEZ Y LA EJECUCIÓN DE UNA SENTENCIA CUANDO SÓLO EXISTEN VINCULACIONES RELEVANTES CON EL ESTADO REQUERIDO: Un Estado Parte puede declarar a la Conferencia de La Haya que sus tribunales pueden negarse a reconocer o a ejecutar una sentencia dictada por un tribunal de otro Estado Contratante cuando las partes del proceso hubieren sido residentes en el Estado Requerido y cuando la relación entre las partes y todos los demás elementos relevantes de la controversia (excepto la ubicación del Tribunal de Origen) se encuentran relacionados, de manera exclusiva, con el Estado Requerido (artículo 17).

DECLARACIÓN DEL ESTADO PARA LIMITAR LA APLICACIÓN DEL TRATADO EN ASUNTOS ESPECÍFICOS: cuando un Estado Parte tenga un gran interés en no aplicar el tratado analizado por ciertos asuntos específicos, podrá declararlo así, de manera específica, con claridad y precisión, a la Conferencia de La Haya. En este caso, el tratado se aplicará, con dicha delimitación, con respecto al Estado Parte que hizo tal declaración (artículo 17).

DECLARACIÓN DEL ESTADO PARA LIMITAR LA APLICACIÓN DEL TRATADO PARA SENTENCIAS PROVENIENTES DE ALGÚN DETERMINADO ESTADO: un Estado Parte puede declarar que no aplicará el tratado a las sentencias derivadas de procesos llevados a cabo en un determinado Estado Parte. En tal caso, el Estado que haga la declaración debe asegurarse de que la misma no sea más amplia de lo necesario y de que la exclusión del alcance esté definida de manera clara y precisa (artículo 19).

INTERPRETACIÓN UNIFORME DEL TRATADO: cuando se interprete el acuerdo internación al analizado debe tenerse en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación (artículo 20).

REVISIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL TRATADO: El Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado ser encargará de supervisar el debido funcionamiento del tratado analizado (artículo 21).

SISTEMAS JURÍDICOS NO UNIFICADOS: cuando en un Estado Contratante (no aplicándose a las organizaciones regionales de integración económica) se apliquen dos o más sistemas jurídicos, en diferentes unidades territoriales, deberá observarse lo siguiente (artículo 22):

- toda referencia a la ley o procedimiento de un Estado Parte se interpretará como una referencia a la ley o procedimiento vigente en la unidad territorial pertinente;
- toda referencia al tribunal o los tribunales de un Estado Parte se interpretará como una referencia al tribunal o los tribunales de la unidad territorial pertinente, y
- toda referencia a una conexión o factor de conexión con un Estado Parte se interpretará como una conexión con la unidad territorial pertinente.

RELACIONES ENTRE EL TRATADO Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES: un Estado Contratante puede seguir aplicando cualquier convenio internacional que hubiere celebrado con anterioridad, en la materia objeto del tratado que se analiza, y podrá suscribir, en la futuro, otros acuerdos en dicha área, con algún Estado que también sea parte del convenio que hoy se comenta.

Asimismo, el convenio objeto de estudio no afecta a la aplicación de las reglas que sean establecidas, en la materia, por una Organización Regional de Integración Económica, cuando dicho Estado forme parte del tratado analizado y también sea miembro de la Organización Regional correspondiente (artículo 23).

6.- Cláusulas finales

Se contienen en el CAPÍTULO CUATRO (ROMANO) del acuerdo analizado y, en ellas, se incluyen cuestiones atinentes al funcionamiento del Convenio, siendo las más relevantes las siguientes:

- a) El tratado, que se elaboró en francés e inglés, siendo ambos textos igualmente auténticos.
- b) El tratado se abrió a la firma de todos los Estados, quedando sujeta a ratificación, aceptación o aprobación de los Estados signatarios, mismas que debe ser depositada ante el Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos (depositario de la Conferencia de La Haya). Asimismo, cualquier Estado, después de su entrada en vigor, puede adherirse al tratado, debiendo depositar el instrumento de adhesión ante la referida dependencia (artículo 24).

- c) El Convenio entra en vigor el primer día del mes siguiente de haberse recibido el depósito el segundo instrumento de ratificación. Respecto de los Estados que hubieren decidido adherirse al tratado, el mismo sólo entrará en vigor con aquellos Estados que previamente hubieran ratificado el Convenio (artículo 28).
- d) Cualquier Estado Parte puede denunciar el Convenio, de manera total o limitada a alguna o varias de sus unidades territoriales, notificando tal intención al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos (depositario de la Conferencia de La Haya). La denuncia sólo surte efecto respecto del Estado que la haya realizado, por lo que el Convenio permanece vigente para los otros Estados Parte y, la misma, será efectiva el primer día del mes siguiente a la expiración de los doce meses siguientes a la fecha en que se reciba tal notificación (artículo 31).

Conclusiones

Por la importancia del tratado internacional objeto de análisis y para mejorar, de manera importante, el sistema nacional de reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, y sumarse a los esfuerzos internacionales que ha venido realizando la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado con la finalidad de modernizar, simplificar y unificar el sistema internacional, en la materia, es conveniente que en nuestro país (México) el Presidente de la República proceda a firmar el Convenio de La Haya sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Extranjeras en Materia Civil o Comercial y que, posteriormente, el Senado de la República, lo ratifique, a efecto de que (por conducto de la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores) sean depositados los instrumentos internacionales correspondientes ante el Ministerio de Relaciones Exteriores del Reino de los Países Bajos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 del acuerdo en comento.

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL ACTUAL: LAS REGLAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INDIRECTA EN EL CONVENIO DE LA HAYA DE 2 DE JULIO DE 2019 Y EL ACCESO A LA JUSTICIA

Carlos Eduardo Echegaray de Maussion*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El Convenio de 2019. 3. Artículos 5 y 6. 4. La cooperación jurídica internacional. Grados. El reconocimiento y/o ejecución de las sentencias. 5. Soluciones planteadas desde el control bilateral, control unilateral al multilateralismo crítico. 6. A modo de conclusión. Bibliografía.

Resumen: En el Derecho Internacional Privado del mundo actual, la cooperación judicial entre los Estados se presenta como de gran importancia para asegurar el acceso a la justicia y tutelar en forma efectiva los intereses de los justiciables. El reconocimiento de una sentencia extranjera es la última instancia de esa cooperación que impide situaciones claudicantes y engloba la función del DIPr, que no es otra que dar continuidad a las relaciones jurídicas en el espacio. El análisis de la jurisdicción indirecta del juez requirente por parte de las autoridades del Estado del juez requerido es uno de los puntos más discutidos en la doctrina y el que genera el mayor obstáculo a la circulación de las sentencias. El propósito de este trabajo será analizar las reglas de competencia judicial internacional indirecta previstas por el Convenio que funcionan como presupuesto de la obligación de reconocimiento recíproco de las resoluciones judiciales y su relación con el acceso a la justicia.

Abstract: In the Private International Law of the world today, judicial cooperation between States is presented as of great importance to ensure access to justice and effectively protect the interests of the defendants. The recognition of a foreign judgment is the last instance of that cooperation that prevents faltering situations and encompasses the function of the Private International Law, which is none other than to give continuity to legal relations in space. The analysis of the indirect jurisdiction of the requesting judge by the authorities of the requested judge's state is one of the most discussed points in the doctrine and the one that generates the greatest obstacle to the circulation of sentences. The purpose of this work will be to analyze the rules of indirect international judicial competence provided by the Convention that function as a presupposition of the obligation of reciprocal recognition of judicial decisions and their relationship with access to justice.

Puede haber momentos en los que no tenemos

poder para prevenir la injusticia,

pero nunca debe haber un momento

en que fracasemos en protestar.

Elie Wiesel

1.Introducción

Durante el curso del año 2019 la Conferencia de la Haya aprobó el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil² que tiene como antecedente la propuesta realizada por los Estados Unidos de Norteamérica en la década del 90 sobre la base de un convenio doble³.

Para llegar a la conclusión de dicho Convenio se llevaron a cabo, entre los años 1992 y 2001, múltiples negociaciones para su concreción, si bien en aquel momento no se llegó a un final feliz por las diferencias existentes entre los distintos países en relación a varios puntos relativos a las reglas de competencia judicial internacional directa.

Como consecuencia de esto, los Estados miembros de la Conferencia optaron por considerar los dos aspectos discutidos: la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil en forma separada.

* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba (R.A.). Profesor titular de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Universidad Blas Pascal y Universidad Católica de Salta. carlosechegaraydemaussion@gmail.com

²El Convenio, no ha entrado aún en vigor, puesto que a tal efecto requiere como mínimo dos ratificaciones; hasta el momento solo ha sido firmado por Uruguay y por Ucrania. puede ser consultado en <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=137>

³ Este convenio doble contenía reglas sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil.

Esto dio origen primero, a la aprobación del Convenio de 30 de junio de 2005 sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005⁴ y con posterioridad al Convenio que tratamos en 2019⁵.

2.El Convenio de 2019

El Convenio pretende otorgar eficiencia, reducir costos y otorgar un marco jurídico uniforme para el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras en el ámbito del derecho privado.

En líneas generales, se articula sobre dos piezas: la primera es la obligación de reconocer y ejecutar las sentencias extranjeras si se satisface alguna de las reglas de competencia judicial internacional indirecta que establecen sus artículos 5 y 6 respectivamente. En tanto que la segunda es la excepción a esta obligación que opera en el caso que la sentencia extranjera incurriera en alguna de las causas de denegación del reconocimiento que se establecen en los artículos 7 y 8, respectivamente.

A su vez, el Convenio se integra con otras reglas que delimitan su objeto y ámbito de aplicación⁶, algunas normas de carácter secundario, cláusulas generales y cláusulas finales.

3.Artículos 5 y 6

Una vez hecha la introducción al Convenio de marras expresaremos que el objetivo de esta presentación será analizar lo prescripto por el mismo con relación a las reglas de competencia judicial internacional indirecta que funcionan como presupuesto de la obligación de reconocimiento recíproco de las resoluciones judiciales.

⁴ Su texto y estado se encuentra disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/specialised-sections/choice-of-court>

⁵La uniformización en materia de sentencias judiciales, se suma a la ya antigua Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (conocida como la Convención de Nueva York), de 1958, que actualmente se encuentra ratificada por la mayoría de países en el mundo y permite el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

⁶El artículo 1 del Convenio se refiere, sin definirla, a la materia civil y mercantil, aclara que no se aplica a las cuestiones fiscales, aduaneras o administrativas y excluye las resoluciones que afectan a una serie de materias, esencialmente capacidad, familia, alimentos, sucesiones, insolvencia, arbitraje, transporte de personas y mercancías, contaminación marina y otras cuestiones relacionadas con el transporte marítimo, responsabilidad por daños nucleares, algunas cuestiones relativas al Derecho de sociedades, validez de inscripciones en registros públicos, difamación, privacidad, propiedad intelectual, algunos aspectos de Derecho de la competencia o reestructuración de deuda soberana a través de medidas estatales unilaterales. La exclusión se refiere solo a los supuestos en que la resolución cuyo reconocimiento o ejecución se pretende se haya pronunciado a título principal sobre las materias excluidas.

Sólo las sentencias dictadas en el Estado de origen que satisfagan alguno de los criterios de incompetencia judicial internacional indirecta consagrados en los artículos 5 o 6 podrán ser reconocidas en los Estados parte de acuerdo con las normas del Convenio.

Hasta el momento, el Convenio solo se encuentra disponible en el idioma inglés y ruso por lo que hemos creído conveniente incorporar al trabajo los artículos sub examine en español para un mayor entendimiento de la cuestión a analizar, siendo la traducción del autor.

Artículo 5

Bases para el reconocimiento y la ejecución

1. Una sentencia es susceptible de ser reconocida y ejecutada si cumple uno de los siguientes requisitos:

a) la persona contra la que se solicita el reconocimiento o la ejecución residía habitualmente en el Estado de origen al momento en que tomo participación en el procedimiento ante el tribunal de origen;

b) la persona física contra la que se solicita el reconocimiento o la ejecución tenía su establecimiento profesional principal en el Estado de origen al momento en que esa persona tomo participación en el procedimiento ante el tribunal de origen y la demanda en la que se basa la sentencia resulta de su actividad profesional;

(c) la persona contra la que se solicita el reconocimiento o la ejecución es la persona que interpuso la demanda, que no sea una reconvención, en la que se basa la sentencia;

(d) el demandado tenía una sucursal, agencia u otro establecimiento sin personalidad jurídica propia en el Estado de origen al momento en que esa persona tomó participación en el procedimiento ante el tribunal de origen y que la demanda en la que se basa la sentencia es consecuencia de las actividades de esa sucursal, agencia o establecimiento;

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

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

g) la sentencia se pronunció sobre una obligación contractual y fue dictada por un tribunal del Estado en el que se cumplió o debió haberse cumplido dicha obligación, de conformidad con

(i) el acuerdo de las partes, o

(ii) la ley aplicable al contrato, en ausencia de un lugar de ejecución acordado, salvo que las actividades del demandado en relación con el contrato no presentaban vínculo intencional y sustancial con ese Estado;

h) la sentencia se pronunció sobre el arrendamiento de bienes inmuebles y fue dictada por un tribunal del Estado en el que se encuentra la propiedad;

(i) la sentencia se pronunció contra el demandado sobre una obligación contractual garantizada por un derecho real sobre bienes inmuebles ubicados en el Estado de origen, a condición que el reclamo contractual haya sido acompañado junto con un reclamo contra el mismo demandado relativo a ese derecho real;

(j) la sentencia se pronunció sobre una obligación extracontractual derivada de la muerte, lesiones físicas, daños o pérdida de bienes corporales y el acto u omisión que causó directamente dicho daño ocurrió en el Estado de origen, independientemente del lugar donde ocurrió el daño;

(k) la sentencia se refiere a la validez, interpretación, efectos, administración o modificación de un fideicomiso constituido voluntariamente y por escrito, y

(i) en el momento en que se inició el juicio, el Estado de origen estaba designado en el instrumento de fideicomiso como el Estado en cuyos tribunales se resolverán las controversias sobre tales asuntos; o

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

Este subpárrafo sólo se aplica a los juicios relacionados con los aspectos internos de un trust entre personas que están o estuvieron dentro de la relación de trust;

(l) la sentencia se pronunció sobre una reconvención

(i) en la medida en que estuviera a favor de la reconvención, siempre que la reconvención surgiera de la misma transacción sobre los mismos hechos de la demanda principal o

(ii) en la medida en que estuviera en contra de la reconvención, salvo que la ley del Estado de origen requiriera que la reconvención se presentase para evitar la preclusión;

(m) la sentencia fue dictada por un tribunal designado en un acuerdo celebrado o documentado por escrito o por cualquier otro medio de comunicación que haga que la información sea accesible de manera que pueda utilizarse para referencia posterior, que no sea un acuerdo exclusivo de elección de tribunal.

A los efectos de este subpárrafo, un "acuerdo de elección exclusiva de tribunal" significa un acuerdo celebrado por dos o más partes que designa, con el fin de resolver controversias que hayan surgido o puedan 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 el reconocimiento o la ejecución es requerido contra una persona física que actúa principalmente con fines personales, familiares o domésticos (un consumidor) en asuntos relacionados con un contrato de consumo o contra un empleado en asuntos relacionados con el contrato de trabajo del empleado:

(a) el párrafo 1 (e) se aplica sólo si el consentimiento ha sido hecho delante del tribunal, oralmente o por escrito;

(b) el párrafo 1 (f), (g) y (m) no se aplican.

3. El párrafo 1 no se aplica a una sentencia que se pronunció sobre un arrendamiento residencial de bienes inmuebles o que se pronunció sobre el registro de bienes inmuebles. Tal sentencia es susceptible de ser reconocida y ejecutada solo si fue dictada por un tribunal del Estado donde se encuentra la propiedad.

Artículo 6

Fundamento exclusivo para el reconocimiento y la ejecución

No obstante lo dispuesto en el artículo 5, una sentencia que se pronuncie sobre derechos reales sobre bienes inmuebles será reconocida y ejecutada si y solo si la propiedad está situada en el Estado de origen:

“El artículo 5 establece un catálogo o lista cerrada de trece filtros de competencia indirecta, que representan el mínimo común denominador aceptado universalmente. Estos trece filtros se pueden reconducir a tres categorías tradicionales: aquellos que establecen la competencia sobre la base de la relación entre el demandado y el territorio del Estado de origen (por ejemplo, su residencia habitual), aquellos que lo hacen sobre la base de la autonomía de la voluntad, i.e. sumisión expresa o tácita, y los que atienden a la relación del litigio con el Estado de origen (por ejemplo, el lugar de cumplimiento de la obligación contractual que sirve de base a la demanda o el lugar de localización del hecho dañoso)”⁷.

Estas normas son consideradas filtros jurisdiccionales que funcionan como reglas ordenadoras de la competencia judicial internacional indirecta con total independencia del criterio de competencia internacional que hubiera sido aplicada por el juez de la causa original.

Siguiendo el criterio del Convenio esto nos conduce a sostener que si la competencia del juez de origen se hubiese asentado sobre la base de un criterio exorbitante (por ejemplo, la nacionalidad del actor) pero

⁷GarcimartínAlfárez, Francisco.J., “El convenio de La Haya de 2 de julio de 1996 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias: una primera aproximación”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Crónica de Derecho Internacional Privado*. Núm. 38, diciembre 2019, p. 17. Disponible en: <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/44114/REEII%20DICIEMBRE%202019.pdf?sequence=-1>

se satisface el estándar convencional, la resolución judicial se reconocerá y ejecutará conforme al mismo salvo que nos encontremos con alguno de los motivos de denegación que regulan los artículos 7 y 8.

El criterio elegido por el Convenio en los artículos 5 y 6 exige claramente que, para que se reconozca una sentencia o acuerdo transaccional proveniente de alguno de los Estados parte del mismo, es necesario cumplir con determinados criterios de localización de la relación de origen.

El juez exhortado entonces, deberá revisar esas condiciones y solo si las mismas se cumplen y no existen otros impedimentos podrá dar trámite al exequátur solicitado; esa revisión es conocida como control bilateral de la jurisdicción y es la cuestión que nos convoca en este trabajo al considerar que se debe ponderar la incorporación de dicho criterio. lo que desarrollaremos a continuación para hacer una valoración del mismo en función del Convenio.

4.La cooperación jurídica internacional. Grados. El reconocimiento y/o ejecución de las sentencias

Si idealmente se divide la cooperación internacional judicial en grados de acuerdo a la mayor o menor complejidad que el trámite requerido presenta, podemos decir que esta cooperación admite tres niveles, el primer estadio se vincula con los actos de mero trámite; el segundo estadio con las medidas cautelares y el tercer estadio con el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras. Una parte de la doctrina habla de cuatro grados 1) mero trámite, 2) recepción de pruebas, 3) medidas cautelares y 4) reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras diferenciando en dos niveles diferentes los meros trámites de la recepción de pruebas.

En consonancia con el objeto del Convenio nos avocaremos puntualmente al último y más complejo grado de la cooperación, esto es el reconocimiento y/o ejecución de sentencias extranjeras y trataremos de determinar si como consecuencia de los requisitos que se exigen en el Convenio para que proceda el exequátur, se garantiza o no el acceso a la justicia.

Como ya hemos manifestado, cuando se solicita a un tribunal el reconocimiento y/o la ejecución de una sentencia dictada por una autoridad jurisdiccional de otro Estado, se está en presencia del tercer grado de cooperación que es el más comprometido para el tribunal requerido.

“Ello es así ya que al reconocerse o ejecutarse la sentencia, de cierto modo se abdica de la propia potestad soberana sometiéndose a la de la autoridad extranjera. Aun así, el principio de efectividad de las decisiones extranjeras justifica la eficacia extraterritorial de las mismas”⁸.

⁸Dreyzin de Klor, Adriana y Saracho Cornet, Teresita. Trámites judiciales internacionales. Buenos Aires. Zavalía. 2005, p. 187.

5. Soluciones planteadas desde el control bilateral, control unilateral al multilateralismo crítico

Como ya hemos anunciado a los fines de este trabajo solamente nos detendremos en uno de los requisitos procesales que el Convenio exige; a saber, que es el que requiere que la sentencia extranjera emane de un juez competente según las normas reguladoras de jurisdicción indirecta internacional contenidas en los artículos 5 y 6, respectivamente, lo que implica que el juez requerido deberá analizar la jurisdicción del juez exhortante recurriendo a las normas sobre jurisdicción internacional previstas.⁹

Siguiendo un razonamiento lógico ¿Qué pasaría si en un país se pidiera el reconocimiento de una sentencia dictada por un juez que se ha declarado competente en función de alguno de los criterios reconocidos por su propio sistema que le reconoce competencia pero que no son reconocidos o admitidos por el Convenio? ¹⁰ ¹¹ ¿Esta situación estaría acorde con el objetivo de facilitar el acceso a la justicia propuesto por distintos cuerpos normativos? Desde ya adelantamos que consideramos que no o que al menos sería un importante obstáculo a su realización¹².

Las posibles soluciones al interrogante planteado van desde el categórico rechazo a su petición fundado en la circunstancia de no haber sido la resolución dictada por un órgano jurisdiccional competente de

⁹ Esto se vincula a la naturaleza de las normas atributivas de jurisdicción que pueden ser unilaterales u omnilaterales. Las primeras son las que se dirigen a los jueces nacionales indicándoles cuando gozan de jurisdicción, en cuyo caso quedan habilitados para conocer y decidir en el asunto planteado. Las segundas, indican en general, el país cuyos jueces poseen jurisdicción internacional en determinado asunto; estas normas no se dirigen a los jueces nacionales ni tampoco a sus países sino que dan al magistrado las pautas para que merite la jurisdicción del órgano requirente. (conf. Dreyzin de Klor, A. op. cit., p. 78)

¹⁰ A modo de ejemplo puede verse las soluciones que aporta en la Unión Europea el Reglamento (CE) N° 2201 de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. En su artículo N° 3 al regular la competencia en general dice: 1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro: a) en cuyo territorio se encuentre: la residencia habitual de los cónyuges, o el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o la residencia habitual del demandado, o en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicile»; b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» común.

¹¹ Para mayor abundamiento puede verse nuestro trabajo: Algunas consideraciones sobre el cambio de estatuto personal y el reconocimiento y/o ejecución de sentencias de divorcio en la República Argentina. Foro de Córdoba, Córdoba, 2013, Vol. 164, pág. 33.

¹² Para mayor abundamiento puede verse nuestro trabajo: Los objetivos del desarrollo sostenible y el acceso a la justicia en la República Argentina disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=730764798ae2396c84001e06794928ed>

acuerdo a nuestras normas atributivas de jurisdicción internacional, asumiendo el juez, en este caso, la teoría de la bilateralidad estricta.¹³

Esta postura presenta el problema que se puede llegar al desconocimiento de una sentencia extranjera fundada en una conexión razonable, como podría ser la nacionalidad de los interesados o el *fórum actoris* en algunos casos, pero no admitida o regulada por las normas de jurisdicción internacional del juez requerido.¹⁴

Solamente a modo de ejemplo, ya que la materia excede el objeto del Convenio, podemos señalar que en contra de la solución generalmente aceptada del control bilateral de la sentencia extranjera se levanta en Argentina la postura sostenida por Augusto Belluscio al tratar especialmente el reconocimiento de sentencias de divorcio provenientes del extranjero que podría ser aplicada en otras cuestiones y no solamente a las sentencias de esa naturaleza.

Este autor manifiesta que “la competencia de los tribunales extranjeros está librada a su propia legislación y no a la aplicación de las reglas que rigen o pudieran regir en nuestro país. Aquella legislación puede atribuir competencia por otras razones indiscutiblemente serias -aunque no sean las que tiene en cuenta la legislación argentina-, como la nacionalidad de las partes, el lugar de la celebración del matrimonio o el primer domicilio conyugal; si tiene alguno de esos fundamentos y no se violó la competencia de los tribunales argentinos, no habría razón alguna para desconocer la validez del divorcio vincular decretado.

Concluye el autor expresando que de cualquier manera, si el divorcio emana del tribunal extranjero, la regla para determinar su competencia ha de buscarse en su propia ley y no en la Argentina”¹⁵.

El autor se enrola en la teoría de la unilateralidad simple que es la que considera que el juez requerido debe aplicar las normas de jurisdicción internacional del Estado del juez que dictó la sentencia.

Esta teoría, con cierta apariencia de lógica, no está receptada en ningún tratado y conduce al abandono total del control de la jurisdicción del juez extranjero.¹⁶

¹³ Esta teoría controla la jurisdicción internacional del juez extranjero según las normas de jurisdicción internacional que el juez requerido aplicaría para asumir jurisdicción.

¹⁴Boggiano, Antonio, Curso de Derecho Internacional Privado - Derecho de las relaciones privadas internacionales, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, p. 262. Agrega el autor: “En la Argentina la jurisdicción internacional del tribunal extranjero es decidida, en definitiva, por las reglas de Estado ante el cual se pide el reconocimiento. Este principio general es admitido universalmente.

¹⁵ Belluscio, Augusto .C., “*Examen de la competencia del juez extranjero para decretar el divorcio de matrimonio extranjero*”, LA LEY, 1975, D - 328.

¹⁶Boggiano, Antonio., Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales. 3° ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001, p. 293.

Ahora bien, “si consideramos que el DIPr actual debe necesariamente dar solución a los requerimientos que se le presenten en sintonía con un mundo que cada vez se hace más pequeño y globalizado, con una intensificación de los medios de comunicación y de los procesos de integración, que provoca un mayor desplazamiento de las personas y por ende un incremento de los asuntos jurídicos susceptibles de presentar aspectos transfronterizos, es absolutamente necesario establecer nuevas soluciones en el marco de la cooperación jurídica y judicial internacional.”¹⁷

El profesor Antonio Boggiano, con quien coincidimos, afirma que: La posible interpretación finalista de las normas a tener en cuenta para el reconocimiento de una sentencia extranjera ha de respetar las siguientes condiciones. 1) que el juez extranjero no invada una jurisdicción exclusiva; 2) que el juez extranjero no haya asumido una jurisdicción exorbitante, abusiva, artificial o fraudulenta; 3) que el foro extranjero se relacione con el caso con un contacto próximo; 4) que la sentencia extranjera sea reconocida en el país cuyo derecho sería aplicable a la controversia según las normas del país requerido. Todas estas condiciones funcionan en forma acumulativa.¹⁸

“Este autor dice preconizar un bilateralismo relativamente abierto, que denomina multilateralismo crítico y en este sentido afirma que si el foro extranjero es apropiado debería reconocérsele jurisdicción aunque esta no surja estrictamente de una norma de jurisdicción internacional.”¹⁹

Ante las alternativas que se presentan para reconocer o ejecutar una sentencia dictada en el extranjero y garantizar el acceso a la justicia es bueno recordar que el Derecho Internacional Privado en general, se encuentra actualmente frente a la necesidad de afrontar concepciones jurídicas y culturales que pueden ser diferentes y la consiguiente obligación de dar una solución, tanto legislativa como judicial que sea satisfactoria a las demandas que aquellas generen.

Hemos visto distintas soluciones al mismo problema y la cuestión sería pronunciarnos acerca de cuál es la respuesta que consideramos más coherente con el objetivo de garantizar el acceso a la justicia en el orden internacional. Indudablemente, tanto el unilateralismo como el bilateralismo no lo resuelven, uno por defecto y otro por exceso; ni la adopción de uno u otro sistema garantizan el acceso a la justicia. Al respecto ya se han expresado los estudiosos de la materia en distintas oportunidades al sostener: “En el reconocimiento y ejecución de actos o sentencias judiciales extranjeros cabe admitir algunos criterios de flexibilización en el control de la jurisdicción indirecta.”²⁰

¹⁷ Conf. Villalta Vizcarra, Ana.E., “*La utilización de mecanismos de cooperación internacional de autoridades*” en *Las personas frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado*, ASADIP, 2010, Asunción, 2010, p. 87

¹⁸ Conf. Boggiano, Antonio., op. cit., p. 265

¹⁹ NoodTaquela, María Blanca. *Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional*. EUDEBA, Buenos Aires. 1° edición. 2018. p. 197.

²⁰ XXIV Congreso Argentino de Derecho Internacional. “Dr. Julio Barberis”. Sección de Derecho Internacional Privado, Rosario, 2012.

Asimismo, por ejemplo, en los Principios ASADIP sobre el acceso transnacional a la justicia (transjus)²¹, se puede leer: “La eficacia extraterritorial de las decisiones es un derecho fundamental, estrechamente vinculado con el derecho de acceso a la justicia y con los derechos fundamentales del debido proceso. Por lo tanto, los jueces y demás autoridades estatales procurarán siempre favorecer la eficacia de las decisiones extranjeras al interpretar y aplicar los requisitos que deben cumplir dichas decisiones.

La negativa de reconocimiento o ejecución de una decisión extranjera por razones de jurisdicción indirecta solo estará justificada en los siguientes casos: a.- Cuando la jurisdicción de la autoridad que dictó dicha decisión se basa en un criterio exorbitante...”²².

6. A modo de conclusión

Consideramos que para el Derecho Internacional Privado (DIPr) actual contar con un Convenio que brinde eficiencia, reduzca costos y otorgue un marco jurídico uniforme para el reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras en el ámbito del derecho privado es algo sumamente beneficioso que no presenta duda alguna. Ahora bien, los foros de competencia judicial internacional indirecta que establece el Convenio y que en definitiva deciden que sentencias podrán ser reconocidas bajo su amparo, son excesivamente restrictivos.

Esta concepción restringida, que por otro lado, es la que se ha logrado luego de ingentes esfuerzos para ponerse de acuerdo, no va a ser útil en muchos casos dejando de lado el reconocimiento de resoluciones legítimamente obtenidas por el solo hecho de no encuadrar dentro del rígido cuadro de alternativas establecido por el Convenio que inexorablemente limitará el acceso a la justicia.” Autorizada doctrina a la que adherimos, ya ha sostenido que: “el control de la jurisdicción debiera regularse conforme a las reglas del juez requirente en tanto no se afecten las reglas de jurisdicción exclusiva de los países”²³.

Sería conveniente seguir avanzando en los criterios de la competencia judicial internacional indirecta de modo tal que se logre plenamente la justicia en el orden internacional.

7. Bibliografía

BOGGIANO, ANTONIO, Curso de Derecho Internacional Privado - Derecho de las relaciones

²¹<http://www.asadip.org/v2/wp-content/uploads/2018/08/ASADIP-TRANSJUS-ES-FINAL18.pdf>

²² Artículos 2.1, 7.1 y 7.4 respectivamente.

²³Conf. Dreyzin de Klor, Adriana. El derecho internacional privado actual. Buenos Aires. Zavalía. 2015. p. 312

privadas internacionales, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993.

----- Curso de Derecho Internacional Privado. Derecho de las relaciones privadas internacionales. 3° ed. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2001.

BELLUSCIO, AUGUSTO .C., “Examen de la competencia del juez extranjero para decretar el divorcio de matrimonio extranjero”, LA LEY, 1975, D - 328.

CARRASCOSA GONZALEZ, JAVIER. Desarrollo judicial y Derecho Internacional Privado. Granada. Editorial Comares. 2004.

DREYZIN de KLOR ADRIANA. El derecho internacional privado actual. Buenos Aires. Zavalía. 2015.

DREYZIN de KLOR, ADRIANA y SARACHO CORNET, TERESITA. Trámites judiciales internacionales. Buenos Aires, Zavalía, 2005.

CONCLUSIONES DEL XXIV CONGRESO ARGENTINO DE DERECHO INTERNACIONAL. “DR. JULIO BARBERIS”. Sección de Derecho Internacional Privado, Rosario, 2012.

ECHEGARAY de MAUSSION, CARLOS EDUARDO: Algunas consideraciones sobre el cambio de estatuto personal y el reconocimiento y/o

ejecución de sentencias de divorcio en la República Argentina. Foro de Córdoba, Córdoba, 2013, vol. 164

-----: Los objetivos del desarrollo sostenible y el acceso a la justicia en la República Argentina disponible en <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=730764798ae2396c84001e06794928ed>

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, FRANCISCO. J., “El convenio de La Haya de 2 de julio de 2019 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias: una primera aproximación”. Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Crónica de Derecho Internacional Privado. Núm. 38, diciembre 2019.

NOOD TAQUELA, MARÍA BLANCA. Relaciones entre tratados de Derecho Internacional Privado en materia de Cooperación Judicial Internacional. EUDEBA, Buenos Aires. 1° edición. 2018.

PRINCIPIOS ASADIP SOBRE EL ACCESO TRANSNACIONAL A LA JUSTICIA (TRANSJUS)

VILLALTA VIZCARRA, ANA. E., “La utilización de mecanismos de cooperación internacional de autoridades” en Las personas frente a la dinámica y las exigencias del mundo globalizado, ASADIP, 2010, Asunción, 2010.

LA APLICACIÓN DE LA REGLA DE CONFLICTO EN MATERIA MERCANTIL

James A. Graham*

*I – La justificación jurisprudencial para la no-aplicación de la regla de conflicto. A - El argumento del *Grenzrecht*. B – El argumento de la naturaleza del Derecho extranjero
II– La justificación legal para la aplicación de oficio de la regla de conflicto A - La supletoriedad B - La regla de conflicto de origen nacional C - La regla de conflicto de origen internacional*

Resumen: El Derecho Internacional Privado tiene su existencia de la regla de conflicto. Sin embargo, es común de ver que esta última no es aplicada por el juzgador sino a petición de las partes. Lo anterior es contrario al Derecho, porque la regla de conflicto es una norma legal para el juez, y por lo tanto tiene que aplicarla de oficio, tal como la Ley lo prevé en realidad.

Abstract: Private International Law has its existence from the rule of conflict. However, it is common to see that the latter is not applied by the judge but at the request of the parties. The foregoing is contrary to the Law, because the rule of conflict is a legal norm for the judge, and therefore he has to apply it *ex officio*, as the Law actually provides.

* Miembro Numerario, AMDIPC; Profesor titular, UANL, titular de la cátedra de Arbitraje en la Escuela doctoral; Profesor asociado, UDEM, titular en posgrado de la cátedra de arbitraje internacional. Profesor invitado, Escuela doctoral del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Docencia de la Administración Pública del Estado de Nuevo León, titular de la cátedra de Derecho comparado. Socio, y cabeza de la practica de Derecho internacional y Arbitraje, *3CT*. Contacto: graham@3ct.com.mx.

Poco se ha interrogado la doctrina nacional sobre la cuestión de la aplicabilidad *ex officio* y la carga de la prueba del Derecho extranjero¹, tal como lo ha hecho la doctrina extranjera, en relación, por ejemplo, con el famoso caso francés *Amerford*². El origen de la problemática se encuentra en el pensamiento de Aristóteles, quien propuso un sistema en el que el papel de las partes se limita a la alegación de los hechos relevantes, mientras que incumbía al juez hacer su propia valoración jurídica. Una distribución similar de responsabilidades entre las partes y los jueces surgió como un principio legal en el Derecho romano. El dicho latín *da mihi factum, dabo tibi ius* (dame los hechos, te daré la ley) – refleja precisamente el sistema judicial mexicano, el cual se basa también en el corolario del *da mihi factum*, el principio del *iura novit curia* (el juez conoce su Derecho). Sin embargo, resulta que esos principios no son aplicables en materia de Derecho internacional privado. En efecto, tradicionalmente, los tribunales mexicanos han considerado, especialmente en materia mercantil, que la invocación de la Ley Extranjera está a cargo de las partes³, así como la prueba de su contenido:

DERECHO EXTRANJERO. SU APLICACIÓN EN MATERIA MERCANTIL. Conforme a lo dispuesto en el artículo 1197 del Código de Comercio, cuando en un juicio mercantil existe la necesidad, derivada de la natural labor que corresponde a las partes en tanto tales, de ponderar la aplicabilidad y aplicación del derecho extranjero, éstas tienen la carga de introducirlo a la controversia (carga de la afirmación) y, además, de acreditar su existencia y aplicabilidad (carga de la prueba); sin que al respecto sea válido sostener que el juzgador, en la instancia que fuere, estuviera obligado a aplicarlo oficiosamente pues, precisamente, el derecho extranacional constituye una excepción al principio jurídico de que el juzgador conoce el derecho, que tiene su máxima expresión sólo respecto del nacional, sea legislado o bien jurisprudencial. Esto es, el derecho extranjero, al no presumirse su conocimiento por el Juez nacional, debe ser invocado y probado por las partes; sin que ello implique un gravamen procesal excesivo para éstas, pues en el desarrollo de la relación jurídica procesal, en aras de preparar la decisión que implique la aplicación de un orden jurídico extranacional, y si así lo estima pertinente, en acatamiento de lo dispuesto en la fracción I del artículo 14 del Código Civil Federal, el Juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho; lo que debe

¹ Unos de los pocos artículos que se pueden citar es el de Odriozola, El *principio iura novit curia* en México: Hacia un Instituto Federal de Especialistas en: *Liber amicorum Rodolfo Cruz Miramontes*, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 2008.97. Para un estudio muy detallado en relación con el Derecho español, cf Carrascosa & Calvo, La prueba del Derecho extranjero ante los tribunales españoles, *Estudios de Deusto*, 2006.61.

² Com, 16/11/1993, *Rev.crit.*, 1994.332 note Lagarde.

³ Graham, *Manual de Derecho internacional privado*, Zamanga Editores, 2016.47.

entenderse sin perjuicio de que las partes cumplan con las cargas procesales que les corresponden⁴.

Los textos legales parecen ir en el mismo sentido. En efecto, en materia mercantil, ni el artículo 1197 ni cualquier otro artículo del Código de Comercio, establecen regla alguna concerniente a la aplicación o no aplicación de oficio del Derecho extranjero. Sin embargo, el artículo 1197 claramente establece la obligación para la parte que lo invoca de comprobar su contenido:

Solo los hechos están sujetos a prueba: el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras: el que las invoca debe probar la existencia de ellos y que son aplicables al caso.

Ahora bien, se puede desprender del término “el que las [leyes extranjeras] invoca debe probar...” que la obligación de invocar la Ley Extranjera incumbe a las partes, y no al juez. Postura que nos parece ser inconstitucional.

En efecto, es como explicar la diferencia de situaciones en el siguiente caso. Viene un porteador a reclamar ante un tribunal mexicano que por negligencia del cargador no se verificó el viaje. Explicando en su demanda los hechos, sin citar ningún precepto jurídico, el juez, de oficio, le aplicará el artículo 591 del Código Mercantil y le atribuirá la mitad del porte convenido. Como se desprende, no era necesario que el porteador supiera que existía el artículo 591 del Código de Comercio. Retomando la misma hipótesis, pero suponiendo que se trata de un contrato mercantil internacional de transporte terrestre que tiene los vínculos más estrechos con otro Estado, y que la legislación de este Estado prevé como indemnización, no la mitad del porte convenido sino la totalidad. Ahora bien, si el juez no tiene la obligación de aplicar ex officio la regla de conflicto en materia de contratos internacionales de transporte terrestre, y el porteador no conoce la existencia de tal regla de conflicto, no se le atribuye la totalidad del porte convenido, sino sólo la mitad como es previsto en la legislación mexicana. Sin embargo, ¿el legislador ha previsto que la regla de conflicto se aplica! ¿Por qué entonces en el primer caso el porteador tiene la protección del Derecho mexicano, y en el segundo no la tiene, no obstante que en ambos casos existen reglas jurídicas votadas por el Congreso, incorporadas en el mismo Código de Comercio? La jurisprudencia actual en realidad va en contra de la constitución y más particularmente contra sus art. 14 y 133.

Es en relación con las reglas de conflicto contenidas en tratados internacionales que la aplicación de oficio de dichas reglas tiene el argumento más obvio. No aplicarlas sería una violación del art. 133 constitucional. Sin embargo, es de manera general que una regla de conflicto aún no de origen convencional tiene que aplicarse muto propio por el juez y el argumento legal proviene de una interpretación armoniosa de los art 86bis CFPC y 1197 Ccom. Dejar la aplicación de la regla de conflicto

⁴ QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 740/2010. Spectrasite Communications, Inc. 15 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

a las partes, como lo prevé el Código de comercio, es contravenir a lo dispuesto en el art. 14 constitucional, en particular en lo que prevé que nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino [...] conforme a las Leyes expedidas con anterioridad al hecho. Ya habíamos discutido el tema en esta Revista⁵, mas que nos parece que es posible de aportar aún más precisiones a nuestro razonamiento, al cual se opone a los tribunales locales y federales, los cuales han dado hasta ahora un trato distinto al Derecho “extranjero” invocando diversos argumentos fácilmente refutables (I). En realidad, una lectura correcta de las disposiciones legales mexicanas demuestra que el juez sí tiene la obligación en materia mercantil de aplicar de oficio la regla de conflicto (II).

I – La justificación jurisprudencial para la no-aplicación de la regla de conflicto

Las diversas sentencias federales que establecen la obligación para las partes de invocar y comprobar la Ley extranjera se basan principalmente en dos axiomas. El primer axioma es el de la soberanía, el del *Grenzrecht*. No se puede aplicar la Ley extranjera como un Derecho porque sería una violación de la soberanía del país del cual se debe aplicar su Ley, si una autoridad extranjera se substituiría a la autoridad de ese país (A). El segundo axioma es simplemente el de que el juez no tiene que conocer nada más que su propio Derecho, y a las partes de substituirse al juez e invocar y comprobar la Ley extranjera como un hecho, y, por lo que tendría por consecuencia que la Ley extranjera fuera un Derecho *sui generis* (B).

A - El argumento del *Grenzrecht*

Una antigua tesis señala que:

DERECHO EXTRANJERO, CARGA DE LA PRUEBA DEL. A quien invoca la aplicación del Derecho extranjero le incumbe la carga de probarlo, supuesto que los jueces mexicanos no son órganos de las leyes extranjeras⁶.

La citada tesis ya no tiene sentido, visto que es el resultado de una visión errónea del Derecho internacional privado. En efecto, se puede ver en el un *Grenzrecht*, un Derecho “repartidor” de las soberanías, de moda en los años 30’s y 40’s del último siglo por haber sido difundido por la escuela

⁵ Graham, La inconstitucionalidad de la obligación para las partes de invocar *motu proprio* el Derecho extranjero, *RMDIPC*, 2013.51.

⁶Amparo directo 7803/58. María Cristina de Borbón de Patiño. 9 de diciembre de 1959. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Gabriel García Rojas. Ponente: Mariano RamírezVázquez.

unilateralista bajo el liderazgo de Niboyet⁷ (cuya obra traducida en español aún circula en los tribunales, no obstante de su desconexión con las realidades de hoy), no cabe duda que tal visión es falsa⁸. La regla de conflicto no tiene por misión el repartir de manera unilateral las soberanías de los Estados. Como la Corte Permanente de Justicia Internacional lo estableció en su sentencia Lotus (1927), en realidad, no hay ninguna regla de Derecho internacional público que rija al Derecho internacional privado⁹.

La regla de conflicto ¡en realidad es una regla de Derecho mexicana¹⁰! Recordemos que, para un legislador no existe obligación alguna para prever reglas de Derecho internacional privado (como fue el caso en México durante muchos años¹¹). Se trata solamente de una solución práctica, permitiendo así, que las relaciones jurídicas que tienen vínculos con más de un orden jurídico subsistan de manera armoniosa, y obtener así la “mejor” solución para la situación jurídica en presencia. De lo anterior se desprende que de ninguna manera, un juez que aplica el Derecho extranjero, se vuelve un “órgano” de este Estado; no se pone al “mando” del Estado extranjero. Al contrario, el juez mexicano al aplicar la regla de conflicto mexicana ¡obedece al soberano mexicano!

Afortunadamente, el Quinto Tribunal Colegiado del Primer Circuito lo ha perfectamente entendido:

DERECHO EXTRANJERO. PROBLEMAS QUE SE GENERAN PARA SU APLICACIÓN EN UN CASO CONCRETO. En la aplicación del derecho extranjero se suscitan serias dificultades, pues se trata de un derecho extraño o ajeno al foro nacional, cuyo contenido y alcance deben determinarse conforme a las disposiciones que regulen el procedimiento jurisdiccional, en el que se presenta la necesidad de analizar una normativa foránea; de ahí que, de suyo, su interpretación y aplicación genere problemas que

⁷ Del otro lado del océano, uno puede mencionar en esa corriente a Beale y los dos volúmenes de su *Treatise on the Conflict of Laws* (1935)

⁸ Mayer, Droit international privé et droit international public sous l'angle de la compétence, *Rev. Crit.*, 1979.1; Le rôle du droit public en droit international privé, *RIDC*, 1986.467; Vareilles Sommières, *La compétence internationale de l'Etat en matière de droit privé*, Paris, 1997. *Contra*: La profesora Muir-Watt sostiene que el Derecho extranjero no puede ser considerado como “Derecho”, ya que si así fuera, se estarían aplicando, en un país, los “mandatos soberanos” dictados por otro país, lo que comportaría una lesión intolerable de la soberanía estatal del país cuyos tribunales conocen del asunto” (*Loi étrangère, Répertoire Dalloz - Droit international*, 2^{da} ed., 1998.2).

⁹ *Loin de défendre, d'une manière générale, aux Etats d'étendre leurs lois et leur juridiction a des personnes, des biens et des actes hors du territoire, le droit international les laisse, à cet égard, une large liberté qui n'est limitée que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables.*

¹⁰ Lo que niega el carácter “conflictual” del Derecho internacional privado: Graham, Breves observaciones sobre la noción de “conflicto” en el Derecho internacional privado moderno, *Suplemento de Derecho Internacional Privado - el Dial*, Argentina, 30/5/2005.

¹¹ Perezniето Castro & Silva, *Derecho internacional privado, Parte especial*, 2^{da} ed., 2007.7.

no se presentan con el derecho nacional. Las normas de conflicto que se encuentran en el derecho local deben aplicarse de oficio, pues a su respecto rige el principio *iura novit curia*; esto es, que el juzgador conoce el derecho, lo que se acota en función del que le es dable conocer. Por tanto, la aplicación de oficio de la norma de conflicto implica que el Juez deberá aplicar la ley a la que remite esa norma, precisamente conforme al principio de referencia. Pero si la aplicable es una normativa extranjera no puede exigirse al juzgador su conocimiento estricto sobre dicho derecho, pues no es razonable exigir a los Jueces y tribunales de un Estado el conocimiento de todos los ordenamientos jurídicos. Los Jueces mexicanos no son, motu proprio, órganos aplicadores de las leyes extranjeras y, por ende, el derecho extranjero no puede ocupar la misma posición procesal que el derecho nacional, lo que ha conducido a equiparar el tratamiento de aquel derecho al que corresponde a los hechos cuestionados. Tal equiparación equivale a exigir alegación y prueba del derecho extranjero, con sus implicaciones propias, como requisitos normativamente previstos para su análisis¹².

Un juzgador puede perfectamente constar la existencia de una regla extranjera, así como de su carácter jurídico. Por lo tanto, no está sometido a la autoridad imperativa de la regla extranjera, pero esto no es indispensable para deducir de ella la solución del litigio si su propia Ley le manda hacerlo. Aplicar una regla sustancial no es obedecer a una regla, sino hacer simplemente un silogismo donde la premisa mayor es constituida por el presupuesto y la menor por los hechos del caso; y toda proposición normativa, aunque fuera extranjera, puede constituir la premisa mayor, por el orden de la *lex fori*. Se puede observar, cómo en realidad el juez obedece a su ley mandándole tomar como presupuesto las disposiciones de la Ley Extranjera para aplicarla a los hechos del caso.

El propio Poder Legislativo ha establecido la aplicación del Derecho extranjero en nuestro territorio, siempre y cuando la Ley prevea la aplicación, o que así derive de los tratados y convenciones en los cuales México sea parte, tal como se desprende, entre otros, del artículo 12 del Código Civil Federal. Consecuentemente, cuando un tribunal mexicano aplica el Derecho “extranjero”, en realidad aplica el Derecho mexicano - la regla de conflicto-, y esa norma jurídica tiene que aplicarse como cualquier otra norma jurídica mexicana. No existe ni una sola razón legal o lógica para considerar la norma conflictual de manera distinta que una norma sobre prescripción por ejemplo. Si tomamos unos ejemplos de tipo de reglas de conflicto, podremos constar lo que se afirmó con anterioridad. Por ejemplo, la estructura de una regla de conflicto bilateral es: Si el juez debe resolver una cuestión de Derecho de tal tipo, debe aplicar la Ley designada por tal elemento. El presupuesto de la regla define la categoría de cuestiones legales a la cual se atribuye un criterio de reatadura, y el efecto jurídico enuncia este criterio. Por ejemplo: Si el juez debe resolver una cuestión relativa a la validez de un contrato (categoría), debe aplicar la Ley del lugar de celebración del contrato (criterio de reatadura). Lo mismo se aplica en presencia de una regla

¹² QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 740/2010. Spectrasite Communications, Inc. 15 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

de conflicto de tipo proximista: Una relación de Derecho es regida por la Ley del Estado con la cual ella tiene la relación más significativa; o según nuestra presentación: Si el juez debe resolver una cuestión legal de tal tipo, debe aplicar la Ley que tiene los vínculos más estrechos con esta cuestión. Total, no cabe duda alguna que la regla de conflicto es una regla jurídica mexicana que tiene que aplicarse como cualquier otra regla, y en ningún momento puede violar la soberanía del país cuyo Derecho se aplica. Sin embargo, remanece la cuestión si el juzgador aplicará esa Ley extranjera ¿cómo un “Derecho” o como un “hecho”?

B – El argumento de la naturaleza del Derecho extranjero

La jurisprudencia federal considera que el conocimiento por el juez del Derecho nacional es una presunción que no puede aplicarse a un Derecho extranjero (a); el cual tendría una naturaleza distinta que el Derecho nacional (b).

a) Presunción

Según un criterio de un tribunal federal, existe una presunción legal que el juez conoce el Derecho local y por lo tanto, las partes no tienen que argumentar las reglas jurídicas. Viceversa, no se puede presumir el conocimiento del Derecho extranjero por parte del juzgador nacional. Consecuentemente, las partes tienen que invocarlo y comprobarlo:

DERECHO EXTRANJERO. EN MATERIA MERCANTIL ES OBJETO DE PRUEBA POR DISPOSICIÓN EXPRESA DE LA LEY. Conforme al artículo 1197 del Código de Comercio, y al principio *iura novit curia*, el derecho no estará sujeto a prueba, sólo los hechos, y aquél cuando se funde en leyes extranjeras, lo que implica la presunción, sin prueba en contrario, de que el juzgador conoce el derecho; entendido dicho conocimiento al derecho nacional, al del sistema jurídico en que se encuentra incorporado el órgano jurisdiccional. De ahí que, cuando el precepto de referencia establece que el derecho no es objeto de prueba, salvo que se trate del extranjero, ello implica que no son aplicables para su interpretación las reglas generales sobre carga de la prueba, pues la potestad del Juez, conforme al principio de referencia implica que deba allegarse los medios que le permitan resolver esas propias cuestiones que suelen presentarse en la realidad, dado que si las partes tienen que demostrar el sustento fáctico de sus pretensiones, el juzgador es quien debe investigar cuál es el derecho aplicable para resolver. El derecho cuyo conocimiento se presume en el juzgador, en la instancia que fuere, es el derecho interno (legislado y jurisprudencial); por lo que el relativo al derecho extranjero, foráneo o no nacional, no se presume. De ahí que, conforme al precepto

citado, esa normativa ajena al sistema jurídico nacional deba acreditarse en cuanto a su existencia y alcances aplicativos¹³.

Sin embargo, el criterio no tiene peso. Para empezar, el juez no sabe de memoria todo el Derecho. Por eso, consulta sus códigos, leyes etc. ¿Cuál sería la diferencia si el juez consulta los códigos, leyes, etc. de otro país? Es lo mismo. Claro, en unas situaciones el Derecho extranjero puede ser “exótico” para el juzgador, porque se trata de otro sistema legal como por ejemplo el Derecho musulmán. Pero el juez no tiene opción. Si su regla de conflicto dicta la aplicación de tal Derecho, pues no obstante a la dificultad debe aplicarlo. Y esa Ley extranjera se aplica como un Derecho positivo, tal como lo ordena el art. 14.1 CCF, visto que el juez mexicano debe aplicar la Ley extranjera “como lo haría el juez extranjero correspondiente”. No se trata entonces de un Derecho sui generis, tal como algunos tribunales lo han dicho.

b) Un Derecho sui generis

La postura de los tribunales a poner la obligación de la prueba del Derecho extranjero a cargo de las partes, y por lo tanto imponerles la obligación de la invocación de la regla de conflicto, es nada más que un intento de escapar a las eventuales dificultades de conocer materialmente el Derecho extranjero:

DERECHO EXTRANJERO. SU NATURALEZA PARA EFECTOS DE DETERMINAR LA CARGA DE PROBARLO. La carga de acreditar el derecho extranjero, implica la previa estimación sobre la naturaleza que le corresponde a dicha normativa, pues al quedar excluido del conocimiento inherente a la calidad de juzgador, y sujetarlo al rendimiento de medios de convicción, implica cierto paralelismo con los hechos, cuya demostración sí corresponde a las partes. El derecho extranjero, conforme al artículo 1197 del Código de Comercio debe ser alegado (en cumplimiento de la carga de la afirmación) y probado por las partes (como consecuencia que se impone a quien lo alega); empero, analizando sistemáticamente el contenido del artículo 1194 del invocado código, con lo dispuesto en la fracción I del artículo 14 del Código Civil Federal, supletorio de aquél, por cuanto establece que en la aplicación del derecho extranjero el Juez puede allegarse la información necesaria acerca de su texto, vigencia, sentido y alcance legal, es válido sostener que tal derecho extranacional tiene una naturaleza sui géneris, distinta a la de los hechos y a la del derecho nacional, que exige para su aplicación, el concierto de las partes y el Juez. Frente a ello, si bien el citado artículo 14 establece cómo debe aplicarse el derecho extranjero, y no se refiere a cuestiones específicas sobre la carga

¹³ QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 740/2010. Spectrasite Communications, Inc. 15 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

procesal de demostrarlo, la natural adminiculación que existe entre esa norma y la prevista en el referido artículo 1197, se debe concluir que la normativa extranacional si bien debe ser invocada y demostrada su existencia y aplicabilidad por las partes, el juzgador podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de ese derecho, para la debida resolución del caso¹⁴.

El punto no es la naturaleza del Derecho extranjero (visto como un hecho o denominarlo *sui generis*, etc.) sino que ¿se ignora la Ley mexicana! Como lo veremos más adelante, el juzgador tiene la obligación de invocar y aplicar el Derecho extranjero. Punto. Y ese Derecho se aplica como cualquier otro Derecho: se consulta las leyes, la jurisprudencia etc. Si existe un problema es el de la obtención de la información (traducciones de las leyes, las sentencias judiciales y sus criterios, etc.). Pero no es porque una regla jurídica es de difícil aplicación, que lo anterior significa de no-aplicar dicha regla. Se trata de un Derecho positivo que se aplicará como el juez extranjero lo haría por mandamiento de la Ley mexicana (art. 14.1 CCF). Además, en relación con los costos, es posible considerar que el hecho de obligar a las partes de invocar y comprobar la Ley extranjera es obligarlas a deber asumir costos que muchas veces simplemente no pueden sufragar. Estaríamos probablemente en un caso de violación de Derechos humanos por no impartir justicia. Sin embargo, lo anterior debería ser estudiado de manera separada, aunque es un buen argumento para justificar la aplicación *ex officio* de la regla de conflicto.

II– La justificación legal para la aplicación de oficio de la regla de conflicto

Nos proponemos a hacer una lectura combinada de las disposiciones mercantiles y civiles para demostrar la obligación del juez de aplicar oficiosamente la regla de conflicto (b). Lo anterior, sin embargo, implica una verificación previa de las condiciones de aplicación supletoria del Código federal de procedimientos civiles (a). Finalmente, vamos a demostrar que la regla de conflicto de origen convencional también se debe aplicar de oficio en vista del art. 133 constitucional (c).

¹⁴ QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 740/2010. Spectrasite Communications, Inc. 15 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

A - La supletoriedad

El criterio federal para determinar la aplicabilidad del Código civil o el CFPC, puede resumirse en la siguiente tesis:

SUPLETORIEDAD EN MATERIA PROCESAL MERCANTIL. INOPERANCIA DE LA, CUANDO NO EXISTEN LAGUNAS. Si bien el artículo 1051 del Código de Comercio prevé la aplicabilidad de la ley de procedimientos local respectiva al procedimiento mercantil, también lo es que tal dispositivo parte del supuesto de que el código en cita no contenga todas las normas de una figura procesal, en el que se aplicará en forma supletoria la ley adjetiva común, pero sólo para llenar su insuficiencia, porque el precepto en comento, para el caso en que el ordenamiento mercantil de mérito no establezca determinada institución jurídica, no remite a la ley procesal local, pues de hacerlo dejaría de operar la supletoriedad, que es de aplicación excepcional, o sea, que sólo se aplica en caso de existir lagunas, pero no para instituir figuras procesales inexistentes en la codificación mercantil¹⁵.

En otras palabras, la supletoriedad se condiciona por una laguna del ordenamiento principal. Lo anterior conlleva a verificar si existe una laguna en la codificación mercantil en relación con la aplicación de la regla de conflicto.

El art. 1197 Ccom dice a la letra que es a las partes de invocar la regla de conflicto:

Solo los hechos están sujetos a prueba: el derecho lo estará únicamente cuando se funde en leyes extranjeras: el que las invoca debe probar la existencia de ellos y que son aplicables al caso.

Sin embargo, por el control constitucional difuso¹⁶, el juzgador tiene que decretar la no-aplicación del mencionado artículo por ser violatorio del art. 14 que obliga a un tribunal de juzgar aplicando las leyes.

¹⁵ QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 2425/88. Francisco Javier Canizal Ramírez. 25 de agosto de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Efraín Ochoa Ochoa. Secretario: Amado Lemus Quintero.

¹⁶ CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU APLICACIÓN ES DE NATURALEZA SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. De la interpretación sistemática y teleológica de los principios pro persona establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que dispone que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con ésta y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, hermenéutico en materia convencional, previsto en el preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que reconoce que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como sustento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria

Si las partes pueden escoger cuál Ley se aplica¹⁷ y según su conveniencia, no se queda mucho del precepto constitucional. No es por nada que el art. 6 CFCiv establece que :

Artículo 6o.- La voluntad de los particulares no puede eximir de la observancia de la ley, ni alterarla o modificarla...

Y a su vez, la Constitución dicta que:

de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, se advierte que la aplicación del control difuso ex officio en materia de derechos humanos es una herramienta de interpretación subsidiaria o complementaria del sistema jurídico mexicano, cuyo uso está condicionado a la optimización de la norma que la integra para maximizar la defensa de los ciudadanos cuando el derecho interno no alcanza para ese fin. Esto significa que la aplicación del mencionado control se realiza en suplencia de la deficiencia de la normativa interna; es decir, el juzgador no debe acudir directamente a la normativa internacional para buscar respuesta al asunto, en virtud de que, antes, por lógica y preferencia del derecho interno, deberá analizar cómo está establecido el derecho humano en controversia en los contenidos que existen en las reglas y los principios constitucionales, así como en la legislación ordinaria, para que, una vez que se determine mediante los razonamientos respectivos que el derecho fundamental no está protegido o, si lo está, no suficientemente en favor de la persona, se justifica que se realice el control difuso de convencionalidad ex officio. De no hacerse así, éste pudiera aplicarse sin restricción alguna, acudiendo de manera directa a la normativa internacional para resolver el caso, sin antes ponderar y justificar la insuficiencia o imperfección del derecho interno, pues no debe soslayarse que el sistema jurídico de cada Estado presenta características especiales que lo distinguen, por lo que de acuerdo a su situación, cada Nación deberá establecer cómo aplicar el control difuso de convencionalidad que lo haga coherente con su derecho interno y, como consecuencia, que se logre la optimización de los derechos humanos. Además, es importante establecer que el sistema nacional prevé una serie de formalidades e instancias para que el gobernado haga valer sus derechos y se reparen sus posibles violaciones; por lo que si se acudiera directamente al control difuso de convencionalidad, se provocaría desorden e incertidumbre en la aplicación del derecho para la solución de los casos, pues podría pasar que existiendo solución en la normativa interna y sin agotarse sus recursos o instancias, se aplicara la normativa internacional, dispensando a la persona del cumplimiento de las cargas que le correspondían de acuerdo con el orden jurídico nacional, lo que es irrealizable y agrede la coherencia y la funcionalidad del sistema interno; máxime que la Constitución Federal, en su artículo 1o., condiciona que dicho control sea útil para optimizar el derecho humano, lo que constituye un presupuesto constitucional previo que el aplicador deberá ponderar para estar en condiciones de realizar o no el control citado. QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA TERCERA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN MORELIA, MICHOACÁN. Amparo directo 684/2013. Felipe David Ordaz. 20 de septiembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Uriel Torres Hernández. Secretaria: Sonia Suárez Ríos. Amparo directo 674/2013. Sergio Emilio Aldeco Ramírez. 20 de septiembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: José Ramón Rocha González, secretario de tribunal autorizado para desempeñar las funciones de Magistrado, en términos del artículo 81, fracción XXII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con el diverso 52, fracción V, del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que reglamenta la organización y funcionamiento del propio Consejo. Secretaria: Marvella Pérez Marín. Amparo directo 562/2013. María del Carmen Castillo Miranda. 25 de septiembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Ceja Ochoa. Secretaria: Verónica Aparicio Coria. Amparo directo 415/2013. Eusebio Alfaro López. 25 de septiembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio Ceja Ochoa. Secretario: David Israel Domínguez. Amparo directo 549/2013. 25 de septiembre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Uriel Torres Hernández. Secretaria: Sonia Suárez Ríos. Esta tesis se publicó el viernes 21 de marzo de 2014 a las 11:03 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 24 de marzo de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

¹⁷ Obviamente en materia contractual las partes pueden elegir la Ley aplicable, pero es por mandamiento del legislador mexicano a través de su regla de conflicto que se permite la libre elección del Derecho aplicable (Convención de México, art. 7).

en los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho (art. 14);

Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales (art. 17).

Si la aplicación de la Ley extranjera por el juez no es de oficio, una de las partes pudiera omitir de invocar la regla de conflicto, y si la otra parte ignora la posibilidad de aplicación de tal Derecho extranjero, el resultado sería que no se observe la Ley, como lo ordenan el art. 6 CFCiv y el art. 14 constitucional, visto que la regla de conflicto es una “ley mexicana”. Claro, se queda la discusión si en materia de los derechos disponibles, las partes pudieran renunciar a la aplicación de la regla de conflicto¹⁸, pero se trata en verdad de otro tema, y no es de utilidad para la argumentación sobre la aplicación de oficio o no de la regla de conflicto.

De la misma manera, el art. 1197 Ccom también viola el debido proceso protegido por el art. 14 constitucional cuando es el demandado que necesita la aplicación de la Ley extranjera para defenderse. En efecto, la actora sobre el fundamento del Derecho nacional no tiene que comprobar absolutamente nada en relación con las reglas jurídicas nacionales; el demandado, al contrario, tendrá toda la carga de la prueba de la aplicación de la regla de conflicto, de la aplicabilidad de la Ley extranjera designada, así como la prueba de su contenido. No se trata solamente de la dificultad de tal ejercicio, pero también de la cuestión de los costos, tales como los peritajes, las traducciones, el apoyo de abogados extranjeros, etc. Aunque no sea una violación directa del art. 17 constitucional que prohíbe las costas judiciales, se puede considerar que si el actor se basa en el Derecho nacional y el demandado en el Derecho extranjero, este último tendría que absolver costas que de verdad no tendría que pagar, visto que el juez puede obtener de manera gratuita toda la información necesaria, como lo veremos más adelante.

Ahora bien, al desaplicar el art. 1197 Ccom por ser inconstitucional, el juzgador se encontrará frente a una laguna, la cual se puede remediar con la aplicación supletiva del art. 86bis CFPC, como lo veremos ahora.

B - La regla de conflicto de origen nacional

Como lo escribe Leonel Pereznieto Castro, el art.14 CCF es claro cuando utilizando el futuro imperativo se ordena al juez de aplicar el Derecho extranjero¹⁹. El mencionado artículo 86 bis del Código Federal de Procedimientos Civiles también prevé que el juez “aplicará” el Derecho extranjero²⁰, y eso, “sin perjuicio

¹⁸ Para la discusión, véase: Fauvarque-Cosson, *Libre disponibilité des droits et conflits de lois*, LGDJ, 1996.

¹⁹ Pereznieto, *Derecho Internacional Privado – Parte general*, 10ª ed., Oxford, 2015, p.352.

²⁰ *Idem*.

de que las partes puedan alegar la existencia y contenido del Derecho extranjero”. Como se desprende del propio texto legislativo, el empleo del futuro (“aplicará”) es sinónimo de mandamiento, o, dicho de otra manera, el futuro de mandato o futuro de obligación indica seguridad en el cumplimiento futuro de una orden, la cual es que el juez tiene que aplicar el Derecho extranjero cuando los elementos de la hipótesis sean reunidos. Por eso, no podremos aceptar los criterios federales como el siguiente:

DERECHO EXTRANJERO. PARA DECIDIR SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA EN MATERIA MERCANTIL, ES INAPLICABLE EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. El texto del artículo 1197 del Código de Comercio, a diferencia de lo dispuesto en los artículos 86 y 86 Bis del Código Federal de Procedimientos Civiles, es claro por cuanto hace a que quien invoca el derecho extranjero debe probar su existencia y aplicabilidad. Por el contenido de aquella norma, que regula expresamente la cuestión sobre la carga de probar ese derecho, resultan inaplicables las disposiciones del ordenamiento señalado en segundo lugar, sin que con ello se genere un estado de indefensión para ninguna de las partes involucradas, atento al contenido del artículo 14 del Código Civil Federal. Esto es, la norma procesal del ordenamiento supletorio a la legislación mercantil, no puede aplicarse en la especie, pues además de que el Código de Comercio establece con claridad y de manera expresa que quien invoque el derecho extranjero debe acreditarlo, con lo que puede sostenerse que no existe insuficiencia legislativa al respecto, y la del Código Federal de Procedimientos Civiles es contradictoria con la que se establece en la codificación comercial. Esto, porque el artículo 86 de aquel código, conforme a su letra determina que sólo los hechos estarán sujetos a prueba, así como los usos y costumbres en que se funde el derecho, sin que de modo alguno establezca la carga de acreditar el derecho extranjero; lo que da noticia objetiva de que en materia mercantil, el citado artículo 86 Bis, resultaría inaplicable, por ser incompatible con la diversa norma que también se ha referido, contenida en el invocado numeral 1197²¹.

En nuestra opinión, siendo el art. 1197 Ccom inconstitucional, hay que aplicar la supletoriedad y referirse al Código civil federal, así como al Código procesal de la Federación. Lo que nos permite de invocar el art. 86bis CFPC así como los art. 12 y 14 CCF. En efecto, el art. 12 establece claramente la obligación de aplicar el Derecho extranjero cuando la Ley mexicana lo ordene:

²¹ QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo directo 740/2010. Spectrasite Communications, Inc. 15 de diciembre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: María Soledad Hernández Ruiz de Mosqueda. Secretario: Ricardo Mercado Oaxaca.

Las leyes mexicanas rigen a todas las personas que se encuentren en la República, así como los actos y hechos ocurridos en su territorio o jurisdicción y aquéllos que se sometan a dichas leyes, salvo cuando éstas prevean la aplicación de un derecho extranjero y salvo, además, lo previsto en los tratados y convenciones de que México sea parte.

Dicho eso, es en particular la primera fracción del art.14 CCF que nos da la pauta para demostrar la obligación del juez de invocar la regla de conflicto:

Se aplicará como lo haría el juez extranjero correspondiente, para lo cual el juez podrá allegarse la información necesaria acerca del texto, vigencia, sentido y alcance legal de dicho derecho;

Total, si existe la obligación de invocar la regla de conflicto de origen nacional, esa obligación aún es más clara en relación con la regla de conflicto prevista en un tratado internacional.

C - La regla de conflicto de origen internacional

Si la regla de conflicto es de naturaleza convencional, quiere decir que tiene su origen en un tratado internacional, el juez al no aplicarla, está violando la Ley Suprema de la Nación establecida por el artículo 133 constitucional; y, por vía de consecuencia, México está violando el Derecho internacional público al no respetar el *Pacta Sunt Servanda*. Recordamos que al origen del fallo *Boll*²² de la Corte Internacional de Justicia, Suecia no aplicó una regla de conflicto convencional y fue condenada por este hecho.

El caso relativo a la aplicación del Convenio de 1902 sobre la tutela de los niños, entre los Países Bajos y Suecia, estaba relacionado con la validez de las medidas de educación protectora que las autoridades suecas adoptaron respecto a una niña, Marie Elisabeth Boll, de nacionalidad holandesa y residente en Suecia. Los Países Bajos alegaron que esa medida era incompatible con las disposiciones del Convenio de La Haya de 1902 sobre la tutela de los niños, en virtud del cual es aplicable la ley nacional del niño, quiere decir la de los Países Bajos, y no la Ley de la residencia (Ley sueca). Sin embargo, la CIJ consideró la Ley sueca como lo llamaríamos hoy una Ley de policía que puede aplicarse no obstante a lo dispuesto en el Convenio de La Haya. El punto importante aquí es que sí existe una responsabilidad internacional al no implementar o aplicar correctamente las reglas de conflicto originarias de un tratado internacional. Lo anterior fue muy claro para el Ministro Ponente Sergio Salvador Aguirre, cuando en *Mc. Cain México*²³, afirmó que:

la aplicación y cumplimiento de los tratados internacionales de los que México sea parte no pueden quedar supeditas a lo que dispongan las leyes ordinarias, sean generales, federales o locales, pues ello implicaría que el Estado mexicano incumpla las obligaciones libre y

²² *Países Bajos vs Suecia*, 1958.

²³ Amparo en revisión 120/2002. *Mc. Cain México*, S.A. de C.V.. 13 de febrero de 2007.

soberanamente contraídas frente a otro Estado o Estados, obstaculizándose además el propósito o propósitos para los cuales el tratado específico hubiere sido celebrado.

Tal es, por ejemplo, la hipótesis en materia contractual, donde se debe aplicar las reglas de conflicto de la Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los Contratos Internacionales. En su Preámbulo, el mencionado instrumento prevé que:

REAFIRMANDO su voluntad de continuar el desarrollo progresivo y la codificación del Derecho internacional privado entre Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos;

REITERANDO la conveniencia de armonizar las soluciones de las cuestiones relativas al comercio internacional;

CONSIDERANDO que la interdependencia económica de los Estados ha propiciado la integración regional y continental, y que para estimular este proceso es necesario facilitar la contratación internacional removiendo las diferencias que presenta su marco jurídico.

Como se desprende de los considerandos citados, el Convenio internacional tiene objetivos bien precisos, que no podrían realizarse, si la aplicación de las reglas de conflicto se quedara a la libre disposición de las partes, de invocarlas o no, tal como les convendría. Al contrario, para poder cumplir con los propósitos del Tratado interamericano, por ejemplo, sus reglas de conflicto deben tener carácter de orden público y ser aplicadas de oficio por los tribunales mexicanos.

Lo mismo resulta del artículo primero de la Convención que con el uso del indicativo “determina”, de manera imperativa establece:

Esta Convención determina el Derecho aplicable a los contratos internacionales.

Si se considerara que las reglas de conflicto no son de orden público, la consecuencia sería que dependería exclusivamente del litigante “avisado” la invocación de un Derecho extranjero más favorable. No sólo estaríamos en presencia de una violación de los tratados internacionales y del art. 133 constitucional, sino también tendría por resultado una desigualdad procesal flagrante. Es obvio que en la práctica, muchas veces los litigios se ganan porque una parte tiene mejor asesoría que otra, pero eso no cambia nada conceptualmente: ambas partes tienen, al menos legalmente, la misma protección; porque justamente el tribunal aplica todas las normas aplicables, incluso aquellas no invocadas. Hacer lo contrario sería violatorio de las garantías constitucionales y del derecho humano a la impartición de la justicia amparado

por el art. 8 de la Convención americana de derechos humanos. Tema que amerita ciertamente otro estudio²⁴.

²⁴ Para el tema, ver, entre otros: Kinsch, *Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé*, *RCADI*, 2005.1.

EXTRATERRITORIALIDAD DE LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT DE 1977

Francisco Jesús Goytortúa Chambon*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Foreign Corrupt Practices Act de 1977. 3. Estructura y Elementos del Acta de 1977. 4. Empresas con Nacionalidad Estadounidense. 5. Empresas con Nacionalidad Extranjera. 6. Extraterritorialidad o Aplicación de Normas Extranjeras 7. Algunas Normas Mexicanas y la Extraterritorialidad. 8. Conclusiones

Resumen: El presente artículo habla sobre la “foreign corrupt practices act 1977” emitida por los Estados Unidos de América, con gran relevancia en países como España y en México recientemente. Contempla normas de cumplimiento y responsabilidad penal de las empresas, por actos de corrupción respecto a gobiernos o entes extranjeros.

Abstract: This article it's about the “foreign corrupt practices act 1977” issued by the United States of America, whit great relevance in countries as Spain and in México recently. It includes standards of compliance and criminal responsibility of companies, for acts of corruption whit respect to governments of foreign entitie

* Académico supernumerario de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado; presidente de la Comisión de Derecho Internacional Privado del Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México; profesor titular por oposición de Derecho Internacional Público y Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México; profesor de Derecho Internacional Público y Privado en la Universidad Iberoamericana.

1. Introducción

Las normas de cumplimiento penal, surgidas a partir de instrumentos nacionales, fueron encontrando los suficientes sustentos en tratados internacionales y mecanismos adoptados desde el seno de organismos internacionales, que hoy dan acceso a medidas anticorrupción aplicables a entes privados nacionales, medidas de prevención penal al interior de personas morales de naturaleza privada y responsabilidad penal hacia dichas personas. En el ámbito de la prevención, ello se actualiza con la figura del anglicismo denominado compliance.

Las relaciones comerciales en este siglo y mediados del pasado, se han visto incrementadas considerablemente debido a la tecnología y los niveles muy altos de comunicación, incluso y a pesar de las grandes distancias, que permiten por tanto que las relaciones comerciales y contractuales en general suelen ser más internacionalizadas. De ello resulta de primordial importancia analizar temas, que como el de la corrupción, son una actividad constante que lastima gravemente el interés público y de los estados.

Dentro de este contexto nos disponemos a exponer de manera sucinta, un acta emitida desde los años 70 en los Estados Unidos de América, que ha cobrado una gran relevancia en países como España desde hace más de 20 años y en México recientemente.

Dichas normas de cumplimiento y responsabilidad penal de las empresas, cuyo origen se encuentra precisamente en el acta del país vecino del Norte desde hace más de 40 años, tipifica la responsabilidad penal por actos de corrupción respecto a gobiernos o entes extranjeros.¹

2. Foreign Corrupt Practices Act de 1977

Desde la década de los 60s y en los 70s en Estados Unidos, comienzan a realizarse constantemente prácticas de soborno entre las empresas estadounidenses y funcionarios de gobiernos extranjeros, para la obtención de contratos públicos en dichos gobiernos.

Es en 1972 cuando se presenta un caso, que cimbró a la política misma de los Estados Unidos y que permitió deshilar una serie de casos que dejaban al descubierto la grave corrupción que operaba entre empresas nacionales de Estados Unidos y gobiernos de otros países; el así llamado Watergate.

¹ Nieto Martín, Adan, Introducción. En: El Derecho Penal Económico en la era Compliance, Valencia, España, Editorial Tirant lo Blanch, 2013, p. 12; Ontiveros Alonso, Miguel, Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program, Valencia, España, Ed. Tirant lo Blanch, 2018, p. 14.

Asimismo, el caso Lockheed corporation fue el que reveló que empresas estadounidenses habían otorgado fuertes cantidades de dinero en soborno a funcionarios del gobierno de Japón para contratos con la administración pública, en la compraventa de aviones a la compañía aérea estatal de Japón All Nippon Airways.

Si bien ese caso no tuvo consecuencias penales por no existir una legislación en Estados Unidos que previera tales consecuencias por esos actos, sí fue la punta de lanza para una comisión senatorial investigadora y la emisión de un acta, que desde entonces y hasta hoy, sanciona penalmente la corrupción que se dé entre particulares de Estados Unidos y funcionarios extranjeros; es el acta de prácticas corruptas extranjeras o Foreign Corrupt Practices Act de 1977.

3. Estructura y elementos de la ley (acta) de 1977

El Acta de 1977 establece en general dos mecanismos respecto a medidas anticorrupción; una preventiva y otra represiva.

La preventiva tiende a establecer mecanismos de control interno para efectos contables, con el propósito de que no existan cajas o cuentas secretas, no autorizadas o fuera de la contabilidad oficial, destinadas al pago de sobornos directos o con intermediarios en otros países.

La represiva consiste en la sanción penal que se impone por la comisión de tales prácticas respecto a funcionarios públicos de otros gobiernos extranjeros o de organismos internacionales.

Para que la ley se haga aplicable, requiere que existan los elementos subjetivos y objetivos, que forman parte de la materia u objeto del acto corruptor.

Los elementos subjetivos consisten en aquellos sujetos obligados o posibles investigados o imputados por actos de corrupción, mismos que deben ser nacionales del país, emisores en mercado de valores o bien personas físicas o morales extranjeras que tengan un nexo mínimo con el país del foro, ya sea por encontrarse en el territorio, por afectar los bienes o interés dentro de dicho territorio o por utilizar los mecanismos regulados del estado para realizar los actos corruptos.

Los elementos objetivos se enfocan principalmente en la existencia de beneficios, pagos o prebendas otorgadas a favor de funcionarios, instituciones, partidos políticos o intermediarios extranjeros, para obtener contratos del estado, ayudas, rebajas en deuda o cualquier otro similar que beneficie a la empresa o persona sujeta a la ley en trato.

Sin embargo, la referida Acta podemos integrarla dentro de otras más, que se han emitido en Estados Unidos y que claramente tienen efectos extraterritoriales, a veces hasta con puntos de contacto tan débiles para sancionar a nacionales de otros países, que desde la óptica de los principios iusprivatistas de conflictos de leyes, habría serios problemas para admitir su viabilidad o validez.

Es el caso de la ley llamada Helms-Burton y el acta Torricelli, que establecen, por ejemplo, consecuencias de indemnizaciones altísimas respecto a actos de comercio internacional llevados a cabo con bienes confiscados a ciudadanos estadounidenses por el gobierno cubano.

Sin embargo, el acta de prácticas corruptas en el extranjero de 1977, ha permitido llevar a cabo procedimientos penales dentro de los Estados Unidos, como una forma de compensar el comercio internacional realizado con competidores extranjeros, previamente descompensado por las prácticas de corrupción que otorgaban una desventaja comercial a aquellos que actuaban y competían de buena fe.

Pese a ello no podemos soslayar que existe una división en cuanto a la admisibilidad de casos en relación al origen o nacionalidad de las empresas a ser sujetas de un procedimiento penal bajo el acta de 1977, según sean de origen estadounidense o incluso si son de otros países, con puntos de contacto con Estados Unidos. Veamos tales casos.²

4. Empresas con nacionalidad estadounidense

De acuerdo con la propia ley, los sujetos obligados con la misma son aquellos emisores dentro del mercado de valores de Estado Unidos o empresas nacionales constituidas bajo sus leyes, con domicilio o residencia oficial dentro del territorio, siendo aplicable independientemente del país de comisión del acto corrupto.

En este supuesto intervienen aquellas empresas que han sido sancionadas penalmente, junto con socios o accionistas, siendo todos ellos de nacionalidad estadounidense, pero con actos realizados en otros países.

El caso *United States v. Burke* del 2011, es uno de los que determinan la responsabilidad penal de una empresa típicamente estadounidense (*Oily Rock*), creada bajo las normas de ese país y constituida con domicilio en el mismo; elementos que como bien sabemos, constituyen los más importantes a nivel internacional para determinar la nacionalidad a personas morales. Tal responsabilidad se estableció a partir de sobornos otorgados a funcionarios del gobierno de Azerbaiyán, por la privatización de una empresa estatal productora de petróleo en ese mismo país.³

La privatización nunca se dio, a pesar de los sobornos otorgados en cantidades millonarias, sin que ello fuera obstáculo en Estados Unidos para fincar responsabilidad penal a uno de los socios minoritarios de

² Sánchez, D. B. (2018). LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL: EL PAPEL DE LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT. *Revista Paradigma*, 27(3). <http://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/1344>

³ Gutterman, Ellen. "Banning Bribes Abroad: US Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act." *Osgoode Hall Law Journal* 53.1, 2015 p, 31-65. <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol53/iss1/3>

dicha empresa, de nombre Frederic Bourke, por su participación indirecta mediante la ignorancia deliberada, considerada así por el tribunal, a pesar de no controlar la empresa ni tener capital mayoritario.

Otro caso que suele ser relevante y citado para mostrar la procedencia de las acciones penales previstas en esta acta es el caso *United States v. Eskenazi* del 2014, en el que una empresa constituida en Florida, denominada Terra Telecommunications Corp, también realizó diferentes sobornos respecto a funcionarios públicos de Haití, para que a la empresa se le otorgaran concesiones y rebajas en la deuda que mantenía con la paraestatal haitiana.

En este caso, los sobornos no habían sido dados específicamente a funcionarios públicos extranjeros, sino a una empresa que tenía el monopolio de las telecomunicaciones por parte del gobierno de Haití, por lo que se argumentaba que el acta no preveía sanciones penales más que para sobornos otorgados a funcionarios con nombramiento oficial por parte de un gobierno, no así para funcionarios o representantes de una empresa con concesión o tipo paraestatal.

Sin embargo, las cortes federales de Estados Unidos acabaron por determinar la responsabilidad penal en cuanto a la existencia de actos que constituían corrupción en términos del acta de 1977, dada respecto a funcionarios o entes extranjeros que tuvieran características tales, como realizar funciones propias del estado o ser controladas por el estado.

El punto de contacto en uno y otro caso acabó siendo siempre la nacionalidad de la empresa, es decir, ambas empresas se habían constituido en Estados Unidos y tenían su domicilio ahí mismo, por lo que se actualizaba la competencia inmediata de las cortes federales para poder llevar a cabo un procedimiento penal en contra de la empresa misma y sus socios, por actos de corrupción realizados respecto a entes extranjeros.

Siendo así, encontramos justificada la competencia territorial y de aplicación de normas penales de Estados Unidos, respecto a empresas de origen del mismo país, sin soslayar la posible aplicación que pudiera haber del Acta de Inmunidades Soberanas de 1976, respecto a la aplicabilidad y judicialización de los actos de estado, que pudieran estar inmersos en la controversia.⁴

5. Empresas co nacionalidad extranjera

A pesar de lo anterior y de que podemos entender la aplicación de la referida Acta de 1977 respecto a entes privados que son de la nacionalidad del estado del foro, surge la cuestión acerca de si es posible que dicha Acta pueda aplicarse respecto a personas morales o físicas, de la nacionalidad de otro país, por actos

⁴ Morgan R. Knudtsen, *Conspiracy Liability and the FCPA: The Second Circuit's Rare Interpretation of the FCPA in United States v. Hoskins and Its Potential Implications*, 11 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 771 (2020), <https://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol11/iss3/5>

cometidos igualmente en otro estado, un caso que demuestra los límites de la extraterritorialidad del acta en cuestión es el *United States v. JGC, Corp.*, en el que una empresa japonesa sin domicilio en Estados Unidos, era acusada de llevar a cabo actos de corrupción por soborno a funcionarios del gobierno de Nigeria, para la obtención de contratos millonarios a su favor.

En este caso, el Acta de 1977 no era aplicable en un sentido original, sin embargo, la Corte encontró aplicación de la norma a partir de un punto de contacto mínimo entre el país y la empresa, consistente en que dicha empresa japonesa había realizado los actos de corrupción a partir de un socio estadounidense mediante joint venture, además de haber realizado las transacciones bancarias a través de cuentas en Nueva York.

El asunto terminó en un acuerdo millonario realizado con el Departamento de Justicia, así como la obligación de implementar programas de cumplimiento y medidas anticorrupción, además del deber de contratar asesores externos en dichas materias.

En otro caso contra una empresa húngara, *Sec v. Straub*, se exigía responsabilidad penal por soborno cometido hacia funcionarios del gobierno de Macedonia, mediante la intervención de un tercero de origen griego. En este caso no existían elementos o puntos de contacto alguno con Estados Unidos, sin embargo, se determinó que la empresa húngara se encontraba listada en la Bolsa de Valores de Nueva York, y que si bien es cierto que no existía una intervención directa desde territorio de Estados Unidos, ni dentro del mismo, también lo es que las prácticas de corrupción incidían directamente en la violación de las regulaciones del mercado en dicho país.⁵

Sin embargo, en el caso *United States v. Hoskins*, en el que un ciudadano residente en el Reino Unido era acusado por participar en un esquema de sobornos a funcionarios de Indonesia con el fin de obtener contratos por más de 100 millones de dólares, la Corte determinó no ejercer su jurisdicción en relación con el Acta de 1977. Esta persona tenía a su cargo la autorización de los pagos a consultores o proveedores de servicios que entraban de dichos esquemas de corrupción. En este caso, el único punto de contacto que existía entre el acusado y los Estados Unidos, era la participación que había tenido dentro de una empresa subsidiaria de otra empresa de origen estadounidense, pero con residencia en Francia.

Pese a ello y los fuertes elementos que había para demostrar la participación en actos de corrupción por parte de esta persona, la Corte entendió que no existían elementos suficientes para determinar la aplicación del acta de 1977 respecto a una persona que no era nacional de Estados Unidos.

Esto lo entendió así, en tanto que la Suprema Corte de Estados Unidos llevó a cabo una interpretación del acta conforme a la intención y estructura de la misma, a partir del propósito previsto por el propio congreso de la Unión.

⁵ De la Torre, Mateo, "The Foreign Corrupt Practices Act: Imposing an American Definition of Corruption on Global Markets," *Cornell International Law Journal*. Vol. 49: No. 2, Article 5, 2016, p. 474 y s.s.: <https://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol49/iss2/5>

Es decir, la Corte determinó que el acta de 1977 no abarcaba a individuos no presentes dentro del territorio de Estados Unidos, en tanto que, conforme a la intención del congreso, había sido está una obvia omisión la exclusión de los extranjeros dentro del ámbito de actuación del acta y las autoridades estadounidenses.

Esta conclusión lo reafirmaba con el caso *E.E.O.C. v. Arabia American Oil Co*, en el que determinaba que no existía la aplicación extraterritorial de las normas estadounidenses, al menos que existiera una firme intención por parte del Congreso claramente expresada, situación que en el acta de 1977 y el caso *Hoskins* no ocurría.

Lo anterior permitía determinar, según la Corte, que el Acta tendría que tener muy clara y de forma expresa, su aplicabilidad respecto a personas que se encontraran fuera de territorio estadounidense o incluso hubieran cometido los actos fuera del mismo y no fueran nacionales de dicho estado. Sin embargo, el Acta no establecía tal cosa de forma clara y expresa, más aún, parecía que más bien había sido deliberadamente excluida tal posibilidad de aplicación extraterritorial.

Es así que, si bien la extraterritorialidad de las normas estadounidenses como el acta que estamos tratando, aplica respecto a actos realizados en el extranjero, también es cierto que tiene límites muy precisos en cuanto a puntos de contacto fuertes, como lo es la nacionalidad del acusado y su presencia dentro del territorio del país que investiga o pretende sancionar penalmente.

La extraterritorialidad de las normas únicamente se enfoca en la relación que dichas empresas nacionales sostienen con gobiernos o entes extranjeros, sin embargo, las consecuencias penales acaban siendo resentidas por las propias empresas del país que sanciona y sin que pueda decirse que se aplique responsabilidad penal alguna contra los funcionarios públicos de otros estados o los actos de estado, que en sí mismos gozarían de inmunidad de jurisdicción.

Por tanto, se puede hacer entendible, justificable y hasta viable, las respectivas sanciones penales, que bajo la ley de un país, se apliquen respecto a las empresas o personas morales de su nacionalidad, en tanto que no se violan ni se altera la territorialidad de las normas aplicables, a pesar de que los actos constitutivos del delito imputable, se hubieran realizado en territorio extranjero, ya que el elemento de la nacionalidad y del domicilio de dichas empresas constituyen lazos lo suficientemente fuertes para fincar procedimientos penales bajo leyes nacionales en el país que investiga y sanciona.

No así, respecto a aquellos casos en los que los puntos de contacto con lo nacional, son escasos, pero suficientes a criterio de las cortes, para entender que se afectan las regulaciones internas del país o los intereses comerciales del mismo, por lo que hacen aplicables los mecanismos previstos en el Acta de 1977.

Extraterritorialidad o aplicación de normas extranjeras

Un principio elemental que ha surgido desde tiempos de los glosadores en plena edad media ha sido el de la territorialidad de la ley y de la ley penal en particular bajo el principio *Lex loci commissi delicti*, principio que permite la aplicación estricta de la ley penal respecto a los actos cometidos dentro del ámbito de influencia territorial en el que dicha ley se encuentra.

Las bases fundamentales de este principio se refieren a la sanción aplicable a cualquier acto ilícito cometido en su territorio o respecto a la persona que tenga su residencia o domicilio dentro de dicho territorio, siendo que esto aplica incluso respecto a temas de controversia como la llamada jurisdicción universal civil.⁶

Pues bien, las excepciones a este principio de territorialidad son escasas y se aplican únicamente en cuanto se actualizan los supuestos que permiten que una ley local, pueda tener efectos en el ámbito territorial de otros estados o respecto a personas de nacionalidad distinta de dicha ley local.

Estas excepciones suelen ser las siguientes:

La llamada extraterritorialidad por protección, que consiste en que un estado se autodetermina jurisdicción para sancionar las acciones actos o delitos cometidos fuera de su territorio pero que dañen el interés nacional.

Tal es el caso por ejemplo del Código Penal Federal mexicano, que prevé la aplicación de dicha norma respecto a mexicanos que, cometiendo el delito en el extranjero, se afecte el interés nacional lo que actualiza la competencia y aplicabilidad por parte de la autoridad mexicana con la legislación penal nacional.

Otro caso es el de la extraterritorialidad por jurisdicción universal penal.

Esta figura, que ha sido usada principalmente por algunos países como España, Bélgica o el Reino Unido, ha sufrido una reconfiguración a través de las leyes nacionales reformadas, ante la andanada de conflictos diplomáticos que dichos procedimientos penales han originado con otros países.

Casos como el de Pinochet, Sadam Husein, George Bush, Miguel Ángel Cavallo y otros más, han sido relevantes para entender esta figura, mediante la cual la legislación de un estado nacional permite la competencia a favor de sus jueces y sus leyes para sancionar penalmente las acciones criminales cometidas en otros estados extranjeros.

Cabe señalar que tales acciones criminales suelen ser violatorias del orden internacional, es decir que son los llamados crímenes internacionales previstos en algunos tratados internacionales y que abarcan acciones tales como; genocidio, crímenes de lesa humanidad, piratería, tortura y algunos otros.

La intención de tal excepción es sancionar penalmente las acciones que atentan contra el género humano mismo y el orden internacional, ante la imposibilidad o la falta de acción dentro de las jurisdicciones nacionales, potencialmente competentes, en aras de evitar la impunidad respecto a la trascendencia y gravedad que tales crímenes conllevan.

⁶ Jordi Bonet i Pérez, Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción universal civil frente a las violaciones graves de derechos humanos, *Deusto Journal Of Human Rights, Revista Deusto de derechos humanos*, ISSN 2530-4275, ISSN-e 2603-6002, N.º. 5, 2020, p. 29.

Otra figura similar relacionada con esta es la llamada jurisdicción universal civil, que si bien es cierto también se refiere a la aplicación extraterritorial de normas por la comisión de actos que violan las normas internacionales, las consecuencias aplicables a tales violaciones suelen ser en materia civil, como indemnizaciones o compensaciones económicas a favor de quienes hayan sufrido tales actos en un país distinto del que conoce judicialmente de la causa.

Dicha figura se regula casi de forma exclusiva, hasta ahora conocida, por otra Acta que se integra a la Ley Judicial de 1789 en Estados Unidos, que permite que un extranjero pueda entablar una demanda por reclamación civil contra otro extranjero, por violaciones al derecho de gentes o a tratados internacionales suscritos por dicho país, cometidos fuera del territorio estadounidense.⁷

Algunos de los casos más importantes respecto a este tipo de acciones han sido; *Filártiga v. Peña Irala*; *Sosa v. Álvarez Machain*; *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum* y otros más.

Y por último otra excepción a la territorialidad de las normas suele ser la que se conoce como pasiva, mediante la cual un estado judicializa penalmente una causa respecto a la comisión de un delito en el extranjero que afecta a la persona de un nacional del Estado que conoce dicha causa.

6. Algunas normas mexicanas y la extraterritorialidad

El 1996 el congreso mexicano emitió una legislación para contrarrestar los efectos de normas que tuvieran efectos extraterritoriales en el lugar o desde el país de dónde surgieran, con un enfoque claramente dirigida principalmente a la Ley Helms-Burton y acta Torricelli de los Estados Unidos que pudieran afectar los intereses de mexicanos.

Así esta ley de protección al comercio y la inversión de normas extranjeras que contravengan el derecho internacional se publicó en el diario oficial de la federación el 23 de octubre de 1996 y su objeto principal fue contener los efectos de legislaciones como la Ley Helms-Burton y el acta Torricelli de los Estados Unidos en caso de que establecieran indemnizaciones compensaciones o cualquier otro similar que afectar a los intereses de mexicanos y afectará el comercio o la inversión nacional.⁸

⁷ Jordi Bonet i Pérez, Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción universal civil frente a las violaciones graves de derechos humanos, *Deusto Journal Of Human Rights, Revista Deusto de derechos humanos*, ISSN 2530-4275, ISSN-e 2603-6002, N.º. 5, 2020, págs. 13-40

⁸ Ruíz Bravo, Hernán, La extraterritorialidad de las leyes internas: algunas cuestiones procesales, *Revista mexicana de política exterior*, No. 53, Febrero-Mayo de 1998, p. 33.45.

Dicha ley establece también la prohibición respecto a cualquier persona sea física moral pública o privada que se encuentre en territorio nacional para conceder información requerida por tribunales extranjeros que tuvieran como fundamento dicha legislaciones con efectos extraterritoriales.

Esta hipótesis legal está prevista no solamente para personas mexicanas que se encuentran en México sino incluso para personas físicas o Morales extranjeras que encontrándose en México fueron requeridos por los tribunales de sus países de origen (pensando principalmente en Estados Unidos) para otorgar información con fundamento en dichas leyes extraterritoriales.

De manera que el predicamento respecto a estas personas extranjeras tendría que ser sí acatar las disposiciones legales y requerimientos judiciales de su país de origen o acatar la norma mexicana, que por encontrarse en territorio mexicano estarían obligados a cumplir.

Parece ser que desde el punto de vista del derecho internacional privado no habría controversia sobre el tema y al encontrarse dentro de territorio nacional se encuentran también sujetos obligados a las normas nacionales mexicanas.

Sin embargo, esta postura pudiera traerles consecuencias a dichas personas en el país de origen o de su nacionalidad.

Asimismo, la ley mexicana de 1996 facilita que puedan ser homologadas y ejecutadas sentencias extranjeras en contra de personas que a su vez hubieran obtenido un beneficio económico a partir de otras sentencias emitidas conforme a leyes extraterritoriales.

Es decir, que si un extranjero o un nacional obtuvo una sentencia favorable en contra de un mexicano, teniendo como fundamento una ley extraterritorial de otro país, pues la ley mexicana facilita o permite que este mismo extranjero, que fuera demandado ante un tercer estado extranjero por indemnizaciones o pagos de daños y perjuicios en su contra, pueda ser dicha sentencia homologada e incluso ejecutada en México en los términos de las leyes respectivas.

Ahora bien, otra ley mexicana más relacionada con el tema en cuestión, es la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicada en el Diario Oficial de la Federación en el 2016, misma que regula las sanciones aplicables, tanto a servidores públicos, como a personas físicas o morales de naturaleza privada por la comisión de actos que se consideren “faltas graves” en el ámbito de la administración pública.

Esta ley circunscribe la aplicación de sanciones administrativas a favor de las secretarías de estado, los órganos internos de control de la administración pública y la auditoría fiscal de la federación, incluyendo las respectivas entidades de fiscalización de las entidades federativas, de manera que son estos organismos quienes tienen la facultad legal para imponer las sanciones que prevé, mediante los procedimientos y formas establecidos en la misma.

En atención a ello, la referida norma contiene un sistema que permite la valoración del grado de responsabilidad de las personas morales, a partir del establecimiento que tengan o no, de un programa de compliance o integridad empresarial, bajo los lineamientos que la susodicha ley determina.

Asimismo, la ley regula los supuestos considerados como graves y en los que podría verse implicada una persona física o moral; cohecho, peculado, desviación de recursos, uso de información confidencial, abuso de “funciones”, conflicto de interés, contratación indebida, enriquecimiento oculto, tráfico de influencias, encubrimiento, desacato y obstrucción de la justicia.

Ahora bien, respecto a los particulares, el artículo 70 de la citada ley, establece que la colusión, es el acto por el que se obtiene una ventaja o beneficio indebido en contratación pública, federal, estatal o municipal, de forma que dicha actividad es considerada como falta grave que le acarrea las sanciones respectivas.

Así, en el mismo artículo, pero tres párrafos adelante, prevé el elemento más importante relacionado con el tema que nos interesa en este artículo, y es la participación de los mexicanos y las sanciones aplicables por haber intervenido en esas faltas, respecto a organismos públicos de otro país.

Es decir, conforme a la referida disposición, si un mexicano contrata o participa directa o indirectamente en materia de contratación pública, obra pública, permisos, concesiones, adquisiciones, servicios o arrendamientos en un estado extranjero, con algún organismo público de dicho estado o a partir de un funcionario público del mismo, obteniendo ventajas o beneficios indebidos mediante colusión, podría ser sujeto de las sanciones que prevé el Título Cuarto de esta ley.

Esta disposición es prácticamente la misma, aunque legislada de una forma más complicada en términos de redacción y menos clara, que el Acta de 1977 de los Estados Unidos, en tanto que sanciona a los mexicanos que, a partir de la figura de la colusión, obtengan ventajas o beneficios indebidos en la contratación pública realizada en otros estados extranjeros.

Por su parte, las sanciones a que se refiere el Título Cuarto de la ley, aplican para personas morales y van desde indemnizaciones de entre los 86 mil a los 130 millones de pesos, sanciones económicas de hasta dos tantos del valor del beneficio obtenido ilegalmente, inhabilitación temporal para contratación pública, suspensión de actividades, disolución o hasta indemnización por daños y perjuicios que hubieren sido ocasionados a la hacienda pública.

Esta es posiblemente una de las normas más actuales que conllevan un tipo de aplicación extraterritorial de la ley, por los actos materialmente cometidos fuera del estado mexicano, aunque siempre con el punto de contacto tan fuerte, como lo es la nacionalidad mexicana de la persona moral que hubiere cometido dichos actos, y que, por tanto, tiene también su domicilio en México.

Por su parte el Código Penal Federal tiene como base el principio territorialista bajo el cual se somete la legislación penal mexicana aplicable en toda la república.

Sin embargo, el artículo 2º del citado código penal también establece algunos principios de extraterritorialidad, específicamente para aquellos actos delictuosos que se realicen en el extranjero pero que tengan efectos en territorio nacional.

Es el caso por ejemplo de la falsificación de moneda que, realizándose en territorio extranjero, afecte la economía y el interés nacional.

Asimismo, establece este efecto extraterritorial respecto a delitos cometidos en el extranjero por parte de mexicanos contra mexicanos o contra extranjeros o bien de extranjero contra mexicano fuera del territorio nacional siempre y cuando se den algunos puntos de contacto básicos en cada caso.

Un punto de contacto es que el acusado se encuentre dentro de la República mexicana.

Este punto además suele ser común como hemos visto en otras legislaciones como el acta de 1977 y algunas otras disposiciones más como la llamada jurisdicción universal penal o incluso civil que actualizan la competencia de sus respectivas cortes respecto a personas que se encuentren físicamente ahí dentro del territorio nacional.

Esto permite pues qué si bien se determine la jurisdicción y competencia respecto a actos cometidos fuera del país también permite que exista un punto o conexión referencial elemental para poder llevar a cabo un proceso jurisdiccional en su contra fuera de la cual difícilmente podría llevarse a cabo procedimiento alguno.

7. Conclusiones

El principio territorialista por el cual las leyes aplican únicamente respecto a las personas que se ubiquen dentro del territorio de un estado, ha sido uno de los más importantes que ha permitido ejercer jurisdicción y competencia respecto a personas que transgredan el orden público nacional, y que deben, por tanto, enfrentar las consecuencias legales dentro de dicho estado.

Sin embargo, desde hace medio siglo ha sido mucho más fácil y frecuente la celebración de actos jurídicos entre diferentes personas de diferente nacionalidad, que a su vez ha facilitado también la comisión de delitos o actos de corrupción, afectando el mercado dentro de un estado, la inversión o bien el interés nacional, con lo cual, la emisión de legislación con efectos extraterritoriales, pero sujeta a ciertos puntos de contacto, sigue siendo uno de los roles más importantes que los estados han tenido que realizar, para asegurar su propio orden interno en aquellas relaciones en las que existen elementos extranjeros.

Igualmente, es menester cuidar que no se contravengan disposiciones de orden público de otros estados o incluso que no se afecte la inmunidad que sobre los actos de estado se encuentra vigente en el orden internacional.

Al respecto es importante señalar también que los efectos extraterritoriales de una legislación se terminan en el momento en el que un acto, considerado corrupto o delictuoso dentro de ese estado, no lo sea dentro del estado en el cual se ha realizado la acción.

Asimismo, se puede concluir que los puntos de contacto más importantes para poder llevar a cabo sanciones contra empresas o personas extranjeras dentro de un país, siguen siendo la presencia física dentro de ese territorio o bien las conexiones básicas que mantenga con él, ya sea mediante transacciones

bancarias, utilización de recursos o mecanismos nacionales para llevar a cabo el acto que se imputa como delictuoso.

8. Bibliografía

De la Torre, Mateo, "The Foreign Corrupt Practices Act: Imposing an American Definition of Corruption on Global Markets," Cornell International Law Journal: Vol. 49: No. 2, Article 5, 2016, p. 474 y s.s.:

Guterman, Ellen. "Banning Bribes Abroad: US Enforcement of the Foreign Corrupt Practices Act." Osgoode Hall Law Journal 53.1, 2015 p. 31-65.

Jordi Bonet i Pérez, Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción universal civil frente a las violaciones graves de derechos humanos, Deusto journal of human rights, Revista Deusto de derechos humanos, ISSN 2530-4275, ISSN-e 2603-6002, N°. 5, 2020.

Morgan R. Knudtsen, Conspiracy Liability and the FCPA: The Second Circuit's Rare Interpretation of the FCPA in United States v. Hoskins and Its Potential Implications, 11 Wm. & Mary Bus. L. Rev. 771 (2020).

Nieto Martín, Adan, Introducción, El Derecho Penal Económico en la era Compliance, Editorial tirant lo blanch, Valencia, España, 2013.

Ontiveros Alonso, Miguel, Manual básico para la elaboración de un criminal compliance program, Ed. tirant lo blanch, Valencia, España, 2018.

Ruíz Bravo, Hernán, La extraterritorialidad de las leyes internas: algunas cuestiones procesales, Revista mexicana de política exterior, No. 53, Febrero-Mayo de 1998.

Sánchez, D. B. (2018). LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL: EL PAPEL DE LA FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT. Revista Paradigma, 27(3).

LA NACIONALIDAD MEXICANA

Leonel Pereznieto Castro*

SUMARIO: I. Introducción. II La nacionalidad desde diferentes perspectivas. III. Episodios Históricos. IV. La nacionalidad como vínculo social. V. La nacionalidad en los pueblos indígenas VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

Resumen: A través de una descripción histórica, se propone un análisis de la nacionalidad Mexicana, reflexionando algunos elementos que la configuran hasta el día de hoy, haciendo hincapié en la falta de reconocimiento de la identidad nacional a los pueblos originarios del país.

Abstract: A description and analysis of Mexican nationality it is made, referring to the various elements that Mexican nationality included a reflection on the elements that make it up to today.

* Profesor de carrera de tiempo completo en el Centro de Relaciones Internacionales FCPyS. UNAM. Investigador Nacional Nivel III. Correo: lpereznietocastro@gmail.com

El autor agradece el apoyo que le dieron Cynthia Arias Castellanos, ex asistente del Sistema Nacional de Investigadores y la Dra. Yaritza Pérez Pacheco por la revisión del texto y sus observaciones al mismo.

I. Introducción

La nacionalidad es un concepto que ha sido explorado; sin embargo, al identificar los elementos que la componen puede pensarse que el concepto de la nacionalidad mexicana es una categoría de análisis distinta, como lo mostraré más adelante. Con este propósito, algunos episodios históricos que me faciliten explicar cómo se formó para finalmente, entrar en el tema de una nacionalidad mexicana en donde han empezado a germinar las ideas de un de apertura a las propuestas indígenas.

* La nacionalidad desde diferentes perspectivas

Desde un enfoque sociológico el primero en hablar de los elementos sociales que componen a la nacionalidad fue Jean Jacques Rousseau, quien identificó el concepto de nación y aportó elementos que se pueden considerar básicos para la definición de la nacionalidad. En este sentido, Rousseau afirma:

La nación se forma como una comunidad de raza, idioma e historia, pero sobre todo, la determinación de un grupo de individuos de permanecer juntos y alcanzar objetivos comunes.¹

Podemos distinguir en esta propuesta a los elementos externos: una comunidad es un grupo de personas lo suficientemente grande para acometer tareas esfuerzos colectivos, lo que lo lleva a hacer conciencia de objetivos comunes.

La raza, el idioma, la voluntad de permanecer juntos, pueden ser identificados como elementos externos, a los cuales agregaría un elemento más: el territorio, que es lugar en donde el grupo se encuentra. En cuanto a los elementos internos, según Rousseau, los más importantes son: historia, comunidad y el ánimo de permanecer juntos y alcanzar objetivos comunes. Estos elementos, han contribuido a la formación del concepto de la nacionalidad actual con elementos propios de la realidad mexicana.

Antropológicamente la nacionalidad tiene su origen en el grupo, la etnia y más tarde la sociedad, que se formaron preponderantemente con individuos de una misma área geográfica con rasgos raciales comunes y su incorporación al grupo fue una forma de sobrevivencia frente a depredadores y para proveerse alimentos mediante la recolección y la caza.

La satisfacción de esas necesidades provocaron que el grupo se comunicara al interior y se creara la lengua y símbolos y se creó entonces un itinerario a seguir conforme a los objetivos definidos normalmente en un acuerdo comunitario o en una Constitución.

Las actividades agrícolas y de caza del grupo se desarrollaron dentro de un área geográfica determinada lo que fue delimitando su territorio frente a otros grupos. Esa necesidad de permanecer juntos creó una historia común a través de su vida diaria, una identidad. Cuando el grupo creció fue necesario designar autoridades para ocuparse de los diferentes servicios, y de esta manera crearon las simientes del Estado como forma de transcendencia del grupo y para enfrentar y resolver actividades propias de la comunidad.

¹ Obras completas (1858-1895) Gallimard, París. 1998. vol. 2, p. 578

Se establecieron entonces las reglas que se debían cumplir; así, la comunidad creció a lo largo de su historia, siempre influida por otras culturas, en este proceso la comunidad busca sus objetivos como nación y una identificación para de esta manera, poder construir un Estado.

Aunque este proceso es quizá demasiado esquemático, es también una forma simplificada para decirlo en pocas palabras.² Desde otra perspectiva, la histórica, la nacionalidad nace con los estados nacionales que se formaron en el siglo XVI, Inglaterra, España y Portugal y a partir de ese momento sociedad, “Nación, etnicidad y religión son cuatro elementos determinantes de la historia europea y mundial.”³

Se requirieron dichos conceptos para identificar a las personas que serían los grupos integrantes de la sociedad en cada Estado. Sin embargo, el proceso de construcción del Estado no fue fácil, pues se debió luchar en contra de las estructuras medievales y especialmente negociar y convencer a los señores feudales para integrarse a un proyecto nacional.

Francia, Alemania e Italia tuvieron un avance más lento en el tema del Estado. En Francia se constituyó y funcionó realmente un Estado a partir del 27 de febrero 1594 cuando asumió la corona Enrique IV como símbolo del final de las guerras religiosas.

Enrique hasta antes de este evento era de formación y naturaleza, protestante; sin embargo, El próximo Rey de Francia, abjuró de esa religión y se acogió a la religión católica y romana. No hubo otra salida y con su ascensión al reino se sellaron las cruentas y bárbaras guerras religiosas francesas que devastaron al país a lo largo de más de 30 años.

En Italia la unificación se dio en 1861 con la proclamación del Reino de Cerdeña por el Rey Vittorio Emanuel y a partir de ese momento se constituyó Italia como un nuevo Estado Nacional. Los nacionalistas que llevaron al Rey al poder, principalmente Giuseppe Garibaldi y Camillo Benso, conde de Cavour, eran admiradores de Benito Juárez de su lucha contra la invasión del imperio francés y esa fue la razón por la cual adoptaron los colores de la bandera mexicana para la bandera de la unificación italiana y que aún siguen vigentes en la actualidad. Garibaldi en los tres exilios que tuvo vino a América y la recorrió y pudo darse cuenta de las diferentes manifestaciones de nacionalismos.

En Alemania con motivo del Congreso de Viena de 1815 se creó la Confederación Germánica (Bundeslander) una unión de las zonas que habían pertenecido antes de 1806 al Sacro Imperio Romano Germánico y en 1871 con la proclamación del segundo Imperio Alemán, el Deutsches Reich o segundo Reich se constituyó el Estado alemán.⁴

Un eje que cruzó a todos los movimientos europeos hacia la nacionalidad, es el vínculo que mantiene unida a una comunidad que en un primer momento encuentra intereses comunes y esa coincidencia formará la consciencia nacional, cuando esto sucede se crea un sentimiento de nación a partir del cual se busca la

² Con la ayuda de Ralph Linton y su obra: Estudio del Hombre, Ed. FCE. 2006.

³ Hastings, A., La construcción de las nacionalidades, Ed Cambridge University Press, 2000, Traducción Cristina Piña, pág.11

⁴ El primer Reich fue el primer intento de unificación de los estados alemanes por parte de Carlomagno, con El Sacro Imperio Romano Germánico (Heiliges Römisches Reich).

construcción de un Estado, como instrumento para construir a la comunidad y alcanzar los fines que la nación se ha fijado, normalmente en su Constitución. Adrian Hastings, autor que ya hemos mencionado, nos dice Una nación es una comunidad mucho más consciente de sí misma que una etnia y normalmente identificada por un corpus propio de textos escritos, posee o reclama el derecho a la identidad y a la autonomía política como pueblo, junto con el control de un territorio específico.⁵

Sin embargo, en pueblos conquistados como México, el proceso de formación de la nacionalidad fue diferente y a veces contrario, en algunos aspectos, pero siempre más complejo. Y esa complejidad es lo que le da a la nación mexicana y por supuesto a su Estado su diferencia en el proceso de independencia y más tarde en otros convenios celebrados. La sociedad colonial estaba fuertemente estratificada entre los conquistadores y los conquistados y de éstos a su vez, la masa social más amplia era la de los indígenas, principalmente de la meseta; sin embargo dos emigraciones fueron bienvenidas y muy provechosas, la primera al traer a personas, principalmente hombres y más tarde, sus familias, a los centros de trabajo que se fueron abriendo en las ciudades. La segunda inmigración fue con la introducción de otras razas al Virreinato de la Nueva España. La división social está en la distinción de razas en criollos, mestizos, indios y las con base en lo siguiente: castas con mixtura racial de razas negras y chinas traídas por el conquistador: la pareja de negra con blanco, criollo con mestizo, y muchas otras mezclas produjeron a una sociedad multirracial que es la actual sociedad mexicana. La forma de enfrentar la vida, la filosofía de vida y la religión que les fueron impuestas a los pueblos conquistados marcó por sí, un itinerario diferente en el proceso de la ascensión como Nación.

Al existir tal variedad racial y proceder los individuos de distintos orígenes e incluso civilizaciones; el castellano no se hablaba en todo lugar y de esta forma resultó muy difícil encontrar elementos de vinculación que pudieran llevar a esa sociedad colonial a alcanzar objetivos comunes, cuando además, millones de personas estaban y siguen estando, excluidos del proceso social por la pobreza y la miseria en que viven. Ciertamente se formó un grupo social variopinto y muy desigual social y económicamente, lo que hizo difícil que esa sociedad pudiera constituir una nación, sobre las bases de igualdad.

II. Episodios históricos

Históricamente el tema de la nacionalidad mexicana, es muy amplio pero intentaré reducirlo a seis episodios nacionales que por ejemplificativos nos ayudarán a tener una idea de su importancia y sobre todo, a la forma como se construyó la nacionalidad mexicana y en especial, cuáles son sus aspectos institucionales.

A - Primer episodio. Formación de la conciencia nacional

Hasta mediados del siglo XVIII se empieza a crear y hablar de una conciencia mexicana, idea que provino de los jesuitas a través de la educación que impartían y con base en sus formaciones intelectuales y humanas

⁵ Hastings, op.cit., pág. 14.

que permearon a una buena parte de la sociedad colonial, sobre todo, por la humildad y buena fe con las que sirvieron a la sociedad y en especial a los pobres.

Los jesuitas del siglo XVIII, impulsores del pensamiento humanista, pueden considerarse como los precursores de la formación de la conciencia nacional mexicana, para lo cual se señalan los aspectos más significativos de su ideología, misma que prendió en la mente de los discípulos de estos religiosos como resultado de sus enseñanzas”.⁶ Con estas ideas se fue dando la penetración de su ideología en todas las clases, especialmente en la de los criollos que fue decisiva para crear esa conciencia nacional. El Padre Francisco Javier Clavijero (1731- 1787) fue un jesuita, historiador, docente y naturalista que escribió varias obras entre las que se encuentra “La historia de los Mexicanos” y en sus conclusiones refiere que la sociedad mexicana ha adquirido una conciencia nacional.⁷

No obstante, el sentimiento se quedó dentro de cada uno de los miembros de los círculos criollos que luego permeó hacia grupos de la sociedad más numerosos como fueron los mestizos. Tan es así que en el Reglamento provisional político que emitió Agustín de Iturbide en 1822, quedó establecido que, “son mexicanos, sin distinción de su origen, a todos los habitantes del Imperio que, en consecuencia del glorioso grito de Iguala, han reconocido la independencia”.⁸ Hay que señalar en esta disposición dos cuestiones: el reconocimiento de que la sociedad mexicana es diversa racialmente conforme a sus orígenes y segundo, que ese conglomerado social, se encuentra unido conforme a lo expresado en el grito de Iguala.

De esta forma el sentimiento de la existente de nacionalidad mexicana brotó con fuerza durante el proceso de la independencia como un grito de guerra en contra de los españoles y más tarde, de forma plena en la Guerra de 1846-47, contra la invasión estadounidense; sin embargo, hay quienes piensan que esa conciencia nacional inició desde el siglo XVI:

Los nacidos en América y particularmente en la Nueva España fueron adquiriendo conciencia que tenían derechos sobre esta tierra, en tanto naturales de ella. Aquí se inician las disputas entre criollos y peninsulares que se mantuvo durante la colonia y que era tan evidente en los años previos a la independencia.⁹

⁶ Jáuregui de Cervantes, Aurora, Los Jesuitas precursores ideológicos de la nacionalidad mexicana, Ed. La Rana, 2004. Pág.1 Aunque el optimismo de Clavijero no tenía muchas bases porque él mismo ejerció buena parte de su vida en la enseñanza a los indios, que carecieron de esa conciencia hasta entrado el siglo XX; sin embargo, a este tema, las autoridades coloniales lo consideraban disoluto y por tanto, era castigado hablar de él, por lo que poco se difundía fuera de los ambientes donde los jesuitas hacían su labor.

⁷ En este sentido ver: Alfaro, Alfonso y otros (coords.), Francisco Xavier Clavijero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia, Ed. Porrúa, 2014.

⁸ Reglamento Provisional Político del Imperio Mexicano, febrero de 1822.

⁹ Guerrero Galvan, y L. R y Castillo Flores, J. B. Art.30, Reseña histórica, en: Derechos del pueblo mexicano a través de sus constituciones, Ed. UNAM, SCJN, CNDH y otros. Pág.697.

Tener conciencia de derechos “sobre esta tierra”, no es, sin embargo, un sentimiento completo de la nacionalidad, como lo hemos descrito hasta ahora.

B - Segundo episodio: La Independencia

Con motivo de la Independencia, por primera vez se habló abiertamente de la nacionalidad mexicana; sin embargo al principio el concepto no fue claro y hubo una división en el movimiento, por un lado el patriotismo criollo y por el otro, el creciente sentimiento de la nacionalidad en la sociedad.

Nos dice David Brading, historiador inglés especialista en México:

El germen del sentimiento nacional se propagó, a principios del siglo XVII, hacia la idea del criollo como heredero desposeído y a la exaltación de la antigüedad indígena como el pasado significativo de los mexicanos.

La invención nacional criolla rescató el pasado indígena de sus estigmas de barbarie y diabolismo, transformó el mito indígena de Quetzalcóatl, en efigie fundadora de un cristianismo primitivo mexicano y consolidó el culto Guadalupano como prueba mítica de la preferencia de Dios por la tierra mexicana, oprimida por el dominio español.¹⁰

El estandarte de la Virgen de Guadalupe que enarboló el sacerdote José María Hidalgo y Pavón, como símbolo de unión de los mexicanos en contra de los españoles, hizo comprender a criollos y mestizos el sentido de nuestra propia unión expresada en el sentimiento de una nacionalidad común. De esta manera con Hidalgo, se inició un movimiento de libertad que fue permeando a todas las capas sociales con el simbolismo de la creación de una nación autóctona frente al colonialismo español. A este respecto Héctor Aguilar Camín, nos dice:

Los motivos lentamente acumulados de esa nación pueden resumirse en cuatro rasgos: la exaltación del pasado azteca, la denigración de la conquista, el resentimiento contra los gachupines y la devoción por la Virgen de Guadalupe.¹¹

En los documentos libertarios por primera vez se manifiesta amplia y claramente el sentimiento hacia una nación mexicana, así López Rayón en sus Elementos Constitucionales (1811) menciona la formación de una nacionalidad mexicana; En su documento, los Sentimientos de la Nación, de Morelos (1813) en el punto noveno se refiere a los “Nuevos nacionales de la nueva Patria” sin plantear dogmáticamente la propuesta

¹⁰ Brading, David, Los orígenes del nacionalismo mexicano, México, Ediciones Era, 1980. Citado por Héctor Aguilar Camín en “Notas sobre nacionalismo e identidad”, Nexos, 1 de julio de 1993.

¹¹ Aguilar Camín, op. cit.

nacional ya que abre posibilidades a que: art. 9: "los empleos los obtengan sólo los americanos",¹² y en el caso de los extranjeros propone, art. 10: "Que no se admitan extranjeros si no son artesanos capaces de instruir y libres de toda sospecha".¹³

En la Constitución de Apatzingán de 22 de octubre de 1814, denominada Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, en su artículo 13 se estableció un llamamiento, una arenga todavía más amplia en la que se identifican a los americanos como parte de una gran nación: "Se reputan ciudadanos de esta América mexicana a todos los nacidos en ella".¹⁴

Ya con una sociedad salida de la lucha de independencia, en la que confluyeron los sentimientos en contra del dominio español y en favor de una nacionalidad mexicana, en la Constitución de 1824 se definió en qué consistía la nacionalidad mexicana y cuya estructura todavía ha estado vigente, al establecer las distinciones entre nacidos en territorio nacional (Jus Soli), los nacidos en el extranjero de padres mexicanos (Jus Sanguinis) y los "Avecindados" en México; es decir, los residentes extranjeros que puedan cumplir con las temporalidades y requisitos, para obtener la nacionalidad mexicana por naturalización.

Estos mismos elementos se repitieron en varios ordenamientos posteriores como lo fueron el Proyecto de Reformas constitucionales de 1840, artículos 7° y 8°¹⁵; los proyectos de Constitución de 1842, en el primer proyecto los artículos del 8° al 14°,¹⁶ y en el segundo proyecto los artículos del 4° al 8°¹⁷; las Bases orgánicas de 12 de octubre de 1843, artículos de 11 al 13¹⁸; Leyes Constitucionales de 1836, artículo 1°¹⁹; y la Ley Vallarta de 1886.²⁰ La permanencia del concepto de la nacionalidad en todos estos documentos constitucionales, significa que durante el siglo XIX que ya había penetrado en las mentes de los criollos y mestizos el concepto preciso de la nacionalidad mexicana, quienes fueron los que elaboraron esos documentos.

¹² Sentimientos de la Nación.

¹³ Idem.

¹⁴ Constitución de Apatzingán, 22 de octubre de 1814.

¹⁵ Proyecto de reforma de la Nación Mexicana, su religión, territorio, condición general de sus habitantes, forma de gobierno y división del Poder Supremo, 30 de junio de 1840.

¹⁶ Primer Proyecto de Constitución, 25 de agosto de 1842.

¹⁷ Segundo Proyecto de Constitución, 2 de noviembre de 1842.

¹⁸ Bases Orgánicas de la República Mexicana, 13 de junio de 1843.

¹⁹ Constitución de 1836.

²⁰ Ley de Extranjería y Naturalización 28 de mayo de 1886.

C - Tercero. La Constitución de 1857

Edmundo O'Gorman se refiere a "Las corrientes nativas del liberalismo mexicano"²¹ que se conjugaron en el tema de la nacionalidad que desembocó en la Constitución de 1857. Esto como respuesta a las invasiones extranjeras a México: la Francesa de 1838 a 1839, conocida como "Guerra de los Pasteles", posteriormente la invasión de 1846 por parte de tropas estadounidenses, sumada a las seis invasiones hasta ese momento. Pocos países de la zona fueron tan lastimados como México, lo que provocó que se difundiera un "odio a los gringos" porque no tardan y nos vuelven a invadir. Aunque la realidad es otra, porque hoy en día son los Estados Unidos tenemos el comercio más alto en la historia de las exportaciones y los problemas que han surgido se arreglan en las distintas mesas encargadas en las diferentes secretarías de Estado de ambos lados. Puede haber momentáneamente un problema político, pero no ha sido así y el comercio de bienes y servicios crece exponencialmente. Los Estados Unidos, el pirata que siempre nos estuvo acechando, ahora es un miembro del mercado común tripartita de América del norte donde, la larga y cruel etapa de la violencia y las humillaciones ya ha pasado y ahora Los Estados Unidos han concluido en ver a México como un buen socio comercial, que es, al fin del camino, es lo que a Los Estados Unidos les importa.

Benito Juárez, Melchor Ocampo, Ignacio Manuel Altamirano e Ignacio Ramírez Calzada participaron en la redacción la Constitución de 1857. Por las experiencias vividas, fueron sensibles a las amenazas del presidente estadounidense James N. Polk de anexar a Texas a los Estados Unidos. Es menester recordar que este acto desató la invasión estadounidense a México, con la pérdida de más de la mitad del territorio mexicano, por medio de una conquista a todas luces contraria al derecho internacional; situación que habría de repetirse en 1862 durante la invasión francesa.

Como proceso secular, la moderna nación mexicana es la resultante de la vasta ofensiva liberal contra las tradiciones comunales y corporativas heredadas de la Colonia, las cuales incluyen por igual a la Iglesia, a las mayorías indígenas y a las comunidades campesinas.²²

Así "las corrientes nativas del liberalismo mexicano" a que se refiere O'Gorman se fundieron en la causa común de la conquista de la nacionalidad que fue esencial para la lucha en contra las invasiones extranjeras. Gracias al liberalismo, el nacionalismo mexicano permeó así, no solo entre criollos y mestizos, sino se extendió a otras capas sociales en donde el sentimiento nacional se extendió y amalgamó; y se oyó hablar de él en todos los círculos sociales. Así en la Constitución de 1857 aparte de la definición del concepto de la nacionalidad en los mismos términos y estructura de la Constitución de 1824, en su Art. 32, fracción I se estableció como deber de los mexicanos: "Defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de su patria".²³ Yo me pregunto si existe alguna declaratoria más nacionalista que esta. Pero fue necesario ante la agresión crear ese fondo de reflexión que lleva a la defensa de los valores más próximos, la familia, la casa hasta más remotos, pérdida de la libertad. Asimismo, esta manera de entender a la

²¹ Aguilar Camín, op. cit.

²² Idem.

²³ Constitución de 1824.

nacionalidad mexicana, ya no como un valor abstracto sino como un soporte tangible en caso de ser agredidos nuevamente.

D - Cuarto. La Revolución Mexicana

Durante este episodio histórico, la nacionalidad es un sustrato que corre en diversas formas y posturas a lo largo de todas las fuerzas revolucionarias. De esta manera, la nacionalidad mexicana, y quizá por primera vez con una plena conciencia nacional, el sentimiento de la nacionalidad, se manifiesta en diversas formas, incluyendo el arte, con los murales de Rivera, Orozco y más tarde, Siqueiros. Esto habrá de trasladarse también en la música (Silvestre Revueltas, el ballet, en buena parte de la literatura y muchas otras expresiones que hacen por primera vez, que la nacionalidad mexicana sea un anhelo de convergencia en una sociedad profundamente herida y dividida por la Revolución.

En el marco de estos referentes culturales se asienta en el Art. 30 de la Constitución de 1917,²⁴ con la misma división estructural que se planteó que en la Constitución de 1824 y que se repitió en 1857: “Son mexicanos por nacimiento, los nacidos en territorio nacional, los nacidos fuera, de padres mexicanos y los requisitos para los extranjeros residentes que deseen adquirir dicha nacionalidad”.²⁵

Si bien la estructura de la nacionalidad se ciñe a la planteada desde 1824, en realidad el cambio es cómo se van interpretando a través del tiempo. Las corrientes nativas del liberalismo mexicano que finalmente se fundieron en la causa común de la “conquista de la nacionalidad” que es el concepto que tenemos actualmente en México.

Si observamos en esta esta conclusión que a que llegamos, la nacionalidad mexicana contiene elementos que la hacen diferente de la nacionalidad tradicional.

E - Sexto y último episodio hasta el momento: La reformas de 1934, 1969, 1974 y 1999

La reforma de 1934 al Art. 30²⁶ fue con objeto de ajustarlo y precisarlo a fin de establecer con claridad los dos principios sostenidos por el constitucionalismo del siglo XIX: las adquisiciones de la nacionalidad mexicana por el *ius soli* y el *ius sanguinis*.

Sin embargo, debieron de pasar 52 años para que se modificara de fondo el Art. 30 constitucional, lo que indica que el concepto de la Nacionalidad Mexicana había quedado firmemente establecido desde 1917 y su modificación de 1934. Pero la evolución de la sociedad mexicana requirió que se tomara en cuenta a la mujer en un doble sentido: como ciudadana y el voto como parte de un proceso secular hacia la moderna nación mexicana, mismo que era resultado de la vasta ofensiva liberal contra las tradiciones comunales y

²⁴ [Constitución de 1917, pp.151-152.](#)

²⁵ Ibid, p. 152.

²⁶ [Primera reforma del art.30,18 de enero de 1934.](#)

corporativas heredadas de la Colonia, las cuales incluyen por igual a la Iglesia, a las mayorías indígenas y a las comunidades campesinas transmisoras de la nacionalidad mexicana. En estas tendencias era únicamente el hombre el que transmitía la nacionalidad mexicana. Ahora la mujer puede hacerlo y en materia matrimonial, buscando la unión familiar, tanto la mujer como el hombre mexicanos pueden hacer que el esposo o la esposa extranjera, por el acto del matrimonio tengan abierto un procedimiento privilegiado para obtener la nacionalidad mexicana. A propósito de estas reformas hablaremos más adelante.

La reforma de 1969, se hace eco de la tendencia sobre la igualdad de género y se modifica al dispositivo constitucional para igualar a la mujer al hombre y permitir que la mujer también transmita la nacionalidad por Jus Sanguinis, de esta manera quedó adicionado el párrafo II del Art. 30 constitucional en los siguientes términos:

Son mexicanos por nacimiento:

[...] los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos; de padre mexicano o

de madre mexicana". (El subrayado es nuestro)²⁷

Por su parte, en la reforma de 31 de diciembre de 1974²⁸ se confirma ese deseo de la igualdad de géneros que en esa época ha renacido por todo el mundo y se establece en su exposición de motivos que:

Precisamente esta iniciativa enriquece la ideología libertaria y de solidaridad social de nuestra Constitución, ordenando la igualdad jurídica entre los sexos y enmarcándola entre los derechos a la educación y al trabajo; consagra la plena, indiscutible e impostergerable igualdad de los varones y mujeres ante la ley, hace explícita una decisión de humanismo y solidaridad y recoge una demanda precisa e inequívoca de las mujeres. La elevación a norma constitucional de la iniciativa presentada, servirá de pauta para modificar leyes secundarias, federales y locales, que incluyen para las mujeres modos sutiles de discriminación, congruentes con las condiciones de desigualdad que éstas sufren en la vida familiar y colectiva. Por lo que se extiende la transmisión de la nacionalidad mexicana entre los dos miembros del matrimonio.²⁹

Y así quedó establecido en el mismo art. 30, inciso B, fracción II, que:

²⁷ Segunda reforma del art. 30, 26 de diciembre de 1969.

²⁸ Tercera reforma del art. 30, 31 de diciembre de 1974.

²⁹ ÍNDICE DEL PROCESO LEGISLATIVO CORRESPONDIENTE A LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN. EL 31 DE DICIEMBRE DE 1974.

Son mexicanos por naturalización [...] la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con mujer o varón mexicanos y tengan o establezcan su domicilio dentro del territorio nacional.³⁰

En esta reforma se determina que el varón o la mujer extranjera - antes solo ésta - puedan optar por la nacionalidad mexicana, por el hecho del matrimonio que le permite al cónyuge extranjero iniciar en condiciones privilegiadas en favor de la unión familiar, un procedimiento tendiente a adquirir dicha nacionalidad mexicana y así poderse conservar dentro de la familia.

La Reforma de 1998 agrega otros elementos al concepto de la nacionalidad mexicana; y la moderniza, en algunos aspectos sale del esquema original de la adquisición de la nacionalidad establecido en 1824,

La Reforma, establece nuevos aspectos, tales como, la nacionalidad mexicana no se pierde, - en todo caso se puede renunciar a ella - cuando se tenga otra u otras nacionalidades; también la nacionalidad mexicana se refiere a hijos nacidos en el extranjero que sean hijos de padres mexicanos, nacidos en territorio nacional, con lo cual, la nacionalidad mexicana se extiende limitadamente para millones de mexicanos que viven en el exterior y, finalmente, uno de los cambios fundamentales, es la posible adquisición de una doble nacionalidad. Con esta Reforma se dio un movimiento aunque limitado hacia la modernidad de la materia³¹.

III. La Nacionalidad como vínculo social e internacional

En estos términos y, en sus principales rasgos, hemos visto cómo se originó la nacionalidad en México y cómo evolucionó, pero también se le debe analizar en otro ángulo que es el de su proyección internacional, que es una perspectiva más amplia; es decir con el vínculo de enlace de la persona con su país de origen, cuando se encuentra en país extranjero. Existen diversas formas de visualizar este vínculo, pero esta óptica debe darse en función del estatuto que la persona adquiere con su nacionalidad y así se habla del Estatuto de la Nacionalidad que es precisamente a partir del cual el sistema internacional de reconocimiento jurídico de la persona, procede. También internacionales son los deberes estatales de reconocimiento de la nacionalidad de las personas que son nacionales de otros países. También internacional, es el deber de los estados de reconocer los Derechos Humanos de los extranjeros y dentro de estos se encuentra la nacionalidad.

La nacionalidad es también el vínculo social y en algunas ocasiones, se transforma en un enlace político que permite a los mexicanos en el extranjero votar en los lugares fuera de México donde se encuentran.

Alan Knight, profesor de la Universidad de Oxford y gran mexicanista, nos dice:

Sea lo que sea que hace que los mexicanos tengan una "identidad nacional" característica, no se trata de un mecanismo heredado,

³⁰ Idem.

³¹ El proyecto para reformar a la nacionalidad fue redactado por la Dra. Laura Trigueros y quien esto escribe, y tuvimos diversas jornadas en el seno de la Consultoría Jurídica de la SER.

biológico; es una especie de proceso sociocultural, comparable a otros procesos de “formación de identidad”, que moldean a las “identidades” genéricas, regionales, étnicas, ideológicas y religiosas. La identidad “nacional” no es más que una entre numerosas identidades, y con frecuencia está en competencia con ellas.³²

La nacionalidad mexicana no deja de ser un parámetro a través del cual se mide la integración racial y social y sobre todo, el desnivel de clases que aún subsiste en México; sin embargo, tal parece que la sociedad mexicana conoce y siente su nacionalidad, frecuentemente representada en eventos deportivos y otros momentos más solemnes como lo son las ceremonias de exaltación de sus símbolos patrios.

Hoy en día, tenemos como resultado de la Nacionalidad Mexicana diferentes extensiones y modalidades aparte del concepto tradicional que hemos visto y entre otras tenemos las siguientes:

En primer lugar, el concepto de la nacionalidad a nivel internacional con la decisión de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso *Nottebohm*³³ en donde quedó establecido el concepto de la nacionalidad a nivel internacional, en los siguientes términos:

La nacionalidad efectiva debe ser definida como el nexo jurídico que tiene como base un hecho social de relación, una solidaridad efectiva de existencias, de intereses, de sentimientos unidos a una reciprocidad de derechos y de deberes.³⁴

Con este pronunciamiento la CIJ dejó en claro que debe enfocarse el concepto de la nacionalidad de una forma práctica y vinculada efectivamente con la sociedad y el Estado que la otorga.

La nacionalidad de las personas morales, está enumerada en el Art. 25 del CCF que establece que serán personas morales y en la Fracción VII, se define a las personas morales extranjeras, por el hecho de haberse constituido conforme a las leyes mexicanas; sin embargo, la Ley de Nacionalidad en su Art.9 establece además del lugar de constitución en México, que en este país tenga su sede social.

Por su parte la nacionalidad de las personas morales extranjeras está definida en el Art 8 de la Ley de Nacionalidad, en el cual se establece que se requiere que la persona social sea constituida en México y en este mismo lugar tenga el domicilio social.³⁵

³² Aguilar Camín, op. cit.

³³ Sentencia de 18 de noviembre de 1953.

³⁴ Pereznieto Castro, Leonel, *Introducción al estudio del Derecho. Parte general*, México, Oxford, 2001, pp. 26-28.

³⁵ Sobre este tema se puede consultar: Pereznieto, L., “La Nacionalidad de las personas morales, El Foro, Revista de la Barra mexicana de Abogados, Quinta época, núm. 27, 1972, pp. 55 y sig

También tenemos la nacionalidad en aeronaves y embarcaciones, de acuerdo con la Ley de Aviación Civil Art: 45 y la Ley de Navegación y Comercio Marítimos Art.10 así como los procedimientos para obtener el pabellón mexicano como divisa y registro de su control.

IV.La nacionalidad en los pueblos indígenas

Podemos discutir el concepto de la Nacionalidad de los pueblos indígenas al menos desde dos perspectivas: una que considere a la nacionalidad en su sentido amplio y una segunda, tratar a la nacionalidad en los términos normativos que la hemos definido anteriormente.

Desde el punto de vista social, a la nacionalidad la podemos entender en el México pluricultural que es una parte fundamental de la sociedad contemporánea. y que debe ser considerada siempre como acertadamente nos dice un autor:

“Hay que partir de la premisa de que la nacionalidad y la etnicidad, como atributos de cuerpos sociales históricos, son derechos humanos, y no puede pugnarse por la reivindicación de la etnicidad como manifestación humana negando este mismo derecho a la nacionalidad”.³⁶

De esta manera los grupos indígenas que se encuentran en territorio nacional son en primer lugar etnias fundantes de la Nación mexicana, se les puede incluir dentro de los elementos de raza, idioma, cultura y el territorio que es en donde el grupo se encuentra. Con estos elementos y desde la perspectiva abierta podríamos decir que en principio a esas etnias que se les puede podría atribuir una nacionalidad y cual sería esta. En primer lugar las etnias que tienen más de doce mil hablantes, son 33 grupos indígenas, entre los que destaca el náhuatl que tiene al menos 2.5 millones de personas que lo hablan. El Estado mexicano les otorga a todos la nacionalidad, sin embargo, podemos ver que el propio Estado plantea espacios especiales para todas estas etnias, veamos ahora en qué marco normativo existen normas jurídicas regulatorias y relevantes que son las que se contemplan en la vinculación del Estado con los grupos indígenas.

En primer lugar tenemos a la Constitución que en su Art.2º prevé una amplia reglamentación de esta relación. De entrada dicha disposición establece que la Nación Mexicana es única e indivisible; sin embargo, es pluricultural y para ese efecto, en la primera parte de esta disposición se definen las características de los pueblos indígenas con objeto de ser reconocidos e integrados a la Nación Mexicana, así tenemos que:

La Nación tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas que son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas.

³⁶ Arizpe, L., Antropología y Nacionalismo. Nexos 1 de septiembre 1987.

La conciencia de su identidad indígena deberá ser criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican las disposiciones sobre pueblos indígenas.

Son comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas, las que deberán tomar en cuenta, además de los principios generales establecidos en los párrafos anteriores de este artículo, criterios etno-lingüísticos y de asentamiento físico.

Una vez definidos los criterios valorativos que se deben tomar en cuenta para definir los grupos indígenas reconocibles por esta Constitución, la misma otorga los derechos para esos grupos indígenas:

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para:

Decidir sus formas internas de convivencia y organización social, económica, política y cultural.

Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Elegir de acuerdo con sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades o representantes para el ejercicio de sus formas propias de gobierno interno, garantizando que las mujeres y los hombres indígenas disfrutarán y ejercerán su derecho de votar y ser votados en condiciones de igualdad; así como a acceder y desempeñar los cargos públicos y de elección popular para los que hayan sido electos o designados, en un marco que respete el pacto federal, la soberanía de los Estados y la autonomía de la Ciudad de México. En ningún caso las prácticas comunitarias podrán limitar los derechos político- electorales de los y las ciudadanas en la elección de sus autoridades municipales. (Fracción reformada DOF 22-05-2015, 29-01-2016)

Preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad.

Conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución.

Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

Elegir, en los municipios con población indígena, representantes ante los ayuntamientos, observando el principio de paridad de género conforme a las normas aplicables.

Párrafo reformado DOF 06-06-2019 Las constituciones y leyes de las entidades federativas reconocerán y regularán estos derechos en los municipios, con el propósito de fortalecer la participación y representación política de conformidad con sus tradiciones y normas internas.

Acceder plenamente a la jurisdicción del Estado. Para garantizar ese derecho, en todos los juicios y procedimientos en que sean parte, individual o colectivamente, se deberán tomar en cuenta sus costumbres y especificidades culturales respetando los preceptos de esta Constitución. Los indígenas tienen en todo tiempo el derecho a ser asistidos por intérpretes y defensores que tengan conocimiento de su lengua y cultura.

Las constituciones y leyes de las entidades federativas establecerán las características de libre determinación y autonomía que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de los pueblos indígenas en cada entidad, así como las normas para el reconocimiento de las comunidades indígenas como entidades de interés público.

Con el fin de que los principios expresados anteriormente no se queden en “Letra Muerta”, el apartado B de la disposición que nos ocupa, establece las normas a seguir para este fin:

La Federación, las entidades federativas y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria, establecerán las instituciones y determinarán las políticas necesarias para garantizar la vigencia de los derechos de los indígenas y el desarrollo integral de sus pueblos y comunidades, las cuales deberán ser diseñadas y operadas conjuntamente con ellos.

(Párrafo reformado DOF 29-01-2016)

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de:

Impulsar el desarrollo regional de las zonas indígenas con el propósito de fortalecer las economías locales y mejorar las condiciones de vida de sus pueblos, mediante acciones coordinadas entre los tres órdenes de gobierno, con la participación de las comunidades. Las autoridades municipales determinarán equitativamente las asignaciones

presupuestales que las comunidades administrarán directamente para fines específicos.

Garantizar e incrementar los niveles de escolaridad, favoreciendo la educación bilingüe e intercultural, la alfabetización, la conclusión de la educación básica, la capacitación productiva y la educación media superior y superior. Establecer un sistema de becas para los estudiantes indígenas en todos los niveles. Definir y desarrollar programas educativos de contenido regional que reconozcan la herencia cultural de sus pueblos, de acuerdo con las leyes de la materia y en consulta con las comunidades indígenas. Impulsar el respeto y conocimiento de las diversas culturas existentes en la nación.

Asegurar el acceso efectivo a los servicios de salud mediante la ampliación de la cobertura del sistema nacional, aprovechando debidamente la medicina tradicional, así como apoyar la nutrición de los indígenas mediante programas de alimentación, en especial para la población infantil.

Mejorar las condiciones de las comunidades indígenas y de sus espacios para la convivencia y recreación, mediante acciones que faciliten el acceso al financiamiento público y privado para la construcción y mejoramiento de vivienda, así como ampliar la cobertura de los servicios sociales básicos.

Propiciar la incorporación de las mujeres indígenas al desarrollo, mediante el apoyo a los proyectos productivos, la protección de su salud, el otorgamiento de estímulos para favorecer su educación y su participación en la toma de decisiones relacionadas con la vida comunitaria.

Extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación. Establecer condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación, en los términos que las leyes de la materia determinen.

Apoyar las actividades productivas y el desarrollo sustentable de las comunidades indígenas mediante acciones que permitan alcanzar la suficiencia de sus ingresos económicos, la aplicación de estímulos para las inversiones públicas y privadas que propicien la creación de empleos, la incorporación de tecnologías para incrementar su propia capacidad productiva, así como para asegurar el acceso equitativo a los sistemas de abasto y comercialización.

Establecer políticas sociales para proteger a los migrantes de los pueblos indígenas, tanto en el territorio nacional como en el extranjero, mediante acciones para garantizar los derechos laborales de los jornaleros agrícolas; mejorar las condiciones de salud de las mujeres; apoyar con programas especiales de educación y nutrición a niños y jóvenes de familias migrantes; velar por el respeto de sus derechos humanos y promover la difusión de sus culturas.

Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los planes de las entidades federativas, de los Municipios y, cuando proceda, de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.

(Fracción reformada DOF 29-01-2016)

Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones señaladas en este apartado, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

Sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley.

A pesar de los amplios derechos reconocidos por el sistema jurídico mexicano, la identidad nacional de los pueblos indígenas es un tema pendiente.

Ciertamente, y conforme a lo expuesto en apartados anteriores, México ha experimentado un largo proceso de construcción identitaria, ampliando este reconocimiento a los hijos de mexicanos en el exterior, e incluso facilitando los mecanismos jurídicos para la naturalización con el objeto que personas extranjeras, devengan mexicanos. En cambio, no ha sido fácil mantener los vínculos identitarios en un mundo cada vez más globalizado, atravesado por las inquietudes mismas de crecimiento económico y búsqueda de mejores oportunidades de vida.

Sin embargo, la nacionalidad mexicana como vínculo social, atraviesa las tensiones de ese mundo cada vez más diverso. A diferencia de otras realidades sociales como es el caso de Bolivia, México reconoce a sus grupos indígenas como culturalmente diversos con derecho a la auto determinación, lo cual los excluye de ser una nación por si misma. Bolivia, por otro lado, reconoce en su artículo 3º constitucional la existencia de una pléyade de naciones originarias y campesinas que, a su vez, construyen a la nación boliviana.³⁷

El reconocimiento a la nacionalidad de estos pueblos en Bolivia, a diferencia del pluriculturalismo conceptual del sistema jurídico mexicano, pone a las comunidades indígenas como verdaderos protagonistas de su destino político.

El pluriculturalismo, tal como lo entiende Will Kymlicka, es la convivencia pacífica entre grupos culturalmente diferenciados, mismos que o bien han entrelazado sus historias sociales hasta formar una sola realidad política – el Estado –, o bien una de ellas ha quedado atrapada dentro de la construcción estatal de

³⁷ Bolivia, Constitución Política del Estado. 2001.

la otra.³⁸ Este último caso es el que representa el común denominador en casi toda América Latina, pues los pueblos originarios, con una identidad cultural propia, fueron incorporados – queriendo o no – a la realidad política de las masas criollas que heredaron el control de los viejos territorios coloniales tras las luchas de independencia.

La experiencia de Kymlicka no es ajena a la realidad de su propio país: Canadá. Nickerson, también canadiense, explica cómo este reconocimiento de las llamadas First Nations (primeras naciones) ha construido todo un cuerpo normativo distinto al orden Federal o Estatal.³⁹ No estamos hablando de auto determinación a través de la costumbre local, sino de instituciones jurídicas y sistemas de normas propias para las comunidades indígenas.

En este sentido, y ampliando la propuesta teórica de Kymlicka, el Estado en el contexto actual de la globalización, debe asumir el reto del reconocimiento nacional de los pueblos que ocuparon su territorio mucho antes de haberse creado. Esto implica superar conceptos como el multiculturalismo – la diversidad cultural pero sin convivencia entre grupos – y el pluriculturalismo – que, como el caso de México, reconoce a los grupos que habitan el territorio sin calificarlos como naciones en sí mismas –.

Este reconocimiento, sigue explicando Nickerson, no es solo una nueva forma de conceptualizar la convivencia entre distintos grupos culturalmente diferenciados, sino también un primer paso para el verdadero reconocimiento de los derechos indígenas conforme a la Resolución 61/295 de los Derechos de los Pueblos Indígenas, realizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de junio de 2006.⁴⁰

La resolución antes citada destaca en su artículo 6º y 9º la importancia de nombrar la identidad indígena como una nacionalidad en sí misma, decisión que además debe desembocar en un ejercicio libre de discriminación por parte de cualquier otro grupo culturalmente diverso.

Artículo 6

Toda persona indígena tiene derecho a una nacionalidad.

Artículo 9

Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena, de conformidad con las tradiciones y costumbres de la comunidad o nación de que se trate. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.⁴¹

³⁸ Pérez, Federico. Will Kymlicka: la defensa del nacionalismo minoritario. Revista Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía. Año 2007. Número 4. Pp. 61 – 76.

³⁹ Nickerson, Marcia. Characteristics of a Nation-to-Nation Relationship. Institute on Governance. Febrero. 2017.

⁴⁰ [ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. 2006.](#)

⁴¹ Ídem.

Regresando a México, la discusión por los derechos indígenas – así como el reconocimiento de su identidad nacional – pareciera haber terminado con las reformas al Artículo 2º durante el gobierno de Vicente Fox. El tema ha sido ampliamente discutido por organizaciones académicas encargadas de la defensa de los derechos indígenas, mismas que han hecho un estudio comparado de la situación de estas comunidades a lo largo de América Latina.

Evidencias y Lecciones de América Latina (ELLA, por sus siglas en inglés), por ejemplo, dan cuenta de cómo los gobiernos nacionales de la región no han puesto especial interés en la promoción de los derechos de las comunidades indígenas, independientemente de su situación jurídica, o de los convenios internacionales ratificados en la materia. Salvo el caso de Bolivia, el resto de los países de América Latina asumen una postura multicultural a propósito de la cuestión indígena; es decir, las comunidades originarias tienen derecho a adquirir la nacionalidad del Estado en el cual se encuentran, pero no son capaces – jurídicamente hablando – de reconocer su pertenencia a nación distinta (aymaras, tzotziles, mapuches, palenqueros, entre otros).⁴²

Las razones que mueven tanto a las organizaciones indígenas como a la comunidad académica para la defensa de los derechos de los primeros son varias, pero se insertan mayormente en la deuda histórica que el Estado-nación tiene para con los grupos que fueron despojados de sus tierras en aras de construir el proyecto nacional latinoamericano que conocemos hoy día.⁴³ Casos como la Guerra de los Supremos en Colombia, la Conquista del Desierto en Argentina, y el despojo de tierras Yaqui durante el Porfiriato, dan cuenta de la exitosa labor de los gobiernos de la época por construir un Estado nacional a costa del despojo de las tierras indígenas, o del uso mismo de las comunidades para fortalecer sus posiciones políticas.

Frente a esta postura cabría pensar en un desafío de las comunidades indígenas a la potestad del Estado. No obstante, y a diferencia de cualquier otro grupo organizado que abiertamente cuestiona el poder estatal, los grupos indígenas reclaman una cuestión histórica, misma que ahora se encuentra atravesada por una serie de instrumentos internacionales que permiten pensar la convivencia de dos o más naciones en un mismo territorio.⁴⁴

Como afirma Serrano Sánchez en una crítica a la propuesta identitaria de Kymlicka, el reconocimiento de las naciones indígenas en distintos puntos de América Latina implica no un conflicto con el Estado sino con las competencias jurídicas sobre el territorio, así como la evolución de instituciones jurídicas que el Estado nacional no desea para con aquellas naciones reconocidas como minoritarias.⁴⁵

⁴² ELLA, Promoting Indigenous and Ethnic Minority Rights in Latin America. Evidence and Lessons from Latin America. ELLA Area: Governance 2015.

⁴³ Trejo, Zulema. Indigenous People and Nation-State Building. 1840 – 1870. Revista Frontera Norte. Vol. 26. Número 51. Enero – Junio. 2014. Pp. 5 – 24.

⁴⁴ Human Rights Council. Observations on the State of Indigenous Human Rights in México. Marzo 2018.

⁴⁵ Serrano, Jesús. Límites del multiculturalismo de Kymlicka para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. En-clav. pen [online]. 2008, vol.2, n.3 [citado 2020-05-31], pp.27-45.

Por tanto, aunque deseable, la cuestión de reconocimiento nacional a los pueblos indígenas de América Latina seguirá siendo una cuestión pendiente en tanto no existan mecanismos que gestionen el conflicto – posible, pero no deseable – entre grupos culturalmente diferenciados.

La salida formal, jurídicamente reconocida, de algunos Estados - como es el caso de Bolivia – ha requerido de una hábil negociación política por parte de las fuerzas involucradas. Esta situación, no obstante, parece lejana para un país como México que ha optado por el reconocimiento de la diversidad cultural, una vía que posibilita al Estado asumir compromisos con los grupos indígenas en tanto estos no decidan desafiar la unidad de la nación mexicana.

Es deseable y urgente contar con instrumentos jurídicos que amplíen las garantías sociales de estos grupos, pues México ha decidido formar parte de una serie de instrumentos internacionales que lo impulsan a brindar mayor atención a las comunidades indígenas del territorio nacional. Sin embargo, y a pesar de los muy amplios avances en la materia, la nacionalidad mexicana seguirá siendo única e indivisible sin posibilidad de reconocimiento a otras identidades nacionales que conviven en su territorio: la raza, el idioma, la voluntad de permanecer juntos, pueden ser identificados como elementos externos, a los cuales agregaría un elemento más: el territorio, que es lugar en donde el grupo se encuentra.

V. Conclusiones

La nacionalidad mexicana, es hoy en día un signo inequívoco de pertenencia a la sociedad mexicana. La historia ha sido larga y accidentada pero la conciencia nacional se formó, entre otros elementos, a partir las diversas invasiones que sufrió México por parte de potencias extranjeras y, en especial, por la conducta errática, intimidatoria y rapaz que han mantenido los Estados Unidos en sus relaciones con México a lo largo de la historia. Ha sido relevante en este sentido el nivel de nacionalismo que se tiene, no obstante, la nacionalidad mexicana ha evolucionado y al mismo tiempo ha incorporado el esfuerzo que se fue poniendo en cada paso.

Es relevante que los esfuerzos que los grupos indígenas, las mujeres y las minorías, han propiciado la adecuación del marco normativo mexicano a los Derechos Humanos fundamentales, en los cuales se reconoce su nacionalidad, por el hecho de reunir los elementos básicos para su reconocimiento, el idioma, cultura y territorio, a esta altura del desarrollo de la nacionalidad y de la amplitud que ha tenido el concepto jurídico de la nacionalidad. Un elemento que no está regulado por la ley y que sin embargo, es una característica de los mexicanos, al menos así lo ha constatado la ONU, es la felicidad.⁴⁶

⁴⁶ [ONU, World Happiness Report, 2019.](#)

VI. Bibliografía

Aguilar Camín, Héctor en “Notas sobre nacionalismo e identidad”, Nexos, 1 de julio de 1993.

Alfaro, Alfonso y otros (coords.), Francisco Xavier Clavijero, un humanista entre dos mundos. Entorno, pensamiento y presencia, Ed. Porrúa, 2014.

Brading, David, Los orígenes del nacionalismo mexicano, México, Ediciones Era 1980.

ELLA, Promoting Indigenous and Ethnic Minority Rights in Latin America. Evidence and Lessons from Latin America. ELLA Area: Governance 2015.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Guerrero Galván y Luis René, Reseña histórica, en: Derechos del pueblo mexicano a través de sus constituciones, Ed. UNAM, SCJN, CNDHyotros. Pág. 697,

http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LXI/derec_pue4.pdf

Gallimard, Obras completas (1858-1895), París, 1998. vol. 2, p. 578

Hastings, A. La construcción de las nacionalidades. Ed Cambridge University Press. 2000, Traducción Cristina Piña, p. 11

Human Rights Council. Observations on the State of Indigenous Human Rights in México. Marzo 2018.

Jáuregui de Cervantes, Aurora, Los Jesuitas precursores ideológicos de la nacionalidad mexicana, Ed. La Rana, 2004, p. 11

Linton, Ralph, Estudio del Hombre, Ed. FCE, 2006.

Nickerson, Marcia. Characteristics of a Nation-to-Nation Relationship. Institute on Governance. Febrero. 2017.

ONU, Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas. 2006.

ONU, WorldHappinessReport, 2019.

Pereznieto Castro, Leonel, Introducción al estudio del Derecho. Parte general, México, Oxford, 2001, p. 26-28.

, “La Nacionalidad de las personas morales”, en El Foro, Revista de la Barra mexicana de Abogados, Quinta época N° 27, 1972, pp. 55 y sig.

Pérez, Federico. Will Kymlicka: la defensa del nacionalismo minoritario. Revista Astrolabio. Revista Internacional de Filosofía. Año 2007. Número 4. Pp. 61 – 76.

Serrano, Jesús. Límites del multiculturalismo de Kymlicka para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas. En-clav. pen [online]. 2008, vol. 2, n. 3 [citado 2020-05-31], pp. 27-45.

DEMOCRACIES AND MAJOR ECONOMIES ARE BECOMING AUTHORITARIAN; MULTILATERALISM AND THE RULE OF LAW IS THREATENED: AND THE CASE OF PRESIDENT DONALD TRUMP (2017 – 2020)

James Frank Smith*

SUMARIO: 1. The World's Democracies are increasingly becoming authoritarian. 2. How Democracies Die. 3. Unite the Right Rally, Charlottesville, Virginia (August 11, 2017). 4. The Trump administration and International Law. 5. The North American Free Trade Agreement (NAFTA) negotiations. 6. Trump threatens México with increasing tariffs if it does not block Central American refugees from crossing into the United States 7. President Trump's tariff war againsts China of 2018. 8. The Grand Bargain: Phase One and Two. 9. World Trade Organization. 10. The World Trade Organization (WTO) dispute settlement mechanism. 11. International Law in the Age of Rising Authoritarian regimes replacing democratic ones. 12. For an international lawyer that favors a Kantian or multilateral approach, what is to be done in the Age of Trump?.

Resumen: Este artículo trata sobre temas actuales de gran relevancia y reflexión acerca de cómo las democracias del mundo se están volviendo cada vez más autoritarias, así como de acontecimientos importantes que sucedieron en la administración de Trump y que impactaron al derecho internacional, la forma en que maneja su política exterior y las decisiones que tomó respecto diversos tratados internacionales, incluyendo su posición en USMCA, y su amenaza con aumentar los aranceles si México no impedía que los refugiados centroamericanos cruzaran a Estados Unidos, también habla sobre la guerra arancelaria contra China de 2018, la organización Mundial de Comercio y otros temas de análisis.

Abstract: This article deals with current issues of great relevance and reflection about how the world's democracies are becoming increasingly authoritarian, as well as important events that happened in the Trump administration and that impacted international law, the way in which he manage his foreign policy and the decisions he made regarding several international treaties, including his position in the USMCA, and his threat to increase tariffs if México did not prevent Central American refugees from crossing into the United States, he also talks about the 2018 tariff war against China, the World Trade Organization and other topics of analysis.

1.The World's Democracies are increasingly becoming authoritarian.

In March 2020, the V-Dem Institute reported that.

“autocracies are in the majority: 92 countries – home to 54% of the global population” and that almost 35% of the world’s population live in autocratizing nations – 2.6 billion people. • The EU has its first non-democracy as a member: Hungary is now classified as an electoral authoritarian regime. • Autocratization is affecting Brazil, India, the United States of America, and Turkey, which are major economies with sizeable populations, exercising substantial global military, economic, and political influence. •¹

More significantly, unlike the latter half of the twentieth century, the share of economic output from authoritarian states has experienced rapid growth. According to Freedom House the countries rated “not free” represent 33% of global income. Yascha Mounk and Roberto Stefan Foa, have written “the share of global income held by countries considered ‘not free’ – such as China, Russia and Saudi Arabia – will pass the share held by Western liberal democracies.”² A certain level of prosperity is necessary to sustain a democracy. As authoritarian regimes control a greater share of the world’s wealth, they will inevitably become more dominant culturally, politically, and economically.

The consequence of this authoritarian future does not bode well for multilateral institutions and the rule of law. This article addresses those issues after first describing the pattern of authoritarian attacks on democratic and multilateral institutions and what that tells us about the future of multilateralism and the rule of law. The case of former United States President Donald Trump is examined as he was the elected leader of the world’s oldest democracy and largest economy. His administration has taken an authoritarian path. The voters have rejected him for now and his term of office will be limited to 4 years (2017-2020), but his influence remains.

Trump’s deft use of race, violence, and propaganda from a popular cable news television program (Fox News) and his use of social media has firmly established the “big lie” that he won an election that he in fact lost by 7 million popular votes and in the 270-vote threshold for winning the Electoral College, Trump won only 232 votes while the winner received 304 votes. Trump has created a patently false belief that has taken root in significant segments of the population that increasingly live in their own parallel conspiracies. Yet his popularity within the Republican party remains extraordinarily strong and he may well run for President again in 2024. Moreover, the Republican Party which now controls the Supreme Court may well sweep

* James Frank Smith Professor Emeritus, School of Law University of California, Davis Director Immigration Law Clinic, 1982 – 2007 Panelist for NAFTA Chapter 19, Dispute Settlement January 28, 2021.

¹V-Dem, “Autocratization Surges – Resistance Grows,” *Democracy Report 2020*

² Yascha Mounk, Harvard University Lecturer on Government and Roberto Stefan Foa, Lecture in Political Science, University of Melbourne, “The End of the Democratic Ascendancy,” May/June 2018, p. 29, 30.

both houses of Congress in the November 2022 mid-term elections. Authoritarian Trumpism remains strong with or without Trump. For these reasons, this article will describe in more detail its authoritarian character and its implications for multilateralism and the rule of law.

A - How Democracies Die

On January 9, 2021, the prestigious British weekly, *The Economist*, a pro-free market economy and pro-democracy journal observed that the most important book of the Trump era, "... arguably was the wonkish tome by two Harvard political scientists, Steven Levitsky and Daniel Ziblatt, published a year into Donald Trump's presidency and entitled *How Democracies Die*." The book and this article present a "cautionary tale" of a pattern seen in authoritarian groups assuming power in former democracies. The book's authors pose Four Key Indicators of Authoritarian Behavior:

1. Rejection of (or weak commitment to) democratic rules of the game.
2. Denial of the legitimacy of political opponents.
3. Toleration or encouragement of violence.
4. Readiness to curtail civil liberties of opponents, including media.

The Trump years have manifested the first three without question, enabling President Trump's constant messaging that the opposing political party (Democrat) and population of the large cities (code word for Afro-Americans and immigrants of color) will steal the election from him and when they do, he will refuse to leave the presidency. He began this line of argument in 2016 and it has never ceased.

On January 6, 2021, a large group of thousands of Trump supporters violently assaulted the United States Capitol in Washington D.C. believing that Trump actually won the election, and it was their patriotic duty to "stop the steal" and punish the "traitors". The lethal assault took place in the early afternoon while both houses of Congress were meeting to certify the Electoral College vote in favor of the election of Joe Biden as President. Five persons died because of the assault. Trump himself had incited his followers, from all around the nation, to come to Washington D.C. to disrupt the constitutionally mandated ministerial process to accept, state by state, the final tabulation of each of the 50 states' Electoral College votes.

Trump, Fox News aka Trump TV and the social media had been repeating incessantly for weeks the "big lie" that Trump won the Presidential election by a "landslide".³ His lawyers lost 60 cases having no facts or law to support their wild allegations. As Hitler's minister of propaganda, Joseph Goebbels, said, "If you tell a lie big enough and keep repeating it, people will eventually come to believe it." Several weeks post-

³ Jonathan Freedland, Trump may be gone, but his big lie will linger. Here's how to fight it. *The Guardian*, January 15, 2021. [The truth hurts but lies kill. The past 12 months have demonstrated that with a terrifying clarity. Lies about COVID-19, insisting it was a hoax cooked up by the deep state, led millions of people to drop their guard and get infected. And one big lie about the US election – claiming that Donald Trump had won, when he'd lost – led to the storming of the US Capitol and an eruption of violence that left five dead. "The lie outlasts the liar", wrote the eminent historian of Nazism Timothy Snyder.

election, Trump continued to repeat the “big lie” that Trump actually won.⁴ More than 70 percent of Republican voters believe — falsely — that there was some kind of widespread fraud in the election.⁵ Mike Flynn, his former National Security adviser, proposed martial law to redo the election. The country’s top military officials, past and present firmly rejected this unconstitutional suggestion. The next stage was to attempt to intimidate state election officials to demand that the state legislatures appoint a Trump slate of electors. This bullying was no more successful than the fruitless litigation.⁶

The next Trump gambit was to use violence to disrupt the January 6, 2021 Congressional certification of the Electoral College vote. Following the President’s incitement, the Trump crowd rapidly advanced onto the Capitol. The wholly inadequate police perimeter barriers did not detain them, and they forcibly entered the capital through windows they broke and other forced entry of the locked building. Blood was shed. The legislators were not harmed because the Capitol police were able to hide them. Some were forced to remain under tables or desks for 2 and a half hours. It was literally a lynch mob. Hundreds, if not thousands, began yelling in unison to turn over Vice President Mike Pence who the President had called a traitor for not overturning the election. They wanted to hang the Vice President. They had hung up a noose right outside the Capitol. Three hours later the badly outnumbered Capitol and city police were finally assisted by additional law enforcement.

On January 13, 2021, the House of Representatives voted 232 to 197 to impeach Trump for inciting the assault. The required majority vote was 218. Ten Republicans voted for impeachment making it the only bipartisan impeachment in history. The impeachment accusation will be tried in the Senate following the inauguration of President Joe Biden on January 20, 2021. In the mean-time Trump’s paramilitary white supremacist groups and their right-wing militia continue to threaten violence.

If the authors of *How Democracies Die* write another edition, the United States will surely be added to their case histories of Venezuela, Benito Mussolini’s Italy, Nazi Germany, Getulio Vargas in Brazil, Alberto Fujimori in Peru, Hugo Chavez in Venezuela, Hungary’s Viktor Orban, Law and Justice Party of Poland, and Castro of Cuba. Optimistically, it will explain how the resistance prevailed and the Republican party slowly rejected its conspiratorial fringe. It is far too early to predict, perhaps the big lie will prevail. Each of these countries began their transition from a democracy to an autocracy by scapegoating a racial, ethnic, or

⁴ Joanne Maypole, Opinion: Amid the “big lies” over the presidential election, we need to keep reading. *Opinion Colorado*, Dec. 24, 2020. [Trump has filed dozens of frivolous lawsuits, sans evidence, to overturn the results of a free and fair election. Virtually all of the lawsuits have been thrown out of court because there isn’t any evidence of fraud. On Dec. 14, the Electoral College voted for Biden over Trump, 306 – 232; Then-Attorney General William Barr told the Associated Press on Dec. 1, following a review by U.S. attorneys and FBI agents, that “we have not the found fraud on a scale that could have effected a different outcome in the election.”]

⁵ Eugene Robinson, The Republicans are out of time to repudiate Trump’s election lies. *The Washington Post*, January 14, 2021; Dan McLaughlin, of the conservative *National Review* found that contrary to the racist suggestion that Biden *only* over performed Hillary Clinton’s 2016 vote in four metropolitan significantly Black population areas critical to Biden’s victory in Georgia (Atlanta), Michigan (Detroit), Wisconsin (Milwaukee), and Pennsylvania (Philadelphia). McLaughlin found that Biden overperformed Hillary in 31 of 36 urban counties and actually did worse in Philadelphia. Dan McLaughlin, No, Joe Biden Did Not Only Improve in Four Major Swing State Cities, *The National Review*, November 16, 2020.

⁶ Michael D. Shear and Stephanie Saul, Trump in Taped Phone Call, Pressured Georgia Official to ‘Find’ Votes to Overturn Election. *The New York Times*, January 3, 2021; Jeff Amy, Darlene Superville and Jonathan Lemire, Georgia Election Officials Reject Trump Call to ‘Find’ Votes. nbcphiladelphia.com/news/politics, January 4, 2021.

other identifiable group. The historical curse of the United States derives directly from two centuries of lawfully protected slavery that was specifically protected in the 1787 Constitution. A civil war followed (1860-1864) that took 650,000 lives and resulted in the abolition of the legally ordained slavery. While the Confederacy lost the war militarily, they and their fellow white supremacists have so far dominated the cultural wars. Legal enforced apartheid was not to end until the civil rights era of the mid-1960s. At that time President Richard Nixon led the Republican Party (1968 – 1974) , the party of Lincoln, to become an anti-integration and largely white supremacist party that had perfected its policy of repressing the Black and now Latino vote.

President Trump has played the race card throughout his life. When five minority youth, who were minors at the time, were unlawfully convicted of a rape that they did not commit, which was subsequently proved by DNA tests and the coercive nature of their confession, Trump took a full-page ad in New York's daily newspaper calling for the death penalty for all five.⁷ Years later, in the 2012 – 2015 period as he prepared to run for president, his plan for the United States was to align himself with the growing white nationalist movements who he correctly envisioned could become his paramilitary forces for violence when the time was right. His key consultant was Steve Bannon with his expertise on the rise of fascism in the 1930's and his knowledge of the current international authoritarian movement. Few predicted Bannon's unorthodox Presidential campaign would be successful. In any case, even if he lost, his television exposure alone would benefit the Trump brand.

Trump's television star power, in the reality show "The Apprentice" and his intuitive sense of the latent and racial tension in the United States and xenophobia against immigrants, became his framework for radicalizing his future "base" of supporters. Thereafter constant fanning by right-wing media and social media postings characterized by fear-based, anger-based messaging provided a winning authoritarian strategy. It was a message of "us against them". By identifying with "white grievance", the notion was promoted that whites, particularly men, are society's victims.

B - Unite the Right Rally, Charlottesville, Virginia (August 11, 2017)

The White Supremacist and anti-immigrant focus of President Trump is not at all surprising when you consider his most important campaign adviser in the 2015-2016 period was Steve Bannon. While Steve Bannon was the white supremacist ideologue for the "alt-right"⁸ Breitbart blog in the 2015-2016 period, he was also a consultant to Trump's presidential campaign. Bannon directed his Breitbart staff to promote radical white supremacist propaganda including the racist novel *The Camp of the Saints*⁹ and the theory of

⁷ Jan Ransom, "Trump Will Not Apologize for Calling for Death Penalty Over Central Park Five," *New York Times*, June 18, 2019.

⁸ Ryan Lizza, "Steve Bannon's Vision for the President Trump Coalition After Election Day," *The New Yorker*, Oct. 16, 2016 Alternative right.

⁹ Jean Guerrero, *Hate Monger*, (2020), pp. 149-150.

the “great replacement”¹⁰. These ideologies advance the narrative that black, despicable hordes – immigrants of color – manipulated by wealthy Jews, are invading, and replacing white Christian civilization.¹¹ These beliefs have inspired many white supremacists to be killers.¹²

The first indication of the national reach and discipline of white supremacist groups, six months after Trump became President, was the “Unite the Right” rally that took place in Charlottesville, Virginia from August 11 to 12, 2017. The rally’s organizers later said their goal was to unify the right and to protest the removal of a Robert E. Lee statue, the most famous general of the Confederacy, located in Lee Park in Charlottesville. Those hundreds attending, from throughout the United States, were self-identified members of the “alt-right”¹³, Ku Klux Klan, neo-Confederates, neo-fascists, white nationalists, neo-Nazis, Klansmen, and various armed militias (“the Second Amendment people”). The rally’s marchers chanted Nazi, white supremacist and antisemitic slogans and carried torches and weapons.¹⁴ The national optic of seeing torch bearing neo-Nazis marching and joining in racist chants was shocking. One of the supremacists, James Alex Fields, Jr., from Ohio, drove his car into a crowd of counter protesters, hitting several. He killed Heather D. Heyer, a 32-year-old paralegal from Charlottesville and injured 19 others. Fields drove off. He was later convicted and sentenced to life plus 419 years.

In the last 25 years the United States has experienced unprecedented economic inequality, leaving rural whites behind and prey to demagoguery against immigrants and persons of color, principally Blacks and Latinos. A continual source of conflict has been police violence against Blacks and Latinos, primarily manifested in countless protests against the police killing of unarmed men and women, wherein the police officers are rarely prosecuted for these murders. On August 9, 2014, a police officer shot and killed teenager Michael Brown, an unarmed Black teenager, in Ferguson, Missouri. In response to the killing in Ferguson, a

¹⁰ The “great replacement”, a phrase coined in 2012 by French author Renaud Camus, whose writing on white genocide echo a century of white supremacist views. Its racist belief held by many of the lone wolf white terrorists that have engaged in mass murder after publishing manifestos on internet sites justifying their murders, such as the El Paso Walmart murder of 24 and wounding of 22 in August 2019. John Eligon, “The El Paso Scream, and the Racist Doctrine Behind It.” *The New York Times*, August 7, 2019.

¹¹ Mr. Camus’ philosophy aligns with a tradition of white supremacist beliefs that date to Madison Grant the most influential racist in United States history. His classic eugenicist work is *The Passing of the Great Race, The Racial Basis of European History* (1916) Another white supremacist classic is *The Turner Diaries*, a novel self-published in 1978 by Andrew Macdonald, the pen name of neo-Nazi William Luther Pierce. Timothy McVeigh, the Oklahoma City Bomber, who killed 168 by placing a bomb in the Federal Court house on Oklahoma City, was inspired by *The Turner Diaries*.

¹² Luke Darby, “How the ‘Great Replacement’ conspiracy theory has inspired white supremacist killers,” *The Telegraph*, August 5, 2019.

¹³ “Alt-right” – Alternative Right was a term coined in 2008 by Richard Bertrand Spencer, who heads a white nationalist think tank, known as the National Policy Institute. The membership includes groups and individuals who believe that their white identity is under attack by multicultural forces using “political correctness” and “social justice” to undermine white people and their civilization. The movement skews young exposing new members to online message boards such as 4chan and 8chan’s/pol/. Southern Poverty Law Center (SPLC)

¹⁴ The slogans included “you will not replace us,” “Jews will not replace us,” and refers to a unifying white supremacist prophecy described in Jean Raspail’s *The Camp of the Saints*, a dystopian novel of the 1970s depicting a “black flood” of dark-skinned immigrants who occupy white people’s homes, kill factory owners and rape white women and girls. Elian Peltier, “Jean Raspail, Whose Immigration Novel Drew the Far Right, Dies at 94.” *The New York Times*, June 22, 2020.

group calling itself Black Lives Matter (BLM) was formed and began to get publicity and support for their protests. Yet thereafter it seemed like there was one tragic shooting after another by a White police officer killing a Black man or women. These incidents were now being made public by the ubiquitous presence of video and cell phone cameras. In the margin below are representative cases of five men¹⁵ and two women¹⁶ whose shooting deaths went unpunished with one exception (Walter Scott).

On May 25, 2020, a teenage girl was able to video record with her cell phone what has been described as a slow-motion execution of a Black man by four Minneapolis policemen. The police pinned George Floyd to the pavement while keeping a knee on his neck for nearly 9 minutes, as he slowly died while calling out that he could not breathe and then finally calling out for his mother in his final moments. The demonstrations against his death were remarkable in many respects. They were multi-generational and multi-racial albeit often organized by the BLM.

On June 1, 2020 there was a major BLM led antiracist demonstration in Washington D.C. that became the Trump administration's opportunity to cast the demonstrators as lawless mobs. Several studies have verified some looting but that is outweighed by the lawless police brutality that often represses peaceful protests which are protected by the constitutional freedom of assembly. Bill Barr, President Trump's attorney general called in several hundred federal law enforcement officers, in uniform and heavily armed with no name tag nor identity of their post, to confront the BLM protesters. Many were border patrolmen and others prison guards who used pepper spray and even a helicopter to disburse the peaceful protest. The incident became known as the Bible-photo-op (opportunity) in that Barr in the company of the nation's senior military officials cleared the demonstrators from Washington D.C.'s Lafayette Square so that the President could be photographed holding up a Bible outside a church that had suffered a minor arson attack the night before.

Most observers have agreed that the force used was disproportionate as it was largely a peaceful demonstration. The white supremacist assault on the capital on January 6, 2021, was far more lethal and involved illegally entering a citadel of governance. The Washington Post compared the police reaction in our nation's Capital.¹⁷

¹⁵ Laquan McDonald, Chicago police officer shot **Laquan McDonald** 16 times — 15 of them after the unarmed Black teenager was already on the ground. The police unknowingly released dashboard-cam video footage that contradicted the narrative contrived by the cops, who had intimidated witnesses and confiscated surveillance video from a nearby Burger King); **Tamir Rice**, in Cleveland, Ohio, on November 22, 2014, Tamir Rice was throwing snowballs and playing with a toy pellet gun in a Cleveland park when a police car rolled into the snowy field and within two seconds of getting out of his squad car, an officer shot and killed the 12-year-old); **Trayvon Martin** (Sanford, Florida: Black teenager shot and killed by a White civilian neighborhood watch person.), **Philando Castille** (Falcon Heights, Minnesota Black driver shot to death within 40 seconds of traffic stop after telling the officer he had a registered firearm while reaching for his registration), Charleston, South Carolina **Walter Scott** (Black driver shot in the back after fleeing a traffic stop on foot; White officer convicted); Stephon Clark (Sacramento police officers shot and killed a Black man in his grandmother's backyard because they believed he was pointing a gun at them, but only a cellphone was found near the man's body)

¹⁶ Young Black Women from Chicago **Sandra Bland** (pulled over in Southeast, Texas changing lanes without signaling, physically subdued by arresting officer later alleged to have committed suicide in jail) and **Breanna Taylor** (Louisville, Kentucky, Black nurse shot to death in her own bed by officers who entered the wrong apartment; her boyfriend had shot and wounded one of the plainclothes unannounced officers).

¹⁷ Rachel Carlson and Samantha Schmidt, Lafayette Square, "Capitol rallies met starkly different policing response," *The Washington Post*, January 14, 2021. The international nature of this January 6, 2021 murderous assault on the nations Capitol was similar but

On Jan. 6, [2021] several hundred supporters of President Trump charged inside the Capitol to overturn an election the president had repeatedly and falsely claimed was stolen. They were mostly White, and they roamed freely through the halls, taking selfies, and stealing souvenirs, smashing doors, and defacing statues, amid sporadic calls to “Hang Mike Pence!” Many shoved and beat officers, one of whom later died.

On June 1, 2020, a crowd of similar size gathered outside the White House to protest after the police killing of George Floyd. They were a diverse group who called for an end to police brutality and racial inequity, and an army of federal agents, assembled after Trump demanded a show of domination, sent them running with chemical agents and rubber bullets. . . . [The police also used a huge Red Cross helicopter to intimidate the protestors by its deafening noise and updraft.]

These two demonstrations, at the most prominent symbols of democracy in the nation’s capital, will define Trump’s legacy, highlighting the divisions he has stoked and the disparate treatment of Black and White people in America by law enforcement.

President-elect Joe Biden said that if the rioters had been a group of Black Lives Matter protesters, they would have been treated “very differently than the mob of thugs that stormed the Capitol.” “We all know that is true,” he said the next day. “And it is totally unacceptable.”

2.The Trump administration and International Law

If authoritarian government continues to expand in number and power, as is widely predicted, what does that foretell for multilateral institutions and the rule of law in international fora with respect to international treaties, and public and private dispute resolution? President Trump’s “America First” unilateralism was a great shock to the closest allies of the United States. On June 1, 2017, four months after assuming the Presidency, he announced his intent to leave the Paris climate accord. He criticized the 2015 Paris 195 nation

much larger and deadlier than a similar riotous storming of the German Parliament. Anna Sauerbrey, Far-Right Protestors Stormed German’s Parliament. What can America Learn, January 8, 2021. New York Times, January 8, 2021. [“. . . several waved the “Reichsflagge,” the black, white and red flag of the German Empire, the colors of which were later adopted by the Nazis.” “What connects the protesters on both sides of the Atlantic is a deep distrust in officials and a belief in conspiracy theories. In fact, many in both countries believe in the *same* conspiracy theories. The QAnon conspiracy theory, which holds that President Trump will defend the world from a vast network of Satanists and pedophiles, is shockingly popular with many in Germany’s anti-lockdown movement, as it is with the president’s fiercest partisans at home.”

accord for “constricting U.S. sovereignty, harming American workers and disadvantaging the U.S. economically.”¹⁸

His next notable foreign policy act was his trip to Warsaw in July 2017 where he congratulated the Polish autocratic government for refusing to accept their European share of the refugees from Syria, Libya, and other Muslim countries. His speech constantly referenced Western Civilization as equivalent to a racial and religious term, likewise, an understood reference to Christian (preferably Protestant or Catholic) and largely white populations.¹⁹ President Andrzej Duda and Poland’s xenophobic Law and Justice party were in violation of one of the world’s most significant human rights achievements, the United Nations 1951 Convention for the Protection of Refugees and its 1967 protocol, later implemented in the United States with the Refugee Law of 1980. Hungary has likewise refused to honor their international refugee commitment. Never mind how the Convention had saved many of Poland’s and Hungary’s countrymen.

President Trump wrote a best-selling book on negotiation called the Art of the Deal. As he tweeted in 2014: “Deals are my art form. Other people paint beautifully or write poetry. I like making deals, preferably big deals. That’s how I get my kicks.”²⁰ In his first 18 months in office, he has withdrawn from the Transpacific Partnership, the Paris Climate Accord, the so-called Iran Nuclear Deal, and stated he would negotiate something better but there is no indication that any such effort is underway.

A - The North American Free Trade Agreement (NAFTA) negotiations

Negotiations officially began on August 16, 2017 and were concluded on September 30, 2018. The name of NAFTA was changed to the United States Mexico Canada Agreement (USMCA). The three parties signed the USMCA on November 30, 2018. President Trump signed the USMCA implementing legislation on January 29, 2020. USMCA entered into force on July 1, 2020.

The first NAFTA negotiations were launched in 1992. It entered into force on January 1, 1994. It was the most comprehensive free trade agreement (FTA) negotiated at the time. It contained several groundbreaking provisions and was the first of a new generation of U.S. FTAs later negotiated. NAFTA established trade liberalization commitments and set new rules on issues important to the United States, including intellectual property rights protection, services in trade protection, dispute settlement procedures, investment, labor, and the environment. It gradually eliminated nearly all tariff and most nontariff barriers on merchandise trade. At the time of NAFTA negotiations, average applied U.S. duties on imports from Mexico were 2.07%, while U.S. businesses faced average tariffs of 10%, in addition to nontariff and

¹⁸ Trump’s Foreign Policy Moments (2017 – 2020).

¹⁹ Beinart, Peter. “The Racial and Religious Paranoia of Trump’s Warsaw Speech”. *The Atlantic*, July 6, 2017.

²⁰ Max Boot, “Turns out that Trump is better at destroying deals than making them,” *Washington Post*, May 9, 2018.

investment barriers in Mexico. This “liberalization” of trade greatly increased the bilateral trade between the two countries.²¹

The USMCA retains most of NAFTA’s market opening measures while making notable changes to automobile rules of origin, dispute settlement provisions, government procurement, investment, and intellectual property rights (IPR) protection. It also modernizes provisions on services, labor, and the environment. New trade issues, such as digital trade, state-owned enterprises, anticorruption, and currency misalignment, are also addressed.

Congress was also active in considering U.S. negotiating objectives and the extent to which USMCA made progress in meeting them. On April 24, 2020, United States Trade Representative, Ambassador Lighthizer, notified Congress that Canada and Mexico had taken the measures necessary to comply with their USMCA commitments. Such measures included laws or regulations regarding rules of origin, tariffs, panel rosters related to dispute resolution, establishing committees such as the one called for in the chapter on small and medium-sized enterprises, and labor law implementation in Mexico.

U.S. objectives in renegotiating the NAFTA were announced to “rebalance the benefits” of the agreement, echoing President Trump’s statements that NAFTA was a “disaster” and the “worst agreement ever”. Trump also cited economic sovereignty for rolling back previous liberalization commitments in specific areas, such as periodically reviewing and potentially “sunsetting” (setting a date for termination unless there was a specific commitment to an extended agreement). The Trump negotiators spoke of unraveling the North American and global supply chains as a way of attempting to divert trade and investment from Canada and Mexico to the United States via the automotive rules of origin. The new agreement bears the name United States-Mexico-Canada Agreement. The decision to drop “free trade” reflects its concessions to United States protectionism and general push towards less free trade.

Trump needed the agreement to show concessions from Mexico. Some U.S. negotiating positions could be seen to have the explicit or implicit goal of promoting U.S. economic sovereignty and/or rolling back previous liberalization commitments in specific areas, such as periodically reviewing and potentially “sunsetting” the agreement at six years. This gave the United States the maximum pressure of threatening to terminate the agreement by simply not extending it as the “sunset” date approached. Moreover, any country may withdraw from the agreement with a six-month notice. Mexico and Canada objected, arguing that importers and exporters needed a longer span of time to make the supply chain and investment strategies fit their business model.

The USMCA focuses on revision of the “rules of origin” in the automotive sector, in requiring that cars and trucks must have 75 percent of their components manufactured in a USMCA country. It was 62.5% previously. A minimum wage of \$16.50 is established for Mexican auto workers. These provisions would presumably move jobs toward the United States but make USMCA cars less competitive. The USMCA retains the investor dispute settlement provision for certain sectors including energy, which permits an energy investor to challenge Mexican environmental or health measures that disadvantage the investor’s

²¹ The United States is the 2nd largest *goods* exporter in the world. ... The top five purchasers of U.S. goods exports in 2019 were: Canada (\$292.6 billion), Mexico (\$256.6 billion), China (\$106.4 billion), Japan (\$74.4 billion), and the United Kingdom (\$69.1 billion). United States Trade Representative (USTR) Trade in services is a separate category.

investment. The USMCA's most progressive innovation is the labor chapter in USMCA Annex 23-A that commits Mexico to:

- Eliminate all forms of forced or compulsory labor.
- Protect the right of workers to organize, form, and join the union of their choice.
- Prohibit employer interference in union activities, discrimination, or coercion against workers.
- Provide for the exercise of a personal, free, and secret vote of workers for union elections and agreements.
- Establish and maintain independent and impartial bodies to register union elections and resolve disputes relating to collective bargaining agreements.
- Establish independent labor courts.

This may well be the strongest international labor right agreement in history. The agreement was a must for Trump and the Democratically controlled House of Representatives insisted on these provisions. These outstanding protections will no doubt become a model for future trade agreements.

B - Trump threatens Mexico with increasing tariffs if it does not block Central American refugees from crossing into the United States

United States and Mexico relations have been profoundly affected by Trump's "America First" nationalism and unilateralism. First was the racist slur of June 15, 2015, that Mexico was sending rapists to the United States and he was going to build a wall to keep them out and Mexico would pay for it. Then after the three presidents had signed the USMCA, on November 30, 2018, President Trump threatened Mexico that unless it prevented refugees from Central America from crossing the US border, the US would impose a series of incremental tariffs on Mexican imports increasing by 5% a month.²² These threats violated international law, both refugee and trade law, and if carried out would have resulted in protracted legal challenges. It would have delayed, if not derailed, Trump's promise to revise the NAFTA to his liking. However, tariffs in violation of the World Trade Agreement could be challenged in the World Trade Organization (WTO)'s dispute resolution provisions. Blocking refugees from presenting their asylum claim violates the United Nations Convention of 1951 and Protocol of 1967.

²² Nick Miroff, Josh Dawsey, Damian Paletta, "Trump threatens tariffs if Mexico doesn't block migrants," *The Washington Post*, May 30, 2019 ["to begin levying the import penalties ... [tariffs]... on June 10 and ratchet the penalties higher if the migrant flow isn't halted."]; "Trade policy and border security are separate issues," Sen. Charles Grassley, R-Iowa, chairman of the Senate Finance Committee, said in a statement. "This is a misuse of presidential tariff authority and counter to congressional intent. Following through on this threat would seriously jeopardize passage of USMCA, a central campaign pledge of President Trump's and what could be a big victory for the country."

During his presidential campaign Andres Manuel Lopez Obrador (“AMLO”) spoke of joining a regional effort to protect the refugees from violence in their native countries. On May 20, 2020, just days before Trump’s tariff threat, the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC) presented to Mexico its proposal for the El Salvador-Guatemala-Honduras-Mexico Comprehensive Development Plan²³. Mexican President Andres Lopez Obrador accepted the proposal recognizing that, “people emigrate out of necessity, lack of job opportunities or violence”, and have a right “to development in places of origin. . .”²⁴ Foreign Minister Marcelo Ebrard said that the proposal “is a roadmap that tells us what we have to do to change the social and economic reality of southern Mexico, Guatemala, Honduras and El Salvador.”²⁵

In Abraham Lustgarten’s recent article on the burgeoning crisis on Central American and Mexican Climate Refugees²⁶ he described AMLO’s initial policies on Central American refugees.

President Andrés Manuel López Obrador was trying to make his country a model for increasingly open borders. This idealistic effort was also pragmatic: It was meant to show the world an alternative to the belligerent wall-building xenophobia he saw gathering momentum in the United States. More open borders, combined with strategic foreign aid and help with human rights to keep Central American migrants from leaving their homes in the first place, would lead to a better outcome for all nations. “I want to tell them they can count on us,” López Obrador had declared, promising the migrants work permits and temporary jobs.

The architects of Mexico’s policies assumed that its citizens had the patience and the capacity to absorb — economically, environmentally, and socially — such an influx of people. But they failed to anticipate how President Trump would hold their economy hostage to press his own anti-immigrant crackdown, and they were caught off-guard by how the burdens brought by the immigration traffic weighed on Mexico’s own people.

The Trump administration had no interest in such an effort and pressed Mexico to impose a military solution, treating the refugees as hostile invaders and in effect using Mexico’s security forces to block the refugees in their lawful northward transit. The administration was already infamous for shocking cruelty to refugees including forcible separating children including infants from their parents without regard to how, if ever, to

²³ “The Right to Development in Places of Origin is the Solution so that Migration is an Option, Not an Obligation,” *ECLAC* May 20, 2020 <https://www.cepal.org/en/pressreleases/right-development-places-origin-solution-so-migration-option-not-obligation-eclac>

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*

²⁶ Abraham Lustgarten and Meredith Kohut, “The Great Climate Migration,” *New Yorker Magazine*, July 23, 2020. <https://www.nytimes.com/interactive/2020/07/23/magazine/climate-migration.html>

reunite them.²⁷ Facing the threat of devastating tariffs, Mexico agreed to use its newly commissioned National Guard to become, in effect, an extended border patrol for the United States. The results have been disastrous. Mexico's scarce security resources are not being used to protect its own citizens from organized crime. Worse, the National Guard is not trained in refugee protection or processing and has turned a blind eye to horrendous criminal assaults against the refugees in the Mexican states bordering the United States (Baja California, Sonora, Chihuahua, Nuevo Leon, and Tamaulipas). At Mexico's Southern border, in cities like Tapachula and Tenosique, the National Guard rapidly arrests and deports refugees or confines them in detention centers.

C - President Trump's tariff war against China of 2018

Beginning in early 2018 President Trump threatened China with tariffs²⁸ on a wide range of imported goods unless China took immediate corrective measures to reduce the United States trade deficit²⁹ with China. On March 8, 2018, President Trump, citing national security as the justification, announced import tariffs of 25 percent on steel and 10 percent for aluminum imports from China, but exempted Canada, Mexico and the European Union from the same tariffs until May 1, 2018, later extended to June 1, 2018.³⁰ Using the "national security" exception is allowed but by long established customs it is rarely invoked except in times of war or imminent threat because it can easily lead to the dismantling of the rule based trading system. This system has evolved from the 1945 Bretton Woods General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), led by the United States which later culminated in the World Trade Organization (WTO) and its Appellate Body dispute settlement procedure. As one congressional aide that works on trade issues said of President Trump's national security justification, "We've gone rogue, this gun's . . . ["national security exception"] . .

²⁷ Steve Miller, Trump's Immigration chief would say "'They are breaking the law, and the only way we'll change that is if there's a consequence' - that, 'if you start to treat children badly enough, you'll be able to convince other parents to stop trying to come with theirs.' Jonathan Blitzer, How Stephen Miller Manipulates Donald Trump to Further his Immigration Obsession, *The New Yorker*, February 21, 2020. (Profiles, March 2, 2020 Issue) "We need to take away children," ". . . [Attorney General Jeff] Sessions told the prosecutors, . . . " Michael D. Shear, Katie Benner, and Michael S. Schmidt, 'We Need to Take Away Children,' No Matter How Young, Justice Dept. Officials Said, *New York Times*, October 7, 2020. United States Senator Jeff Merkley, book, *America is Better than This* describes how the government failed to provide means to reunite the severely traumatized children with the parents.

²⁸ A tariff is an import duty added to the ordinary price of an imported product. It is paid by the U.S. importer in the case of a tariff imposed on China's imports to the United States. The importer is then forced to bear this additional cost or pass it on to the ultimate purchaser.

²⁹ See discussion of United States trade deficit below. It means the difference, in this case of the price of goods and services that the United States exports to China and the goods and services China exports to the United States. When the former is greater than the latter it is United States trade deficit. Economist reason that a trade deficit is not likely to demonstrate bad trade deals but structural issues of the United State economy, such as its low savings rate and current pandemic stimulus payments that help imports recover more quickly than exports. Doug Palmer, "Why Trump lost his battle against the trade deficit." *Politico*, October 6, 2020.

³⁰ Keith Johnson, "Trump Opened Pandora's Box with Tariffs," *New York Times*, March 14, 2018.

. been lying on the table since Act One. No one's picked it up for a very good reason. Because it sets off a wild chain of things that you can't control afterwards.”³¹

On March 2, 2018, the President tweeted, “When a county (USA) is losing many billions of dollars on trade with virtually every country it does business with, trade wars are good, easy to win”. Republican Senator Ben Sasse of Nebraska cautioned, “Trade wars are never won. If the President goes through with this, it will kill American jobs – that’s what every trade war does.”³² Senator Sasse was most likely referring to the much-criticized Smoot Hawley Tariff Act of 1930, named, for its congressional authors, that drastically raised U.S. tariffs in response to the stock market crash of 1929 and exacerbated the world-wide economic downturn. The result was to deepen the depression as trade was frozen. Economies collapsed and militarism replaced democratic governance, leading in the view of many historians to authoritarian regimes and World War II.³³

For the next several months the United States and China engaged in a damaging “tit-for-tat” tariff war. Both economies suffered. The Chinese targeted Trumps political base, Red States like Iowa that depend on agricultural exports to China. As these exports were effectively blocked and China shifted its soybean purchases to other countries, the Trump administration was forced to pay growers for their losses.³⁴

On April 10, 2018, President Trump expanded his critique of China by announcing the U.S. Trade Representative had determined that China “has repeatedly engaged in practices to unfairly obtain America’s intellectual property.” There was widespread agreement that this was true. On May 3, 2018, a U.S. team led by Treasury Secretary Steven Mnuchin and Commerce Secretary Wilbur Ross met Chinese officials for preliminary talks. A widely reported document that the US delegation gave to the Chinese government outlined some of the American demands. The emphasis was on cutting the US trade deficit with China by \$200 billion by the end of 2020 and halting Chinese subsidies for advanced technology industries.

Wall Street Journal writers Lingling Wei and Bob Davis reported on May 15, 2018 that, “U.S. and China are closing in on a deal that would give China’s ZTE Corp., China’s phone company, a reprieve from potentially crippling U.S. sanctions for intellectual property theft in exchange for Beijing removing tariffs on billions of dollars of U.S. agricultural products.” Senator Chuck Grassley (R-Iowa), from an important agricultural state, described how helping ZTE could make it easier for China to obtain sensitive information from the United States. Grassley referred to the Commerce Department’s recent ban on U.S. companies exporting parts to ZTE that it used to build smartphones and other equipment. Republican Senator Marco Rubio of Florida was more pointed. “Sadly #China is out negotiating the administration & winning the trade talks right now,”

³¹ *Id.*

³² Joe Deaux, Andrew Mayeda, Toluse Olorunnipa, and Jeff Black, “Trump says Trade Wars Are ‘Good, and Easy to Win.’,” *Bloomberg News*, March 2, 2018.

³³ The Editors of Encyclopaedia Britannica, Smoot Hawley Tariff Act, United States [1930].

³⁴ Andrew Mayeda, Saleha Moshin, “Trump’s Shifts on China Underscore Fragile State of Trade Talks,” *Bloomberg*, May 23, 2018

Rubio tweeted on Tuesday. “They have avoided tariffs & got a #ZTE deal without giving up anything meaningful.” He added, “This is #NotWinning.”

Due to the firestorm of criticism about his deference to China, despite their many violations of international trade law norms, including the ZTE matter, the Administration abruptly changed course. On May 29, 2018, the Trump administration announced the impositions of the steel and aluminum tariffs against Mexico, Canada and the European Union and stated that a new tariff schedule against China would be announced on June 15, 2018. The result was a public relations disaster of a President who appears to start or end trade wars depending upon who he had talked to last.³⁵

John Bolton, former National Security Adviser, described the ensuing months of 2018 and 2019 as dominated by the President’s personal whims regarding his fawning relationship with Xi Jinping, both during and following a series of trade negotiations and international meetings. Bolton was critical of several extremely sensitive bilateral issues being ignored and over-shadowed by focusing on an elusive grand bargain on tariffs and the trade deficit. Bolton, like most trade specialists, scoffed at the notion that trade deficits were necessarily a useful metric.³⁶ Rather, as National Security adviser he was appalled that issues of technology theft and violation of the Iran sanctions, and Canadian hostages were briefly raised but largely ignored as the President’s personal relations with Xi and his focus on the “big tariff trade deal” took precedent.³⁷

D - The Grand Bargain: Phase One and Two.

On January 15, 2020, President Trump and Vice Premier Liu He signed a deal in the White House and agreed to cut U.S. tariffs on Chinese goods in exchange for Chinese pledges to purchase more of American farm, energy, and manufactured goods and also to address some U.S. complaints about intellectual property practices.³⁸ China has committed to \$77.7 billion in additional manufacturing over the 2017 purchases during the next two years. A similar formula applies to energy purposes, services, and agricultural products in exchange for a scheduled reduction of tariffs. Other agreements include stronger intellectual property protection, reducing technology transfer conditions, pledges to refrain from competitive currency devaluation and improved access to China’s financial services and investment.³⁹

³⁵ Alan Rappeport, “How Mnuchin Keeps a Steady Grip in a Tug of War on Trade,” *New York Times*, June 3, 2018.

³⁶ See footnote [3] *Supra*.

³⁷ John Bolton, *The Room Where It Happened*, pp. 290 – 305. These issues included exports of fentanyl, the deadly opioid, the ZTE criminal convictions, Canadian hostages, and the arrest of Huawei, a mega-telecom firm, CFO, for financial fraud.

³⁸ Reuters Staff, “What’s in the U.S. – China Phase 1 trade deal”. January 15, 2020.

³⁹ *Id.*

By the end of June 2020 China lagged the Phase One import targets.⁴⁰ Trump's Secretary of State, Mike Pompeo has rhetorically called for regime change by "securing freedom from the Chinese Communist Party as 'the mission of our time.'" ⁴¹ President Trump has said Phase 2 is unlikely as the relationship has deteriorated too much.⁴²

3. World Trade Organization⁴³

China is an inextricable part of the global supply chain. Its products — and, increasingly, its investment — are crucial components in every economy. In any bilateral dispute their economic power alone gives them great advantage. Indeed, the motivation for the GATT and then the WTO was to recalibrate the power differential through a multilateral organization that has a dispute settlement process.

China's trading partners, not just the United States, have complained of its subsidized industries and mandatory technology transfers as the price of doing business along with intellectual property theft and currency manipulation. Most unfortunately, the Trump years were wasted by ignoring collective action to challenge these practices. Our most likely allies were more apt to be insulted, criticized and on the receiving end of the highly questionable grounds of "national security" tariffs rather than to consult one another for a collective China strategy.

The United States shares a legal culture with the British commonwealth countries, its USMCA associates, Europe and Japan that are natural allies not only in disputes with China but in the collective values of a rule based legal order. Our economies must join forces, taking cases to the World Trade Organization. This is not to say that China will forever be an outlier. I taught international trade law in Fudan University Shanghai in 1999. My students were law graduates with advanced degrees assigned to trade related ministries. One student was from Taiwan. The Chinese came to class very well prepared but had conceptual difficulty with the WTO rule-based order, but they caught on fast. It is significant that it was China, not the United States, that filed a complaint with the WTO dispute settlement authority regarding the U.S. initiated tariff war.⁴⁴ This is significant on several grounds in illustrating an aspiring autocrat, like Donald Trump, is perhaps more

⁴⁰ "China Is Buying American But Not Enough to Hit Trade Deal Target." *Bloomberg News*, July 27, 2020. Simon Lester and Huan Zhu, "Is the U.S. – China "Phase One" Trade Deal Working?" *Cato at Liberty*, October 30, 2020.

⁴¹ Kate O'Keefe and William Mauldin, "Mike Pompeo Urges Chinese People to Change Communist Party," *Wall Street Journal*, July 23, 2020.

⁴² Jennifer Jacobs, "Trump Says Phase 2 China Trade Deal is Unlikely at This Point," *Bloomberg News*, July 27, 2020.

⁴³ Peter S. Goodman, "Trump Says Getting Tough on Chinese Trade Will Empower the U.S. He Risks the Opposite" *New York Times*, March 22, 2018.

⁴⁴ On April 5, 2018, China sought consultation with the United States, the first step in a WTO dispute, over Washington's announced tariffs on the \$50 billion worth of Chinese imports. The notification triggers a 60-day deadline for the two sides to settle the complaint or face litigation at the WTO by a neutral panel of arbitrators.

averse to a rule-based process than an established trading adversary that perceives the advantage of becoming schooled in such procedures.

4.The World Trade Organization (WTO) dispute settlement mechanism

The World Trade Organization (WTO) has a sophisticated dispute settlement process that has been used now for twenty-two years. Settling disputes in a timely and structured manner is important and prevents the detrimental effects of unresolved international trade conflicts. As noted above, it mitigates the imbalances between stronger and weaker players by having their disputes settled based on rules rather than having power determine the outcome. The WTO dispute settlement is far from perfect. Both the Obama and Trump administrations refused to name new judges in protests to the tendency of judges to go beyond the language of the WTO agreement itself.

5.International Law in the Age of Rising Authoritarian regimes replacing democratic ones

By definition, International Law is a very delicate structure due to the difficulty in enforcing it. Although there are several international courts, these tribunals depend on the parties' consent. As Nathan J. Robinson observed, International Law "is actually less like a 'law' than a collective pact, one which is difficult to enforce and which depends on the good faith and participation of the various parties"⁴⁵ The motivation for the post World War II proliferation of international agreements was to keep the peace, and to prevent States from repeating World War II. If a member state of an international agreement chooses to ignore multilateral rules, the threat of reciprocal retaliatory flouting of the rules increases and the agreement itself is imperiled. Immanuel Kant's view of states coming together under universal moral values is worth repeating as it is forward looking. Such a relationship by which these sovereign states would abide by and cease from interfering with one another's internal rule would bring perpetual peace among them. As Kant has stated

"there must be a league of a particular kind, which can be called a league of peace (foedus pacificum), and which would be distinguished from a treaty of peace (pactum pacis) by the fact that the latter terminates only one war, while the former seeks to make an end of all wars forever."⁴⁶

⁴⁵ Nathan J. Robinson, "When the United States treats other countries with contempt, it threatens our fragile global peace. Why does international law even matter?" *Current Affairs*, April 2018.

⁴⁶ William Smith and Robert Fine, 15 K.C.L.J. 5 (2004) Kantian Cosmopolitanism Today: John Rawls and Jurgen Habermas on Immanuel Kant's Foedus Pacicum/ Immanuel Kant, "Perpetual Peaces and Philosophical Sketch". Hans Reiss (ed.) *Kant Political Writings*, (Cambridge, Cambridge University Press, 1970), pp. 93-130

Woodrow Wilson was the leading supporter of the ill-fated League of Nations⁴⁷; and Franklin⁴⁸ and Eleanor Roosevelt⁴⁹ were the prominent founders of the United Nations, as well as other international institutions such as the World Bank and the International Monetary Fund⁵⁰. The creation of these international institutions aligned with the Kantian view of a *foedus pacificum*. The Roosevelts' legacy is an inspiring realization of the Kantian idea. For purposes of our present inquiry the real challenge for advocates of a Kantian order is to understand the promise as well as the threat of a Trump like "America First." We must closely follow the path of aspiring autocrats, their exaggerated nationalism and to the extent, if any, that it undermines international law, to resist and preserve what is worth preserving for ourselves as well as for future generations.

For an international lawyer that favors a Kantian or multilateral approach, what is to be done in the Age of Trump?

Being anti-anything is often not as powerful, and certainly not as sustaining, as being for something positive. Professor Harold Hongju Koh has suggested an approach for international lawyers:

I think that committed international lawyers have to fight to preserve the imperfect world we have inherited. As Dr. King memorably put it, 'the arc of the moral universe is long, but it bends towards justice.' But it certainly does not bend by itself. If Trump and those of his ilk are pushing hard to bend that arc in one direction, isn't it the job of all of us who care about international law to push it even harder in the other?⁵¹

⁴⁷ Though first proposed by President Woodrow Wilson as part of his Fourteen Points plan for an equitable peace in Europe, the United States never became a member. However, it proved exceptionally difficult to create, and Wilson left office never having convinced the United States to join it. League of Nations 1920, <https://history.state.gov/milestones/1914-1920/league>

⁴⁸ As the Democratic Party's Vice-Presidential candidate in 1920, Roosevelt campaigned around the country on behalf of the organization. In January 1942, he broadened his campaign to include the 26 countries that joined the war-time alliance against the Axis powers and devised a name for the group, "the United Nations." Though it has often not always worked as well as FDR contemplated — its weaknesses exposed today in places like Syria and Libya — its staying power for seven decades remains remarkable, a tribute to Roosevelt's vision. Stephen Schlesinger, "Roosevelt's Final Legacy, The UN." *Huffington Post*, "The Blog," May 15, 2015.

⁴⁹ President Harry Truman designated Eleanor Roosevelt a delegate to the United Nations. She played a leading role in the protection of refugees through the UN Human Rights Commission and in the drafting of the Universal Declaration of Human Rights. Eleanor Roosevelt and the UN, U.S. National Archives <https://artsandculture.google.com/exhibit/ARaxRSs->

⁵⁰ "how-us-violates-international-law-plain-sight." <https://www.americamagazine.org/politics-society/2016/10/12/>

⁵¹ Harold Hongju Koh, "International Law vs. Donald Trump: A reply," *Opinio Juris* March 5, 2018 <http://opiniojuris.org/2018/03/05/international-law-vs-donald-trump-a-reply/>

LA VOZ DEL COMITÉ EDITORIAL

LOS PRIMEROS 25 AÑOS DE LA REVISTA MEXICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Jorge Alberto Silva

Hoy asisto a un festejo de aniversario y me viene al recuerdo el mes de octubre de 1986 cuando salió a la luz pública el primer ejemplar de la Revista Mexicana de DIPr, con apenas unos mil ejemplares, según rezaba el colofón.

Alejandro Ogarrío fue el presentador de aquella publicación, y comenzaba recordando varias cosas: el nacimiento de la Academia (casi 20 años atrás), los Seminarios de DIPr, en especial el famoso 10mo seminario en que surgieron las propuestas de cambio en la legislación civil, mercantil y procesal, al igual que el arbitraje; propuestas que fueron aceptadas por el Congreso, dando lugar a una nueva codificación (aunque incipiente), en la que participaron los miembros de la Academia, pasando de la territorialidad a la apertura. Ogarrío recordaba, igualmente, la firma de varios convenios internacionales, por parte de México, de gran trascendencia, que han cambiado el rumbo del país

Luego de esa añoranza pasaba a decir que la Academia constituye (en ese momento), el foro en el que varios iusprivatistas han participado y expresado sus ideas sobre la disciplina, abriendo, con ello, una nueva revista.

La revista –decía– “aumenta el foro que la Academia brinda. Deberá ser esta publicación un instrumento de expresión de las ideas iusprivatistas y comparatistas que constituyan el esclarecimiento de los problemas que enfrenta México en un mundo dinámico y cambiante, y aporten información para un mejor ejercicio profesional”.

Mas adelante, agregaba, “es para mí un privilegio participar en un proyecto de tan alta calidad, acompañando a los miembros de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado por el camino de la difusión de sus ideas”.

Muy pocas palabras que inauguraban el nacimiento de esta revista que hoy llega a su 25 aniversario de publicaciones semestrales, pero son palabras que aún perduran.

Hasta entonces, carecíamos en México de una revista de derecho internacional privado. Hay, no obstante, un antecedente relacionado con una revista especializada en la disciplina. Les contaré. En 1920 iba a aparecer una revista relacionada con el Derecho internacional público y el privado. James Brown Scott estimó de importancia las revistas de sobre esta disciplina. Por aquel entonces le dio la bienvenida a la Revista Mexicana de Derecho Internacional. Sobre el particular expresó:

... en 31 de mayo de 1919, unos cuantos publicistas caracterizados de México, fundaron en la Ciudad de México una Academia Mexicana de Derecho Internacional, la cual tiene por objeto establecer un comercio de ideas entre todos los individuos que en México se dedican al estudio del derecho de gentes, fomentar el estudio y difundir el conocimiento del derecho internacional, abogar porque la norma única de las relaciones entre los Estados sea la justicia, abogar por el perfeccionamiento del derecho de gentes positivo, cooperar en la gran obra de codificación del derecho internacional, estudiar y discutir los problemas del derecho internacional, y especialmente los relativos a México y al Continente Americano, patrocinar la publicación

de obras sobre el derecho internacional y organizar concursos sobre puntos especiales de esta ciencia, otorgando premios o recompensas honoríficas a los vencedores, y finalmente publicar una revista y fundar una biblioteca de derecho internacional.

Al aparecer el primer número de la revista, expresaba: "Consecuentes con los fines de la Academia Mexicana de Derecho Internacional, publicamos esta Revista. En México se ha dado escasa atención a los asuntos relacionados con el Derecho Internacional; los abogados y demás hombres de letras poco se han ocupado de aquél, así es que el cuerpo redactor de nuestro periódico está integrado solo por unos cuantos entusiastas que cultivan esa rama del saber; las deficiencias de la obra no son, pues, de extrañar; todo comienzo es difícil, más aún si se atiende a que es la primera publicación de su género que aparece en la República".

El primer número data de marzo de 1919 (el periodo estatutario mexicano), bajo la dirección de Genaro Fernández MacGregor. Al parecer fue el único número que se publicó. El DIPr no fue su objeto principal de atención, aunque dentro de los que se inscribieron en esta Academia estuvieron Miguel V. Ávalos y Carlos Robles, únicos internacional-privatistas.

Muchísimos años después contamos con una Academia que ha trabajado y una revista que se ha sostenido.

Sostener una revista como la actual no es fácil. Y menos, a partir de una época en que aun perduraba el desconocimiento de la disciplina y se contaba con una muy reducida cantidad de interesados en la misma. Vale recordar, que esta revista apareció en formato media carta, gracias al esfuerzo tenaz del Dr. Leonel Pereznieto Castro, quien no solamente fue impulsor de esta, sino quien también fue el benefactor económico para sostenerla.

La Revista circuló en publicación en papel hasta el número 31, en 2013, en que la carencia de recursos económicos impidió el pago de su impresión, los gastos por la circulación vía postal y la distribución en diferentes lugares del mundo. Su mantenimiento se venía haciendo con el peculio del Dr. Pereznieto. Pero eso no significó el final de la revista. Se continuó con la misma, bajo la dirección del mismo Pereznieto, como hasta ahora, publicándose y dándose a conocer por medio de Internet, incluso, hasta con un mayor número de lectores y mayor difusión.

Van 25 años desde la primera publicación, y es necesario festejar, levantar la copa y brindar. La revista ha ido más allá de aquellas palabras de aliento que le dieron la bienvenida. Ha crecido en seguidores, sus colaboradores se han multiplicado y es conocida en gran parte del mundo. Varias bibliotecas especializadas cuentan con ella y los expertos, en diversos países la consultan y citan sus artículos.

Se trata de una revista que publica artículos académicos sobre la disciplina, comentarios, novedades legislativas y reseñas bibliohemerográficas escritas por autores mexicanos y extranjeros. La mayoría de sus artículos son resultado de una verdadera investigación, otros, dan a conocer nueva legislación u opiniones particulares, pero manteniendo su calidad académica, como fue el deseo inicial.

¿Para qué sirve una revista como esta? Veamos. Un libro de texto no presenta artículos como los de una revista. El artículo de una revista no es un trozo o una parte de un libro de texto. El libro presenta una temática variada y múltiple. A veces un tanto superficial. En gran parte del mundo a ese libro le denomina manual. En sentido contrario, los artículos de una revista se enfocan en un apartado muy especial y hasta agudo de una disciplina, en nuestro caso, el DIPr.

Digo lo anterior, porque lo normal en una revista prestigiosa, como esta, es que presente estudios e investigaciones de actualidad, acuciosos y profundos, lo que no ocurre con un libro de texto. Lo que se dice en un artículo está apoyado por quien escribe, una persona experta que conoce y tiene experiencia en lo que escribe, como lo ha revelado la revista de DIPr al paso de los años.

Una revista, como esta, ha reflejado el resultado de investigaciones que presuponen marcos teóricos del derecho, no de meras obras de exégesis y prácticas cotidianas. Quien la ha consultado, se ha dado cuenta que aborda temas de dogmática, de teoría, incluso, de filosofía vinculada con el DIPr.

No ha sido mucho lo que sobre derecho comparado ha expresado, aunque varios de sus artículos lo han tenido en cuenta. Ojalá que este apartado sea desarrollado con mayor fuerza en los próximos números.

Tampoco se trata de una revista cualquiera, pues como puede observarse, ha dado a conocer un nuevo conocimiento, lo ha difundido y lo expresa en diversas opiniones, hasta controvertidas. La calidad de la revista se ha sustentado en la calidad de sus artículos y, algo muy importante, ha sido dirigida por una comunidad científica. La revista ha ido recogiendo el progreso de la ciencia. Hasta ahora, es la única revista en el país que presenta estudios sobre DIPr caracterizados por ser una publicación periódica.

Nunca en toda la historia de México se habían publicado tantos artículos sobre esta disciplina como en estos últimos 25 años. Sobre todo, si se toma en cuenta que, desde la Independencia del país, hasta 1986, no se había trabajado tanto para difundir esta disciplina.

Como ya lo dije, la revista ha sido citada en diferentes fuentes nacionales y extranjeras por autores que escriben sobre DIPr, que también son nacionales y extranjeros, ya en español o en otros idiomas.

Se trata de una revista de investigación y difusión que es y ha sido fundamental para el desarrollo del DIPr mexicano. No es una revista fracasada, como aquella de 1919. Tampoco es una revista multidisciplinaria, en la que se aloja de todo un poquito, sino una revista que acoge el DIPr. Sirve y servirá (así lo espero) para producir una infinidad de agentes multiplicadores de la disciplina que se ha empeñado en desarrollar, habiendo impulsado una cultura de divulgación científica. Ha venido evolucionado y entrará a una nueva etapa de consolidación a partir de este número.

Mi mejor deseo para la revista, los que en ella escribirán, y el o los directores que la apoyarán. Va mi brindis por todo ello.

CONTRIBUCIÓN DE LA REVISTA MEXICANA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AL ESTUDIO Y A LA REGULACIÓN DE LAS TRANSACCIONES PRIVADAS INTERNACIONALES

José Carlos Fernández Rozas*

1. En las dos últimas décadas el desarrollo científico del Derecho internacional privado ha alcanzado cotas impensables hace tan sólo unos años, desbordando las publicaciones periódicas tradicionales. La producción ha multiplicado el número de estudios doctrinales de décadas anteriores, revelando sus contenidos, una fuerza expansiva digna de encomio. Atrás han quedado planteamientos doctrinales de esmerada factura, pero anclados en debates acerca de cuestiones muy generales del Derecho internacional privado. Hoy día apenas quedan recovecos en el Derecho internacional privado donde no existan diversos trabajos que enfrentan tesis y posiciones sobre las cuestiones más puntuales y la incorporación masiva a la disciplina de jóvenes especialistas y el constante progreso de los grupos investigadores, justifican la auténtica vitalidad de la disciplina. Basta dar una lectura a la bibliografía que incorpora anualmente la *Revue critique de droit international privé* para comprobar el peso cualitativo y cuantitativo que tiene la doctrina en lengua española en el panorama mundial.

Existiendo un cuerpo doctrinal de Derecho internacional privado autóctono y consolidado es obligado partir de su propia y genuina estructura, mostrando la contemplación de los esfuerzos doctrinales en las publicaciones periódicas de América latina y españolas la necesaria imbricación entre el Derecho internacional privado y el Derecho material, superando la tradicional función auxiliar de nuestro ordenamiento como un mero Derecho de conexión o “Derecho de aplicación del Derecho”. Naturalmente, esta contemplación no pretende ser un fin en sí mismo. Se trata de un *prius* que pretende, junto a otros argumentos, justificar el nacimiento de nuevas publicaciones científicas como la *Revista mexicana de Derecho Internacional Privado*, que vio la luz hace 25 años como instrumento fundamental para aglutinar nuestro extenso ordenamiento frente a su tradicional dispersión.

2. Supuso la publicación de la *Revista* un paso trascendente al que contribuyeron hombre y mujeres procedentes de distintas las áreas de conocimiento cuya vinculación encontraba justificación por razones históricas y de trayectoria académica como muestra la Asociación Mexicana de Derecho internacional privado y comparado fundada el 5 de diciembre de 1968, que originariamente llevó la denominación de Instituto Mexicano de Derecho Internacional Privado, adquiriendo en 1980, el nombre Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y en 1998 el actual. Esta iniciativa fue auspiciada por un entusiasta grupo de profesores preocupados por el desarrollo de esta disciplina en México con el objeto de promover y estimular la investigación y la difusión del Derecho internacional privado, del Derecho comparado y de aquellas disciplinas internacionalistas relacionadas, fomentando y dignificando la academia en dichas áreas y

* Catedrático de Derecho internacional Privado. Miembro del Institut de Droit International

coadyuvando al conocimiento, estudio y solución de aquellos problemas que le eran propios. Ente los padres fundadores de esta publicación figuran hombres preclaros como José Luis Siqueiros Prieto, Leonel Pereznieta Castro o Jorge Alberto Silva Silva, ente otros.

3. No es el momento de describir cómo se concibe en cada círculo jurídico concreto la separación entre Derecho internacional público y Derecho internacional privado, pues es un tema tópico sobre el que se ha escrito hasta la saciedad. Tampoco es la hora de insistir en que la vinculación de ambas áreas de conocimiento, cuando existe, se debe a razones más coyunturales que científicas, si bien se justifica por las apuntadas consideraciones históricas y académicas y cuenta con modelos tan significativos como los propios los Anuarios del Institut de Droit International, los cursos de la Academia de La Haya de Derecho internacional, la Netherlands International Law Review, la Rivista di diritto internazionale o, en España, la Revista Española de Derecho Internacional, lo cual impedía una proyección unitaria de cada una de las áreas de conocimiento implicadas.

Han cambiado las circunstancias. Cada vez es más evidente el proceso de bifurcación que justifica una publicación unitaria y especializada tomando en cuenta el modelo francés donde es más que centenaria coexistencia entre la Revue critique de droit international privé y el Journal du droit international, donde se observa con nitidez dos diferentes maneras de contemplar las cuestiones concernientes al tráfico privado externo. Lo propio ha acontecido en Alemania donde a la tradicional coexistencia entre la Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht y la Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (Rabels Z.) se ha venido a añadir, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, la fundamental Praxis des Internationalen Privat und Verfahrensrecht y, desde la propia del Derecho de los negocios internacionales, el Recht der internationalen Wirtschaft. Y, por citar ejemplos más vinculados, cabe referirse a la práctica seguida en Italia donde la desaparición de señeras publicaciones como Diritto Internazionale o Comunicazione e Studi dejaron a la Rivista di diritto internazionale con un papel similar al de la Revista Española de Derecho internacional, el Anuario Mexicano de Derecho Internacional, el Anuario Argentino de Derecho Internacional, o el Anuario de Derecho Internacional de la Universidad de Navarra, que debió completarse oportunamente.

La situación de dispersión de los trabajos científicos de Derecho internacional privado ha sido común en otros círculos jurídicos, si exceptuamos Francia, Alemania o Italia donde fueron apareciendo progresivamente prestigiosas publicaciones específicas de nuestra disciplina en las cuales, fruto de la extraordinaria producción científica, cada vez es más frecuente hallar la contribución de especialistas en la materia. Esta invasión pacífica frente al “tronco común” del “Derecho internacional” es particularmente evidente en la Rivista del diritto privato e processuale, en Diritto del commercio internazionale en IPRax, en la Revue critique de droit international privé, en el Anuario Español de Derecho Internacional Privado en los Cuadernos de Derecho Tansnacional o en el Journal of Private International Law.

En otros casos, fundamentalmente en los países anglosajones, se acostumbra a vincular nuestro ordenamiento al Derecho comparado, y lo propio hizo en su día la Revista Mexicana con evidente acierto. Ello que explica una riqueza doctrinal mayor, en el caso del Reino Unido, en publicaciones como en el International and Comparative Law Quarterly frente al tradicional British Year Book of International Law o, en el caso de los Estados Unidos, en publicaciones como el American Journal of Comparative Law respecto del clásico American Journal of International Law. Y el fenómeno se ha extendido a Europa como puede comprobarse con el contenido de dos publicaciones: la Revue de droit international et de droit comparé y la Revue internationale de droit comparé.

Distintos países que contaban con una tradición menor y, por supuesto, con medios mucho más escasos, también emprendieron la difícil y admirable empresa de elaborar una publicación unitaria de Derecho internacional privado. Baste tomar como ejemplo la Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, sin duda impulsada por el antiguo canciller Didier Opertti Badán, la Revista Chilena de Derecho internacional privado, cuyo promotor principal es el profesor Eduardo Picand y, más recientemente, la Revista Panameña de Derecho internacional privado, eficazmente dirigida por Margie-Lys Jaime.

4. Mención aparte merece la Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado, ligada inequívocamente al entusiasmo de Leonel Pereznieto Castro, que ha conseguido superar con éxito los obstáculos que se alzan a la periodicidad, y servido de estímulo para acciones similares otros países del entono latinoamericano, como acaba de exponer. Estas publicaciones hacen referencia a gran variedad de perspectivas, alternando trabajos sobre temas tradicionales del Derecho internacional privado, con otros que, aunque situados en otros campos disciplinarios, son de gran interés para los ius-internacional-privatistas. No obstante, las aportaciones de la Revista Mexicana lo largo de sus cerca de medio centenar de ejemplares, merecen algunas consideraciones particulares.

i) La selección de contribuciones es especialmente rica, reflejando puntalmente las principales preocupaciones y tendencias que atraviesan la disciplina en orden a las relaciones entre tráfico privado externo y derechos humanos, las visiones pluralistas y sociológicas y la gradual entrada de las cuestiones jurisdiccionales y la doctrina internacionalista. En este contexto, la conversión de las migraciones internacionales resulta una prioridad en la agenda política mundial y por ello nuestra Revista tomó conciencia muy pronto de los desafíos y de las oportunidades en un contexto de reconocimiento de sus beneficios económicos, sociales y culturales deberían aprovecharse más eficazmente. A su lado, la promoción y la protección de los derechos humanos ha sido también una prioridad editorial esencial a partir de los principios de solidaridad y de protección de los intereses fundamentales de la comunidad internacional en su conjunto. En la hora actual los derechos humanos aparecen como único elemento común al que todos los juristas y los jueces deben atender a la hora de resolver el conflicto entre globalización y Derecho económico. Dicha promoción y protección posee un claro sentido reivindicativo y de lucha por el progreso de las libertades y de la democracia en el mundo, y con el objetivo de aunar esfuerzos individuales y colectivos de instituciones públicas y privadas a favor de la expansión de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales para todas las personas. Es evidente que los movimientos migratorios y la libre circulación del trabajo no está presente en la misma medida en la agenda de la globalización como concepto ideológico. Sin embargo, la Revista evidencia por una parte una creciente internacionalización de la mano de obra; y, por otra, los desequilibrios económicos y demográficos provocados por los masivos movimientos migratorios, que no siempre se producen bajo el control de las normativas de inmigración. Esta realidad genera una creciente imbricación del Derecho internacional privado con el Derecho de extranjería, que se convierte a menudo en contaminación (régimen de los matrimonios de conveniencia). Pero, sobre todo, acentúa el carácter interracial y multicultural de la sociedad en los Estados receptores. Esta sociedad multicultural suscita no pocas veces conflictos de civilizaciones y singulares problemas jurídicos, que eclosionan en el ámbito del Derecho de familia y a menudo requieren una ponderación de derechos fundamentales (igualdad de sexos, interés del menor, libertad de culto...).

ii) Mas la variedad de materias contempladas en la Revista mexicana no termina aquí. El progreso de un mundo globalizado constituye una realidad inseparable del progreso de la paz y la democracia. En este contexto, los mecanismos judiciales y alternativos de solución de controversias son esenciales para alcanzar acuerdos reparatorios o para solucionar definitivamente la disputa. La globalización no es únicamente un fenómeno económico, sino también sociológico y cultural. Y ambas manifestaciones se encuentran

íntimamente vinculadas. La Revista, en tal sentido, ha prestado una especial atención a la perspectiva económica y comercial del Derecho internacional privado, que no sólo se encuentra afectada por los fenómenos de integración de mercados, sino por una realidad de espectro mayor: la interdependencia y globalización de la economía. La internacionalización de los mercados se ha acelerado en las tres últimas décadas bajo el efecto del desarrollo de las inversiones internacionales, la deslocalización de la producción y el desarrollo de las sociedades transnacionales. El proceso de aceleración de la revolución industrial, Internet y la influencia decisiva de la internacionalización de los mecanismos de financiación han producido como efecto inevitable la apertura de las diferentes economías nacionales. Como consecuencia, la política económica de los Estados, incluso de los más poderosos, no puede ser valorada, en cuanto a sus fines y objetivos, ni definida, mediante sus medios, sin tener en cuenta la dimensión internacional. La consecuencia más natural de esta interdependencia económica es la necesaria cooperación internacional a la hora de establecer mecanismos de regulación y equilibrio de la economía mundial. En el ámbito del Derecho económico (libre competencia, protección del mercado, derechos exclusivos, protección jurisdiccional) se hace cada vez más necesaria la intervención institucional de naturaleza supraestatal (*hard law*), mientras que en el sector del Derecho privado (contratación) se imponen fórmulas de unificación o globalización *soft* (Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales) o, como alternativa, la simple “competencia entre ordenamientos nacionales. La mundialización ha traído consigo el desarrollo de un *soft law* y de procedimientos de solución de controversias esencialmente privados, señaladamente entre empresas, pero, en ocasiones, también entre empresas y Estados en materia de contratos económicos internacionales. El propio instrumento fundamental del sistema, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, ofrece un marco subsidiario dentro de una realidad jurídica dominada por la “voluntad de las partes”, que puede expresar en la práctica un equilibrio de fuerzas en el mercado. Y de esta circunstancia se ha hecho eco la Revista Mexicana en numerosas ocasiones.

iii) El tráfico comercial internacional precisa una acomodación a las realizaciones concretas que se producen en la comunidad internacional debiendo desarrollarse la codificación interna ha de manera paralela y coordinada con la codificación internacional en la acomodación de la unificación jurídica. Litigación internacional transfronteriza: Partiendo que la jurisdicción es una función de Estado que no queda afectada *prima facie* por la existencia de elementos extranjeros en el proceso, tiene en cuenta que este fenómeno no se despliega sobre todas las situaciones privadas internacionales pues las normas de competencia judicial internacional tienen la virtud de determinar y delimitar los concretos supuestos que dichos tribunales pueden conocer. Es cierto que los fueros de competencia judicial internacional han ido perdiendo con el paso del tiempo su cualidad exorbitante y que hoy día son cada vez son más frecuentes los sistemas basados en fueros concurrentes que garantizan un mayor equilibrio entre las partes en los procesos con elementos extranjeros y que se han ampliado los cauces procesales para que prosperen las declinatorias internacionales. También es cierto que razones prácticas y de efectividad, así como el respeto a principios esenciales de un ordenamiento jurídico, aconsejan que los sistemas jurídicos limiten el volumen de supuestos internacionales en que va a ejercerse la potestad jurisdiccional, o bien que los Estados se inclinen por la celebración de tratados internacionales que establezcan reglas comunes de competencia judicial internacional; en algunos casos, estas normas comunes pueden tener un origen institucional. Pero aún quedan muchos residuos del tradicional imperialismo jurisdiccional de los tribunales estatales. Y esos residuos conducen a que al litigante extranjero muchas veces no le sea factible declinar la competencia del Tribunal de un tercer Estado pues continúa una tendencia inequívoca de los Tribunales nacionales para aceptar una prórroga de competencia aún cuando el litigio les es completamente ajeno, o para aplicar sus propias normas procesales a las controversias de carácter internacional.

vi) El empleo del arbitraje comercial se ha extendido manera progresiva en las transacciones privadas de carácter transfronterizo, y la Revista se ha dedicado crecientemente a esta cuestión, sobre todo en los últimos años. El progreso de las transacciones comerciales transfronterizas convenció a los operadores jurídicos de que el arbitraje era la fórmula más satisfactoria para resolver las controversias que surgen del intercambio de bienes y servicios y de que sus emolumentos no se reducían con su empleo. Tanto la coincidencia de los planteamientos de los abogados del common law con los desarrollados por los abogados europeos, como sus desavenencias pronunciadas en el ámbito de la prueba (discovery, cross-examination...) ha dado origen a una "cultura arbitral" específica y a una nueva era del arbitraje multiplicando la labor de ciertos centros como el adscrito a la Cámara de Comercio Internacional que ha sido el auténtico crisol de las reformas practicadas en todas las modalidades del arbitraje internacional. En todos ellos, el procedimiento sigue una estructura que descansa sustancialmente en el reglamento aplicable, que es, en términos generales, muy similar al empleado en los principales centros que administran el arbitraje en su dimensión internacional. Si el arbitraje no puede ser entendido sin los abogados, en el caso de que éstos desplieguen su actividad en el marco del arbitraje internacional, al margen de un respeto exquisito de las reglas éticas, han de reunir una serie de cualidades en orden a las diversas funciones que deben desempeñar: elegir la estrategia ajustada para plantear con éxito la reclamación, estudio en profundidad del caso, adecuada comunicación con las partes y con el tribunal arbitral, disponibilidad de una estructura acondicionada al litigio y coordinación de las diversas funciones a desarrollar en cada etapa del procedimiento arbitral. La importancia cada vez mayor que ha alcanzado, en todos los ámbitos, la tecnología digital, conlleva la necesidad de adaptar nuestra Revista a las exigencias de los nuevos tiempos.

vii) Si nos trasladamos al círculo de países iberoamericanos podremos observar un campo abonado para la codificación del Derecho internacional privado. Parece adecuado que el desarrollo normativo nacional de las cuestiones inherentes al tráfico privado externo se efectúe manera paralela y coordinada con la codificación internacional. La codificación internacional del Derecho internacional privado no puede perder de vista que tampoco puede evolucionar al margen de unificación jurídica, pero no está exenta de una nota de rigidez frente a la codificación interna. El sistema vigente en México descansa en la interacción entre las normas contenidas en el Código civil y las de origen convencional tras una incorporación masiva de tratados internacionales a partir de la década de los noventa del pasado siglo. Las reformas producidas a partir de 1988 en la legislación civil, sentaron la base para eliminar el atraso legislativo que imperaba en materia de DIPr en México, uniéndolo así al movimiento codificador que imperaba en las potencias económicas mundiales, y logrando instrumentar los cuerpos legales internacionales aplicables a la materia. No obstante dicho sistema sigue caracterizándose por una gran complejidad a la cual difícilmente se le puede dar seguimiento y, mucho menos aún, coherencia, desde el momento mismo en el que hay contradicciones entre lo enunciado en una norma y otra, ya sea a nivel autónomo o convencional. Con unos objetivos codificadores de gran ambición y con un formidable esfuerzo de coordinación de estudios preparatorios se encuentra el Proyecto de Código Modelo mexicano de DIPr, auspiciado por los profesores L. Pereznieto y J.A. Silva, cuya última versión de 2019 cuenta con 201 artículos. Ni que decir tiene que el Proyecto en sus distintas versiones ha contado con un tratamiento estelar por la Revista fragmentándose los estudios en sus tres grandes rúbricas. El Derecho de familia, el Derecho mercantil y la ayuda internacional para el proceso, incluyendo el tema de la jurisdicción internacional de los tribunales mexicanos. La base del proyecto se ha construido a partir de la normatividad internacional de los tratados ratificados por México que vía art. 133 constitucional, se ha incorporado al sistema jurídico nacional y es normatividad de la más alta jerarquía y debe cumplirse pero que sin embargo, dada su dispersión no existe un documento como el éste que se comenta, en el que toda esa normatividad se compile y se complemente para su cabal aplicación. Asimismo se incluyeron los criterios judiciales de tribunales unitarios y colegiados de circuito, más actuales.

5. Factores como los apuntados se han extendido, a la Universidad y a la investigación científica que han asumido, de manera generalmente acrítica, la dogmática gestada en el ámbito de las relaciones transfronterizas añadiendo ciertas secuelas endémicas inherentes a la propia de la academia. Se ha dicho, con notable desconocimiento de la realidad, que en las Universidades se sigue considerando esta materia como un exotismo. Sin embargo, una visión a los programas, tanto de grado como de posgrado, de las numerosas Facultades de Derecho de los últimos años en de España y en de América latina desmienten esta falacia y muestran por el contrario una obsesión desmedida por impartir esta materia, incluso en detrimento de otras que tienen una mayor relevancia para los futuros egresados. Cosa distinta es la calidad de las enseñanzas o la pericia de los enseñantes. En la mejora de la situación descrita las publicaciones periódicas tienen mucho que decir.

La situación de las transacciones transfronterizas amerita que cada Estado posea un bloque normativo integrado por normas modernas y sencillas adaptadas a las exigencias de los nuevos tiempos y a los modelos generados por la globalización en general y los movimientos regionales de integración, en particular. Los intercambios transfronterizos, estimulados por las comunicaciones mundiales a través de Internet, ha aumentado la probabilidad de que las autoridades en el lugar de destino traten de regular a los agentes en otros lugares, y los regímenes de conflictos basados en la territorialidad parecen insuficientes para hacer frente a los nuevos desafíos jurídicos. Si bien fue rechazado durante mucho tiempo en los estudios jurídicos, el pluralismo jurídico, ha experimentado un aumento de interés desde el cambio de siglo, sobre todo a la luz de la perspectiva de un Estado determinado.

6. La Revista Mexicana de Derecho internacional privado muestra con precisión la existencia, en la actual realidad del tráfico privado externo, de un abandono de soluciones prevenientes de normas jurídicas múltiples, convergentes y divergentes que emanan diferentes fuentes de Derecho, procedentes de instituciones nacionales, regionales e internacionales, esto es, de bloques jurídicos, complejos y superpuestos, que son fuente constante de conflicto y confusión. En estos bloques normativos, junto a medidas de corte predominantemente público o de relación vertical entre el Estado y el operador jurídico privado, se hacen precisas reglas concretas que den respuestas claras y previsibles a las peculiaridades de la internacionalidad de las relaciones entre particulares. Ello comporta reconsiderar el papel del Derecho internacional privado en el sentido de adoptar consideraciones de política legislativa que, además de favorecer las libertades de circulación de productos, servicios, capitales y similares, insistan en la protección de los intereses y de derechos específicos de los particulares. Las consideraciones políticas, en contraposición a las tradicionales consideraciones técnicas, despliegan gran importancia en el Derecho internacional privado, en dos diversos sentidos: la defensa de los intereses públicos en sentido estricto, y la consideración por los legisladores y por los tribunales de criterios políticos que influyan directamente en las soluciones adoptadas por las normas de este ordenamiento. El Derecho internacional privado debería abrir su metodología a nuevas realidades cumpliendo un doble cometido de defensa y protección. En el primer caso, en relación con el patrimonio mundial, en particular la con defensa del medio ambiente y el cambio climático y la lucha contra la pobreza extrema. En el segundo, respondiendo a males mundiales, como pandemias del tipo del Covid-19 o la lucha contra el blanqueo de dinero y la evasión fiscal.

Dado que en el futuro previsible seguirán existiendo diferencias entre los ordenamientos jurídicos, las iniciativas estatales destinadas a establecer nuevos mecanismos de procedimiento para la coordinación y la cooperación resultan de enorme importancia para facilitar la solución de las controversias transfronterizas en un amplio catálogo de situaciones.

Para ello se precisan, unas publicaciones especializadas que contemplen los aspectos relativos a la competencia judicial internacional de los tribunales estatales en los litigios con empresarios extranjeros, o entre empresarios extranjeros, o simplemente entre particulares –con independencia de su nacionalidad– en relación con materias teñidas de la suficiente dosis de internacionalidad. Pero también unos estudios que den respuesta a los aspectos propios de la determinación del Derecho aplicable a las transacciones transnacionales, junto a las cuestiones que la mera extranjería de la situación aconseje que no necesariamente deban quedar sujetas a la ley local, como si se tratase de una relación puramente doméstica. Por último, unas normas que contemplen las cuestiones relativas a la eficacia de las sentencias extranjeras en estos países y territorios.

Desde la perspectiva mexicana, la ingente aportación de la revista que hoy cumple 25 años, permite concluir con un sentido reconocimiento a su director y a sus colaboradores. Queridos amigos: ¡misión cumplida! y ¡adelante con los faroles!.

Madrid, 17 de febrero de 2021

CULTURA DE ARBITRAJE

Bernardo M. Cremades*

Celebramos el 25 aniversario de la Revista Mexicana de Derecho internacional Privado y Comparado. Todos sabemos lo que significa cumplir un aniversario tan importante en la vida de una revista científica. Revistas que comienzan, florecen, se marchitan y mueren suele ser muy frecuente. No lo es tanto que cumplan 25 años de vida como es el caso que estamos celebrando.

Leonel Pereznieto ha sido siempre admirado por su colegas en su conducción de pionero en el mundo del arbitraje y, más en concreto, en el de la divulgación y consolidación de la cultura del arbitraje. La diferencia entre las circunstancias de la institución arbitral hace 25 años y el momento presente radica precisamente en la creación de una verdadera cultura de arbitraje. En el mundo hispánico, nuestros maestros nos enseñaron el derecho con una única perspectiva: la solución de los conflictos se realizaba en vía judicial. Sólo los jueces, funcionarios estatales, impartían justicia con el respaldo de la autoridad que les confería el formar parte de un estado soberano. A nivel internacional se abría paso la idea de que los conflictos debían solucionarse con neutralidad por lo que se acudía al arbitraje internacional.

Diferentes trataos internacionales, especialmente el Convenio de Nueva York de 1958, sirvieron de base jurídica a la solución arbitral de los conflictos internacionales de tipo comercial o de protección de inversores. El éxito protagonizado por el arbitraje internacional nos llevo también a considerarlo como instrumento importante en la solución de los conflictos a nivel domestico.

Sobre el arbitraje se puede uno remontar a momentos lejanos de la historia jurídica, pero lo cierto es que en el mundo contemporáneo eran los países y los juristas anglosajones los que introdujeron esta técnica. De ahí que el arbitraje haya sido protagonizado por una cultura jurídica de los países anglosajones. Las circunstancias han cambiado en las últimas décadas por la importancia que la solución arbitral ha adquirido en los países de derecho continental. Especialmente en España y en los países latinoamericanos se ha producido una verdadera avalancha de arbitrajes internacionales, tanto comerciales como de protección de inversiones. El derecho internacional privado ya no sólo se practica en idioma inglés y con cultura anglosajona. Nuestras empresas participan activamente en arbitrajes internacionales, al igual que lo hacen sus abogados. Los árbitros procedentes de nuestros países han adquirido un gran prestigio y dictan sus laudos con una reconocida autoridad. Como el lógico, la doctrina jurídica se ha incorporado a este importante movimiento verdaderamente revolucionario, estableciendo las bases doctrinales del diario actuar de los tribunales arbitrales.

La Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado ha sido un ejemplo paradigmático de esta consolidación científica que hoy estamos celebrando. Sólo con una verdadera doctrina de arbitraje

* *Árbitro Internacional*

podemos decir que esta solución de los conflictos ha adquirido carta de naturaleza. Por eso, nos da mucha alegría celebrar el 25 aniversario de una revista tan importante, producto de la tenacidad y altura científica de ese gran maestro que es Leonel Pereznieto. Felicidades en este aniversario, mejores deseos de continuar una brecha ya tan acreditada.



NOTAS

LOS MASC: LA INCORPORACIÓN DE LAS TIC A PROCESOS JUDICIALES Y ALTERNATIVOS.

La importancia de incrementar las nuevas tecnologías, es un recurso ya consolidado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹, en su artículo 6, con lo cual se fortalece una conducción hacia un Estado autonómico electrónico y el uso bien reglamentado de las tecnologías de la información (TIC).

México ha suscrito 132 tratados bilaterales y multilaterales que se encuentran vigentes en materia de ciencia y tecnología, propiedad intelectual, energía nuclear, metrología, así como acuerdos de cooperación técnica y científica.²

El progreso científico y tecnológico son unos de los factores más importantes en el desarrollo de la sociedad humana, reconocidos en la Declaración sobre utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad.³ La cual promueve la cooperación internacional, con objeto de garantizar el progreso científico y tecnológico en pro del fortalecimiento de la paz y la seguridad internacionales.

Por tanto la revolución informática que se ha experimentado en los últimos 30 años, no ha sido ajeno al Derecho Internacional Privado (DIPr) y al

nuevo mundo informático que debe adaptarse a la realidad que se desarrolla.

Diversas instituciones jurídicas han tenido que adaptarse a estas nuevas tendencias, así como los tribunales en todo el mundo debieron actualizar su legislación y jurisprudencia para responder a las exigencias de los tiempos modernos.

Cuando el derecho es disponible, se pueden resolver controversias por medio de la jurisdicción y los sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación y arbitraje.

El acceso a la justicia está evolucionando drásticamente poniendo en evidencia el uso y la capacidad de las TIC para satisfacer una gran parte de la demanda social de justicia y un efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información.⁴

Nos encontramos inmersos en una sociedad que llega a calificarse como de la información y comunicación, esta nueva situación tecnológica requiere de análisis en su particular forma de reglamentación de las situaciones privadas internacionales y del DIPr.

Para enfrentar este nuevo fenómeno se debe tomar en cuenta las respuestas legislativas existentes, y las TIC deben ser tomadas en cuenta para la resolución de conflictos ante los tribunales y desde luego en los MASC, también se pueden crear sedes judiciales y extrajudiciales especializadas en las nuevas tecnologías.

El papel de las TIC en los sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, implican necesidades que impulsan a las instituciones a modernizarse, en

¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

² Secretaría de Relaciones Exteriores (SRE) "Tratados celebrados por México", en materia de *Cooperación Técnica y Científica, Propiedad Intelectual y Energía Nuclear*, actualización mayo de 2019, http://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/consulta_nva.php

³ ACNUDH, Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, proclamada por la Asamblea General en su

resolución 3384 (XXX), del 10 de noviembre de 1975, <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ScientificAndTechnologicalProgress.aspx>

⁴ https://www.derechotics.com/Página_de_la_Red_Derecho_TICs_En_particular_su_guía_de_enlaces_y_sus_repertorios_y_BoleTICs

cuanto al uso de herramientas tecnológicas de la información y comunicación para facilitar la posibilidad de resolución de los conflictos, mejorar el acceso a la justicia y más aun en tiempos de crisis.

El impacto de las TIC ha hecho que en sede de mediación los conflictos puedan resolverse valiéndose de diversos tipos de dispositivos electrónicos, por lo cual también se considera se podría aplicar al arbitraje.

La mediación electrónica es el instrumento de resolución extrajudicial de conflictos que se caracteriza por el uso de las nuevas tecnologías, de manera que todas o algunas sesiones puedan llevarse de manera virtual a través de procedimientos electrónicos.

Al igual que la mediación electrónica se considera que se podría aplicar el uso de las nuevas tecnologías, en todas o algunas sesiones para que puedan llevarse de manera virtual a través de procedimientos electrónicos, en el arbitraje.

Un ejemplo sobre instrumentos internacionales relacionados al uso de las nuevas tecnologías es el Convenio Iberoamericano sobre el uso de la Videoconferencia en la Cooperación Internacional, entre sistemas de justicia, y su Protocolo Adicional relacionado con los Costos, Régimen Lingüístico y Remisión de Solicitudes.⁵

Otro ejemplo sería la versión provisional del Convenio de la Haya sobre obtención de pruebas mediante enlace de video, elaborado por la Oficina Permanente, el 6 de diciembre del 2008, a la atención de la Comisión Especial sobre el

funcionamiento práctico de los Convenios de la Haya sobre Apostilla, Notificación, Obtención de Pruebas y Acceso a la Justicia.⁶

También podríamos tomar en cuenta los principales instrumentos de la UNCITRAL en materia de transparencia, como la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de la comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales (Nueva York, 2007), y las Nuevas Reglas de Arbitraje de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) que entran en vigor en diciembre del 2020, donde se hace referencia a las audiencias online.

Erick Armando Pérez Venegas

⁵ Convenio Iberoamericano sobre el uso de la Videoconferencia en la cooperación internacional, creado en el marco de la cooperación regional e internacional, de conformidad al Tratado Constitutivo de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos, suscrito y ratificado por México, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 17 de julio del 2014, con el cual se tiene como objetivo desarrollar el uso de las nuevas

tecnologías, y en concreto, la videoconferencia como una herramienta útil en la cooperación internacional.

⁶ Doc. Prel. No.6, Apostilla, Notificación, Obtención de Pruebas, Acceso a la Justicia, "La obtención de pruebas mediante enlace de video en virtud del Convenio de la Haya sobre obtención de pruebas", *Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, Países Bajos, 6 de diciembre 2008, pp. 1 – 12.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS: MI VIDA DEDICADA AL DIPR

Leonel Pereznieto

Con motivo de la celebración de los 25 años de la Revista, mi querido amigo el Dr. James Graham, miembro de número y ex miembro de la Junta de Gobierno de nuestra Academia, me hizo una propuesta que acepté con mucho gusto y el temor natural cuando se habla de lo que uno ha hecho; sin embargo, el incentivo es que los jóvenes que integran ahora la Academia y afortunadamente en mayor número, conozcan lo que se ha hecho y las décadas que nos ha llevado este ejercicio, no sin un gran esfuerzo.

Relatare no solo el origen y desarrollo de la Revista sino esbozar el contexto en el que la Revista nace para que quede un testimonio de mi vida dedicada al DIPr. Antes de entrar propiamente en el tema de la Revista, es oportuno ubicarla dentro del triángulo de instituciones del cual forma parte: la Academia, el Seminario anual y la Revista. Incluso es importante aprovechar para decir unas palabras a fin de aclarar, al menos, mis pasos para difundir la promover y así llegar a al DIPr moderno, cada vez más conocido en México y al que incorporan, cada vez más, escuelas y grandes comunidades académicas.

Lo anterior me lleva a narrar una parte de mi vida en torno a esta disciplina, a la cual he dedicado los últimos 50 años. En este sentido, primero viene a mi mente, el haberme ocupado de una materia prácticamente inexistente en México antes de 1978, cuando en el país se empezaron a promulgar las primeras convenciones interamericanas de derecho internacional privado. México había pasado 55 años con un orden jurídico territorialista cerrado hacia el exterior. Sin embargo, mi dedicación a la materia

no fue un acto insensato, sabía que, tarde o temprano, los órdenes económico y jurídico mexicanos debían abrirse. México es un país demasiado importante para no hacerlo. La conclusión era evidente respecto a una futura apertura de México con el solo hecho de leer, sobre la evolución de las economías en Europa durante la década de los sesenta, cómo los cambios a escala global, empezaron a gestarse desde finales de la década de los cuarenta con el establecimiento del nuevo orden mundial, resultado de la guerra. Sin embargo, las cosas no fueron prontas ni fáciles.

Me tocó vivir en Europa a finales de los sesentas y principios de los setentas y en Francia, donde más tiempo viví fue la época en este País de mayor desarrollo de la materia. Mientras me compenetraba en un nuevo mundo, primero llamaron la atención dos cosas: el flujo de la información venía de revistas especializadas: la *Revue Critique de Droit International Privé* (RCDIP) la Revista *Dalloz* y las italianas, principalmente la *Rivista de Diritto Interantionale Privato y Processuale* y las alemanas, muy especialmente en lo que se ha constituido el aporte más importante de la materia, la *Rabelzeitschrift*. La sorpresa fue importante porque en México había estudiado mi carrera de Derecho fundamentalmente basado en libros de consulta, que más servían para el lucimiento de los autores que para la enseñanza. Asimismo me llamó mucho la atención lo claras y bien fundadas que, con frecuencia, encontraba las decisiones comunitarias europeas y que me mostraban un mundo que yo no conocía, un mundo muy rico allende de nuestras fronteras, de ese derecho mexicano encerrado en cuatro paredes y en muchos sentidos, decadente y caduco.. Me parecía imprescindible entonces que para mi país, debía haber una apertura jurídica y económica que contribuyera concretamente a al desarrollo del país y a la disminución de la pobreza, que es nuestro gran flagelo, por lo tanto, debía prepararme para ese momento que, finalmente, vivimos a partir de 1988, con la reforma jurídica en

materia.⁷ Pero era razonable que para lograrlo había que ser creativo, trabajar muy fuerte y vencer obstáculos, que nunca me imaginé que fueran tan difíciles de sobrepasar en un país tan cerrado al mundo.

El primer posgrado lo estudié en España y, después, mi segunda maestría y el doctorado en Francia. Durante mis estudios en este último país, veía la existencia de la Comunidad Europea como una gran hazaña política, económica, jurídica y social. Quizá la aventura más audaz llevada a cabo por la humanidad que vinculó en un solo mercado a países que pocos años antes eran acérrimos enemigos y habían librado la guerra más cruenta que conoce la Historia. Nuevamente, gracias a la magia del comercio, estos países ahora comparten un mercado comunitario, ello les sirvió para crear instituciones en pro de la vida comunitaria, a la cual han hecho grandes aportes sectores muy importantes de la vida nacional, como el desarrollo agrícola, las políticas fiscales, la planificación industrial, con énfasis en los productos que pueden provocar una cadena de valor cuando se fabrican por varias naciones. Así sucedió en el pasado con el proyecto Concorde, que ahora desemboca en sectores de las comunicaciones, la tecnología espacial, entre muchos otros. Incluso algunos sectores antes considerados de seguridad nacional se administran de manera compartida y se unifican en materia de política exterior, ejército común, parlamento común, el cual dicta obligaciones a sus estados miembros, etc. Ante un fenómeno de esta naturaleza, no me costó mucho trabajo comprender que estaba en el camino correcto del estudio del DIPr. Sin embargo, según observaba, ese derecho comunitario que me sorprendía y me animaba a conocerlo, no surgió de la nada, fueron las universidades europeas las que a través de centros de trabajo se encontraban trabajando a todo

vapor preparando las normas comunitarias a aplicar en los próximos años. A mí me tocó presenciar de observador, un par de reuniones del Comité Francés de DIPr al que invitaba el Profesor Yvonne Loussuarn a un pequeño grupo de sus estudiantes y ahí me di cuenta de las grandes ventajas para el desarrollo del conocimiento científico que tienen este tipo de cónclaves académicos en donde se discutían los problemas centrales de la Materia y que en la práctica se reflejaban en la elaboración de normas internacionales a través de los proyectos de normas comunitarias que se generaban en ese entonces. Es fundamental crear ese nicho, ese entorno. Recordé a la Academia que se acababa de fundar ya a mi salida de México, pero había que evitar que se volviera un club de aficionados como de hecho así comenzó cuando años después regresé a México. Me referiré a este tema más adelante

A medida que avanza el tiempo y uno tiene más edad, surgen prioridades que antes no lo fueron y se hace necesario acometerlas, en especial, durante una época de acontecimientos y transformaciones que se suceden rápido, como la actual crisis a causa de la pandemia y sus implicaciones en el cambio a nivel internacional, donde el tiempo suele acelerarse.

Tuve la suerte de estudiar DIPr durante mi licenciatura en la Facultad de Derecho de la UNAM (1963-1968) otro mundo para mí, pues venía de escuelas religiosas. De ese tiempo, sobre todo, estoy agradecido con uno de los tres mejores profesores de DIPr de la Facultad durante aquella época, 1963: el Lic. Julio César Treviño Azcué (los otros dos buenos profesores eran: Héctor Pérez Amador⁸ y José Luis Siqueiros). El profesor Treviño estudió su posgrado en la Gran Bretaña, por tanto, nos enseñó el DIPr a partir de la interpretación de las jurisprudencias inglesa y de los Estados Unidos. En su clase, examinamos casos decididos a partir de

⁷ La reforma fue publicada finalmente en el Seminario federal de la Federación del 4 de enero de 1989.

⁸ A quien tuve el recuerdo de publicar *post mortem* su obra: *Derecho Internacional Privado*. Ed. Limusa. 2013. Por cierto,

muy recomendable, obra de la cual, hago su reseña en este número de la Revista.

una metodología (de derecho consuetudinario) que no conocíamos y, aunque la mayoría de los casos tenían poca relación con nuestro orden jurídico, se trató de un ejercicio intelectual de imaginación y creación, con una gran influencia para mi dedicación a la materia. El DIPr siempre se ha reconocido como una de las materias del Derecho: “Con una rápida evolución que representa un formidable reto intelectual. El DIPr reconocido como uno de los temas más difíciles en el ámbito de toda escuela de derecho”,⁹ según lo expresó el profesor Friedrich Jünger de la Universidad de California. En la práctica, esta disciplina cubre la franja internacional de todas o casi todas las materias del Derecho.

En 1968, cuando le comuniqué a mi querido profesor Treviño Azcué, de quien fungía como joven profesor adjunto, mi deseo de estudiar un posgrado en Europa me recomendó irme a España y, después de graduarme de la maestría, como segundo paso, irme a Francia, porque ahí enseñaba uno de los viejos y legendarios profesores de la Sorbonne: el iusprivatista Henri Batiffol, una de las máximas figuras del DIPr de la época.

En realidad, la Sorbonne es la Facultad de Filosofía y letras de París, el nombre correcto en materia de derecho es el de las Facultades de Derecho de París que partir de 1968 fueron: París I (Derecho Público) y París II (Derecho Privado), que fue en la que estudié pero a la hora actual ambas facultades ya han sido fusionadas. Además, existe un variado número de campus, diez y siete campus, ubicados alrededor de la ciudad de París para atender la gran demanda de estudiantes.

Así, entré al doctorado después de pasar por una segunda maestría, ahora en Francia, que me obligaron a estudiar a fin de ingresar, pues, precisamente en esas fechas, estaba suspendido el acuerdo entre Francia y España respecto al

reconocimiento de documentos académicos. Según aprendí después, esta y muchas otras demostraciones sirvieron al gobierno francés de la República para molestar la vida política del dictador y genocida español Francisco Franco. Mientras tanto, me vi en la calle con mi título de una maestría española sin valor de reconocimiento. Mirando de cerca las relaciones entre Francia y el franquismo durante aquella época, todo esto era explicable y, en consecuencia, debí cursar la segunda maestría como requisito para mi ingreso al doctorado. Esta vez, empecé a estudiar una disciplina muy útil para el desarrollo de mi carrera más tarde en la UNAM, especialmente en el Centro de Relaciones Internacionales de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, donde me encuentro. Las disciplinas de las Relaciones Internacionales y Diplomacia a que me vi obligado cursar, fueron una experiencia y un espacio muy interesante para llevarme a aprender algo más allá del Derecho. Me sorprendió el mundo interdisciplinario en el cual se movían las propuestas en la materia y me dio un contexto más amplio en mi área, al grado que ha servido a lo largo de mi vida académica, como comentaré más adelante. Puedo adelantar, sin embargo, que el impacto de ese planteamiento interdisciplinario puede notarse en muchos de mis escritos, cuyo enfoque hace notar mi preferencia de análisis a partir de esta metodología. Como ensayo final en mi vida académica preparé un trabajo sobre las relaciones disciplinarias entre las Relaciones internacionales y el Derecho, con base en la metodología de las Ciencias Sociales y el Derecho. De esta manera, quisiera pagar, en parte, a esa honrosa Facultad, espacio donde el pensamiento de escucha totalmente libre, que me acogió cuando fui perseguido político por un grupo muy bien ubicable dentro del Iij de la UNAM.

Los inescrutables caminos de la vida me llevaron, como dije, a formar parte, durante 50 años, del Centro de Relaciones Internacionales de la UNAM,

⁹ En el prólogo a la obra *Derecho Internacional Privado*. Parte especial. 2010. Pág. xxiii.

donde trabajo como profesor de tiempo completo desde que ingresé. Además de la riqueza de ideas que me aportó esa segunda maestría que fortuitamente había tenido que cursar como acceso al doctorado, también me sirvió mucho en el dominio del francés, lo cual más tarde, durante el doctorado, me permitió comprender los temas a abordar y su hilo consecuente de investigación. A ello dediqué largas horas de estudio, muchas veces me tocó salir de madrugada de la Biblioteca de la Universidad, a un costado de La Place du Pantheon. Quiero puntualizar que en esas largas jornadas de estudio me quedó claro que la información doctrinaria más reciente procedía de artículos de revistas especializadas que por su periodicidad traían una información reciente. La consulta de los tratados solo era para ahondar en algún tema. Respecto a mi enseñanza en Francia, debo reconocer mi formación cartesiana como una de las herramientas más valiosas del tesoro francés. El encuentro con esta metodología, tan diferente a mi falta de formación estructural hasta entonces, me encaminó para adquirir una metodología fundamentalmente de pensamiento y, así, enfrentarme con un primer gran reto: no solo aprender el método, sino hacerlo mío, permitirle esparcirse a lo largo de la mente. Recuerdo a un compañero venezolano, quien no pudo con este nuevo sistema de pensar y abandonó el doctorado, una pena para todos.

En París, gracias a recomendaciones de mi querido maestro Treviño Azcué y del maestro sevillano Juan Antonio Carrillo Salcedo, a quien conocí en Madrid y con quien me unió una larga amistad y quien acababa de obtener su doctorado, precisamente, con el maestro Batiffol. Desde el principio, de mi estancia en París, dos profesores de la Facultad, me apoyaron y me animaron a proseguir en el camino: Yvon Loussouarn y, en especial, mi querido maestro Henri Batiffol, quien me supo conducir por el camino correcto en mis investigaciones. Henri Batiffol desafortunadamente falleció hace tiempo, provenía del norte de Francia, de la activa y económicamente desarrollada ciudad de Lille, de origen celta y flamenco también se le conoce como “La ville de l’art et le histoire”.

Quienes nacen en esa provincia francesa, por lo general, son personas observadoras, calladas, de una gran sensibilidad y de pocas palabras, solo expresan, ya sea de forma verbal o escrita exclusivamente lo fundamental. Con esta guía, además de aprender las bases del DIPr conforme a la disciplina de pensamiento cartesiano, logré también algo invaluable: decir y escribir con claridad, lo estrictamente necesario, expresar las ideas de manera más concisa, lo cual siempre trato de infundir en mis alumnos.

El profesor Batiffol fue, ante todo, un ser humano muy generoso, con una respuesta siempre grata. Los grandes hombres con frecuencia son gente sencilla, como ejemplos están Albert Einstein o el recientemente fallecido Stephen Hawking. El profesor Batiffol era un ser tranquilo, consciente de que sus ideas en el mundo de la época prevalecerían como referente en nuestra materia, tanto en Europa continental como en algunos países de América Latina. Sin embargo, cuando le hablé por primera vez del México todavía cerrado, territorialista, excluido del mundo, le llamó poderosamente la atención. Batiffol fue un hombre muy paciente, me hablaba de su vida durante la guerra, de las largas filas que de niño debía hacer para recoger la preciada hogaza de pan asignada a su familia cada semana. Como era muy amable y proclive a iniciar una conversación, uno siempre salía con una enseñanza. Dentro del moderno DIPr, el profesor Batiffol, como seguidor de la escuela alemana de pensamiento, partía de la metodología del Derecho comparado, a fin de lograr un óptimo contraste normativo iusprivatista. Estas ideas hacen recordar al método del Derecho comparado de Ernst Rabel y su Escuela de la Calificación. De esta manera, tuve la fortuna de iniciar mi vida en el DIPr con un método extraordinario y de la mano de un gran maestro. En esas fechas el profesor Batiffol ya estaba en trámites para su retiro y nos había avisado de su partida, no obstante, el ilustre maestro me concedió el honor de dirigir mi tesis de doctorado, una de las últimas tesis bajo su dirección y no sólo eso, ya lo mencioné, tuve el honor que me distinguiera con una invitación que le hice de venir a México, al Segundo Seminario de Dipr. Con

frecuencia me hablaba de las culturas prehispánicas, que visitó y fue un gran gusto para él, después del Seminario lanzarse a recorrerlas junto con su esposa que lo acompañaba siempre. Su presencia, catapultó muy temprano al Seminario al mundo. Se habló de una lucha contra el territorialismo y siempre tuve el apoyo de un gran número de profesores europeos y estadounidenses, en aquellos años, que me motivó a seguir adelante con la difusión de un DIPr moderno, que implicaba reformas legislativas.

Menciono algunas palabras del maestro Batiffol, en las cuales se puede percibir su humildad: cuando yo, sabedor de que ya no dirigiría tesis, —a la mexicana, me brinqué el aviso—, le solicité una cita que pronto me la concedió y le propuse mi tema de tesis y solicité su dirección, me dijo, según las palabras grabadas en mi memoria por siempre: “México es un país que siempre he admirado por su cultura prehispánica, desde la distancia, para mí sería una oportunidad para un buen aprendizaje de una parte del orden jurídico mexicano al recorrer con usted los pasajes de su tesis”. Para mí fue otro alto honor, como lo fue después haberlo invitado, como ya lo mencioné, a participar y engalanó con su presencia al Segundo Seminario de Derecho Internacional Privado, en Ciudad de México en 1978.

Recuerdo con nitidez esa imagen del Profesor Batiffol en el estudio de su departamento en París, en la avenida de Henri IV, su escritorio a un costado de la ventana con vista a la avenida y sus papeles alumbrados con la luz de una lámpara tenue. Su aceptación de mi propuesta de tesis y, sobre todo, los términos de la respuesta me permitieron mirar su calidad humana, sencillez y humildad. A lo largo de mi vida académica, he tratado —sin lograrlo— de imitar esas cualidades de mi maestro y, al intentarlo, reconocer su sentido humano. Siempre ha sido un modelo a seguir en mi vida académica y personal. Aquella propuesta de tesis El Territorialismo de leyes en México que fue un tema sorprendentemente inédito para México hasta entonces y, sí, absolutamente necesario para su transformación y apertura. La investigación

consistió en una crítica jurídica al sistema territorialista mexicano de la época y una propuesta de legislación para el cambio y la consecuente apertura económica de México al mundo. Por lo mismo, la obra levantó más pasiones de las que esperaba.

Al concluir la defensa de mi tesis de doctorado en un examen donde participaron tres grandes juristas franceses de la época: Yvon Loussouarn, Elizabeth Poisson y Henri Batiffol, pedí a Elena, mi esposa, quien me hizo favor de acompañarme a ese trance. Debo decir que me trataron muy bien en el examen, aunque fue un evento largo, de tres horas y media. Ese día también me acompañó Bertrand Ancel, un buen amigo y director, años después, de la *Revue Critique de Droit International Privé*, una de las grandes publicaciones en las cuales se sostiene nuestra disciplina, así como la revista *Rabel Zeitschrift*. Bernard Ancel era uno de los ayudantes de mi querido profesor Batiffol con quien tuve mayor trato. Al finalizar el examen, Bertrand muy amablemente nos invitó a abrir una botella de champagne en el bistró abajo de la Facultad. Entendí el porqué de ese riquísimo vino espumoso, los franceses lo seleccionan para festejar.

Traduje mi tesis al español y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ) me la publicó en 1977 como estudio monográfico y se reeditó en 1982. En dicho Instituto trabajé como investigador los primeros ocho años en la UNAM (1972-1980).

El fomento de mi materia de estudio en un campo tan árido como era el orden jurídico y la doctrina mexicanas en ese momento tuvo, sus dificultades. Cuando regresé de Europa, en 1972, y, en la Facultad de Derecho de la UNAM, salvo las tres excepciones de profesores que cité antes, solo sabía de la existencia de dos profesores más con ideas modernas. Uno con larga trayectoria, Eduardo Trigueros, el otro, un profesor de la Universidad Iberoamericana, Marco Aurelio Carrillo, ambos ya fallecidos en esa época. El legendario Eduardo Trigueros, una estrella que desafortunadamente murió muy joven, empezaba a darle un vuelo a la

disciplina, sobre todo, en materia bancaria internacional, aunque tocó otros temas. Precisamente, cuando se desató en Europa la gran polémica sobre el carácter de la ley extranjera una vez que ingresa al orden nacional, Trigueros opinó en el sentido de los tratadistas italianos de su época, especialmente Roberto Ago (1956), para quienes la norma de conflictos creaba a una nueva norma, la norma extranjera, la cual se incorporaba al orden jurídico como norma nacional. Una forma interesante de interpretación.

A mi regreso del extranjero en 1972, me incorporé a dos Facultades, a la de Ciencias Políticas y Sociales y a la Facultad de Derecho de la UNAM. Como investigador de carrera de tiempo completo en el IJ tenía la obligación de impartir clases. En la Facultad de Derecho, me integré a un amplio grupo de profesores, en aquella época todavía compuesto por algunos de los tratadistas de la República Española. El estricto Jiménez Huerta, en Derecho Penal, el simpático y dicharachero Recasens Siches o el hombre cabal y también de fuerte carácter don Niceto Alcalá Zamora, hijo del presidente de la República Española, destruida por tropas nacionalistas con el apoyo de la aviación militar nazi. Tuve la fortuna de ser ayudante de investigación del maestro Alcalá Zamora durante los dos años previos a irme a Europa. Él me recomendó con profesores españoles a quienes, en algún momento, visité. En la Facultad de Derecho de la UNAM estaban también algunos civilistas como profesores tratadistas mexicanos con quienes había estudiado, totalmente influidos por las doctrinas formalistas francesas, como Rojina Villegas o Borja Soriano, además, había algunos pocos mercantilistas de tradición italiana, como Roberto Mantilla Molina y Jorge Barrera Graf, ambos con una visión amplia del mundo.¹⁰

Estos autores escribieron textos importantes, el resto era un páramo. Alguno de los territorialistas

dogmáticos del grupo logró sobresalir porque publicó un llamado tratado de la materia. Un texto verdaderamente anticuado y de difícil lectura, del cual elaboré una reseña tras su publicación en 1997, entonces encontré que la referencia más reciente del libro databa de 35 años antes. Cuento esta anécdota porque pude saber desde el inicio que el camino no iba a ser tarea fácil, debido a este tipo de profesores y autores enraizados en viejas y malas tradiciones. De manera semejante sucedió con el territorialismo, el cual no fue más que una actitud política del avestruz: meter la cabeza en la tierra frente a un mundo internacional cada día más desarrollado. Paradójicamente, años después México se convirtió en uno de los países más abiertos al mundo al comercio y la onceava potencia exportadora del mundo y eso atrajo inversiones e inmigrantes, con todos los problemas familiares internacionales que suelen presentarse.

Según recuerdo, fuimos dos profesores, el uruguayo Eduardo Tellechea Berman – apreciable amigo - y yo, quienes primero introdujimos la pluri metodología para la enseñanza del DIPr en América, que en mi caso fue a partir de 1979. Esto dio lugar a una recomposición en la forma de tratar la materia para su enseñanza y, sobre todo, permitió mostrar al estudiante cómo se producen reglas internacionales que contribuyen a la expansión del orden jurídico mundial. Afortunadamente, casi todos los planes de estudio hoy en día en México y Latinoamérica han adoptado la pluri metodología en el estudio del DIPr.

En 1972, cuatro profesores jóvenes con el ánimo de fomentar la materia nos unimos en torno a la Academia Mexicana de DIPr y Comparado (la Academia). Éramos los menos, pero hacíamos un enorme esfuerzo para enseñar una materia que prácticamente no existía en el país, a eso se refirió uno de los profesores más destacado de ese grupo,

¹⁰ A estos dos profesores los acompañamos como asistentes Jorge Sánchez Cordero y el que esto escribe, integrando así, la Delegación mexicana ante la discusión y elaboración de la

Convención sobre contratos de compraventa internacional de mercaderíascompraventa i

Fernando Vázquez Pando, ya fallecido, cuando dijo que nos encontrábamos frente a la enseñanza de un “invertebrado gaseoso”. La profesora Laura Trigueros, también de la Escuela Libre de Derecho de la Ciudad de México, se unió al grupo, con ella preparé la publicación por el IIJ de las obras completas de su padre: Eduardo Trigueros, y, también el texto para la reforma al Art. 30 constitucional en materia de doble nacionalidad. Si hacía falta aún algún pretexto para que los dogmáticos territorialistas pudieran agredirme y tildarme de “Enemigo de la patria,” esta reforma sobre la doble nacionalidad fue su gran justificación; sin embargo, ellos ignoraban o pasaban por alto, la importancia de una reforma de este tipo para ayudar a 38 millones de mexicanos que se encuentran en los Estados Unidos y otros países.

En 1976, logré fundar el Seminario Nacional de Derecho Internacional Privado y Comparado, como instrumento para difundir la materia en toda la República. Con una periodicidad anual, hasta la fecha el Seminario cumple con 43 reuniones ininterrumpidas en otras tantas universidades de la República y en poderes judiciales de los estados —nos interesan mucho los jueces—, con ello, la difusión de la materia sigue creciendo.

En 1979, publiqué mi libro de texto de DIPr, Parte General cuya décima edición se publicó cuando la obra cumplió 35 años desde su primera publicación. Este es uno de los libros de texto que más se siguen en México y Centroamérica. Actualmente, estoy elaborando la onceava edición, para publicarse a finales de 2021 con la editorial Tirant lo Blach. La parte especial de esta obra la publiqué en coautoría con el Dr. Jorge Silva en el 2000, ahora estamos preparando la tercera edición, también con Tirant lo Blach.

En 1990, y durante 9 años, por indicaciones de la UNAM, a propósito de sus convenios de intercambio con universidades del interior, fui asignado a la Universidad de Sonora para llevar a cabo el diseño y puesta en marcha del posgrado en DIPr, con el objetivo de expandirlo a los cuatro

planteles de la Universidad en el Estado. Hoy en día, el posgrado funciona con otras disciplinas incorporadas y tiene una capacidad media de 400 alumnos: generaciones de jóvenes con ideas internacionales y, lo más valioso, con mentalidad internacional gracias a su exposición constante al mundo mediante el Internet. Años después de la inauguración del posgrado, la Universidad de Sonora me concedió el doctorado honoris causa por mi labor. Desde esa fecha sentí cómo el quehacer de un profesor, si en verdad se lo propone, puede expandirse y alcanzar el éxito.

Los profesores de DIPr nos dedicábamos a enseñar una materia formalmente inexistente, salvo por algunas cuestiones limitadas de aplicación de la ley y otras tantas de competencia judicial. Al impartir esta materia también había algunas diferencias: unos enseñábamos más conflictos de leyes y de competencia judicial, otros, la mayoría, no pasaban de los temas de nacionalidad y extranjería, que no son propiamente temas del DIPr. Estos profesores territorialistas, por ignorancia, no abordaban el tema del internacional privado en estricto sentido.

Cuando se consolida el comercio internacional en un país es el resultado de la alineación de todos los elementos en un sentido positivo hacia esa actividad, este no es el caso de México, donde las modificaciones jurídicas de 1988 y, posteriormente, las de 1996 han sido insuficientes para contar con un cuerpo legislativo eficiente. Por lo pronto, según parece, en fecha pronta entrará en vigor el Código Nacional de Procedimientos Civiles, en él la Academia propone un capítulo internacional, en caso de incluirse mejoraría la posición legislativa estratégica de México para con el mundo.

Decía anteriormente que desde 1988 participé en forma activa en los cambios hacia la internacionalización en el orden jurídico mexicano, esto constituyó uno de los grandes privilegios y una de las experiencias más importantes de mi vida profesional. De esta manera traté de vivir una época, siempre con la claridad y el compromiso que requería, por ello, me permitiré mencionar solo

algunos acontecimientos clave en este sentido y para mi vida académica.

Como comenté, en la publicación de mi tesis de doctorado en París, traducida al español, propuse una serie de modificaciones al orden jurídico mexicano, estas propuestas sirvieron, en alguna medida, para elaborar el proyecto de Convención Interamericana en 1979, firmada en la Quinta Conferencia Interamericana Especializada de Derecho Internacional Privado sobre Normas Generales, que se celebró en Montevideo, Uruguay, en mayo de 1979. Más tarde, México ratificó dicha Convención el 13 de enero de 1983. Desde esa época aprendí a estar listo con una propuesta, a fin de aprovechar cualquier oportunidad para modificar al orden jurídico mexicano. Finalmente, la oportunidad se me presentó. Un buen amigo mío y académico de la UNAM era a la postre subsecretario de Gobernación, el Dr. Fernando Pérez Correa, por su parte, otro buen amigo, el Lic. Salvador Rocha Díaz, ese legendario y gran abogado, era director general jurídico de la Secretaría, y más tarde ministro de la Suprema Corte de Justicia. Entonces, presenté a Salvador Rocha, por encargo de Fernando, mi propuesta reforma. La discutimos durante varias sesiones nocturnas, cuando Salvador terminaba o posponía algo poco urgente, en sus oficinas de Bucareli, ahí mismo donde está la glorieta del Reloj Chino, en ese majestuoso edificio del porfiriato que fue el Palacio Cobian. Nos quedábamos hasta media noche para avanzar en el proyecto, Salvador quería analizar cada coma del texto, fue decididamente uno de los pocos abogados que he conocido con un excelente criterio jurídico, lo cual me facilitó explicarle y a él comprender a fondo este tipo de disposiciones, a veces difíciles de entender para un extraño y, por lo tanto, provocan rechazo o confusión. Aunque durante nuestro tiempo de trabajo Salvador era interrumpido por continuas llamadas telefónicas, pudimos hacerlo bien. Finalmente, salió el proyecto hacia el Congreso de la Unión. La reforma comprendía al Código Civil para el D.F., su código de procedimientos civiles y el de procedimientos civiles federales. La reforma se publicó en 1988.

Más tarde, junto a Salvador escribimos, para la Editorial Harper & Row, el primer manual de control de cambios, en plena crisis económica del México de aquella época, y se publicó en 1989. Desafortunadamente, Salvador, el amigo, falleció hace cinco años.

La segunda reforma legislativa, en 1993, realizada en el Código de Comercio, fue para incorporar la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional como título tercero del Libro Cuarto del Código de Comercio, como un nuevo concepto para resolver los conflictos, excluyendo la vía judicial.

Esta reforma fue relativamente menos difícil, se trataba de una propuesta de Naciones Unidas, nada despreciable, porque además representaba un paso adelante en la modernidad del orden jurídico mexicano, ya que obligaría a definir los procedimientos comerciales en estas materias. Varias instituciones importantes en México dedicadas al arbitraje estaban interesadas en la aprobación de la propuesta, así como varios abogados de despachos internacionales. En lo personal, me tocó hablar con los senadores miembros de la Comisión, como representante de México ante UNCITRAL en Viena y, por supuesto, también en representación en este tema, de la propia Consultoría Jurídica de la SRE., de la cual soy decano, ante el Congreso. Poco después se aprobó, en el mismo Código de Comercio, un capítulo sobre comercio electrónico, derivado de una Guía Legislativa de UNCITRAL, impulsada por la misma Consultoría.

Ojalá las autoridades se decidan un día a hacer las cosas correctas, muy difícil todavía, como para adoptar la Ley Modelo de DIPr de la Academia que cubre la mayor parte del horizonte internacional del derecho mexicano.

En esa época, surgió otro proyecto vinculado con la futura firma del Tratado de Libre Comercio. El director jurídico de la Secretaría de Comercio (hoy Economía) era un joven jurista de primera clase, Guillermo Aguilar Álvarez, quien era mi exalumno

destacado en la UNAM, recibió al final de su licenciatura, la medalla Gabino Barreda, la máxima distinción de un alumno que esta Casa de Estudios otorga y un joven brillante. Habíamos mantenido un intercambio periódico de ideas. Primero nos reunió un grupo muy reducido, principalmente de académicos, en especial, comparativistas, cuya primera tarea inmediata fue llevar a cabo varios “trasplantes” legislativos de sectores completos de legislación de los Estados Unidos a México, requisitos de Estados Unidos para la firma del Tratado. Se trató un ejercicio de derecho comparado práctico, sumamente interesante, en el cual finalmente podía aplicar mis conocimientos en derecho comparado para intervenir en la “tropicalización” de varios temas, como competencia económica, medio ambiente, telecomunicaciones, licitaciones internacionales y muchos otros. Una aventura fascinante y muy aleccionadora.

Una vez terminada esa tarea faraónica y ya en plenas negociaciones del Tratado, Guillermo Aguilar Álvarez abrió el grupo y convocó a varios abogados y jueces para discutir con ellos las reglas de solución de controversias en el TLC. A este encargo dedicamos varias reuniones, hasta afinar el mecanismo arbitral de los capítulos XI, XIV, XIX y XX del TLC. El resultado se presentó a la discusión de las partes.

Cuando terminé esta larga y complicada tarea, llegué a la conclusión de que había valido la pena estudiar el DIPr para lograr mi participación en todo este proceso, pues ha significado el gran cambio en el derecho mexicano, antaño cerrado a cualquier corriente de pensamiento y ahora, abierto al mundo. Los esfuerzos valieron la pena.

Paso a las tres instituciones. El Seminario fue mi primera idea para la difusión del DIPr. al interior de la República y ha dado un resultado excepcional. Pero, a su vez, el Seminario requirió de una modernización de la Academia, que llevamos a cabo quienes entramos en 1972: Laura Trigueros, Fernando Vázquez Pando y, durante varios años,

un académico francés cuya ayuda fue muy valiosa, el profesor Claude Belair Mouchel.

Antes de 1972, la Academia tenía solo una reunión anual para celebrar la cena de fin de año. En esas cenas se empezaron a hacer los ingresos, se escuchaban los discursos y, después, las respuestas, esto hacía cada vez más largos los eventos y más reducida la asistencia. Paradójicamente, gracias a esa situación de malestar propusimos, sin ninguna oposición, celebrar comidas mensuales, este único cambio dinamizó a la Academia para ir resolviendo lo necesario. En 1979, consideré al Seminario como una función a cargo del presidente en turno, entonces, logré que se convirtiera en el acontecimiento institucional anual extramuros de la Academia.

En cuanto a la Revista, ya hemos hecho todo un periplo, para llegar a este punto que ahora festejamos con tanto cariño. La propuesta de la creación de la Revista fue hecha por Alejandro Ogarrío entonces Presidente de la Academia y cómo suele suceder en México uno de los miembros, hoy de número, se brindó de inmediato a hacerse cargo de la Revista; sin embargo, a medio camino se dio cuenta que no podía o que la llamada no llegó hasta tanto y ante los problemas en la configuración del primer número, me uní a la tarea y salió un número aceptable. Sin embargo, el problema más importante, como era lógico, fue precisamente el financiamiento y me vi solo en la Revista, todos los que se brindaron a la creación de la Revista, desaparecieron y me vi en la obligación de pasar el sobrero para reunir lo suficiente para pagar la imprenta. En el segundo número ya me había quedado solo, como decimos en México, con el bebé en los brazos y a partir de entonces salíamos de una gran crisis financiera del Estado (1994) en la que el endeudamiento interno rebasó todos los límites y al gobierno siguiente le tocó pagar los platos rotos con las condiciones económicas del país eran tales que yo sabía que no se sería para nada sencilla la tarea de financiar la revista. No me quedó de otra: salí a la calle nuevamente en unas jornadas intensas de solicitud de ayuda. Afortunadamente lo hice con un plan que fue el siguiente: los únicos que

en este momento tienen dinero en México son los bancos y me puse a invitar a los directores jurídicos de los bancos que conocía o habían sido mis alumnos, hasta que una de esas reuniones, como venido del cielo, me entrevisté con el director de Asuntos jurídicos de Banamex, Lic. Borga Martínez, un hombre ilustrado con quien había tenido algunos contactos anteriores. Así, para el segundo número, y durante 18 números más, conté con un magnífico patrocinio de Banamex. Esto significó un alivio de muchos años y me permitió concentrar mi atención en la Revista. Con el tiempo, pude invitar a diversos autores de muchas partes del mundo y lograr la continuidad bianual y así, cumplir con los requisitos para una revista de esta naturaleza a fin de acreditarse ante el reducido mundo de lectores. El largo patrocinio llegó a su fin pero como era un final anunciado, me permitió prever la subsistencia de la Revista a partir del número 20. Como siempre digo en estos casos: Dios me iluminó. En una exposición de pintura de mi hermano Fernando, me encontré con Enrique Calvo Nicolau, director de Editorial Themis, y conocido mío de muchos años por ser un gran amigo de mi hermano. El resultado de ese encuentro fue la afortunada publicación de siete números más de la Revista. Después de eso reinicié mi peregrinaje, pues, según fui informado con antelación, la Editorial había sido adquirida por otra empresa.

En este nuevo caso de penuria, como siempre lo han hecho, me ayudaron los amigos afortunadamente. Con algunos de ellos he hablado sobre el tema y coinciden en verme como uno que viene con la antorcha y es necesario tenderle la mano, máxime porque siempre he trabajado con la razón, no con la ideología.

Encontrar recursos no solo significó una enorme pérdida de tiempo, también de mi dinero: yo invitaba a con quien debía entrevistarme para conseguir dinero para la publicación o bien, a los autores y, el gasto mínimo indispensable en Ciudad de México era una comida, que, por lo general, yo costaba. Lo mismo sucedía con los anticipos de la imprenta, a veces yo debía cubrirlos, cuando no me

daba tiempo de reunir la cantidad del pago. Así me mantuve durante ocho números más de la Revista. A lo largo de esos años me convencí de sacar la Revista en línea, pues ya no quería pasar por más noches de incertidumbre preocupado por el futuro de la Revista, francamente, ya no podía, ni debía, ocupar mi tiempo en reunir el dinero para pagar cada número siguiente. Mi decisión fue acertada. Con esto no quiero decir que a partir de la publicación de la Revista en línea todo ha sido coser y cantar, pero no hemos tenido ninguna preocupación económica porque lo muy poco que se gasta lo pago yo y así poco a poco como se ha podido llegamos a los conflictos con nadie y ya llegamos al número 45 después de 25 años de estarla publicando bianualmente, aniversario que celebramos ahora.

Reitero mi agradecimiento al Dr. James Graham por haberme animado a escribir esta carta de vida. Pronto espero entregar a nuevas generaciones el manejo de la Revista, como lo he hecho con la Academia y el Seminario, para que continúen esta labor y, sobre todo, sepan que con trabajo, imaginación y ganas de hacer las cosas podemos salir adelante en este campo y en muchos otros.

Leonel Pereznieto Castro

Invierno de 2020

RESEÑAS

EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA DE LOS INMIGRANTES EN SITUACIÓN IRREGULAR

Loretta Ortiz Ahlf

México, UNAM, Instituto de Investigaciones
Jurídicas, 2011. 347 pp.

Introducción

Dispongo de un breve espacio para presentar algunos comentarios sobre la obra que reseño.

La profesora y Doctora Loretta Ortiz nos presenta una obra de gran importancia para el momento actual. Aunque ambientada al momento de hace pocos años, el hecho es que cobra gran actualidad, cuando se le ve con los ojos del momento, a la luz de los problemas que se han venido suscitando en México.

Comienza sentando el contexto en que se asienta su trabajo de investigación. Sostiene que la globalización y la desestabilización, que viene de finales del siglo XX en todo el mundo, ha generado una pauperización de la población, incluso una amplia marginación, provocado diversos desplazamientos de las personas para poder sobrevivir. El hecho es que gran parte de su atención la coloca en los movimientos habidos en Europa, de los que no se desliga la sociedad del continente americano, ni la mexicana.

Como se observa, el punto central de su investigación, está puesta sobre la inmigración irregular. Inmigración que, si bien ha sido objeto de atención desde hace tiempo, hoy adquiere mayores proporciones. Incluso en Centroamérica, México y Estados Unidos, donde los desplazamientos van de sur a norte. De ahí la gran importancia de las tesis y observaciones de la obra para el lugar en que hoy nos encontramos.

La profesora Ortiz Ahlf nos delita con su obra explicando que el objetivo central de la misma fue “analizar, a la luz del derecho internacional del derecho internacional de los derechos humanos, del sistema interamericano y europeo de protección de los derechos humanos, del derecho de la Unión Europea y del derecho comparado hispano-mexicano, el derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular”.

Vale decir, que la autora ha trabajado y escrito sobre derechos humanos una gran cantidad de obras. Conocedora del derecho internacional público, amplía su investigación sobre los derechos humanos en el ámbito internacional.

La obra se estructura en siete capítulos, precedidas de una breve introducción a cargo de la autora. Hubiera sido importante un prologuista que en su momento reconociera los méritos de la obra, que desgraciadamente no participó.

Sobre los capítulos que comprende paso limitativamente a reseñarlos, no sin antes dejar anotado, que, al inicio de la obra, la autora presenta un amplio listado de abreviaturas, que el lector habrá que tomar en cuenta para la comprensión de la lectura, sobre todo, de aquellas abreviaturas que no nos son familiares. Igualmente, que al final de la obra, nos presenta un amplio listado de las obras citadas, que van organizadas, dada la multiplicidad de las mismas.

Contenido

Capítulo 1

El capítulo 1 lleva por título “El derecho de acceso a la justicia en el derecho internacional de los derechos humanos y su perspectiva internacional versus inmigrante en situación irregular”. En este, la autora se fijó como objetivo determinar el contenido del derecho de acceso a la justicia en los instrumentos internacionales obligatorios y en el derecho constitucional comparado. Aprovecha la

oportunidad para presentar un concepto jurídico de inmigrante en situación irregular, luego de aclarar algunas diferencias conceptuales entre el régimen internacional aplicable a refugiados, asilados y desplazados.

Con detalle, aquí se detiene en lo que llamaríamos marcos teóricos y conceptuales del derecho de acceso a la justicia. En especial, en el derecho internacional de los derechos humanos, en el constitucional, con algunas “consideraciones de derecho” y en torno al inmigrante, con una situación irregular.

Capítulo 2

El segundo capítulo se titula: “El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular en el derecho internacional desde la perspectiva interamericana y europea”.

Tanto este capítulo como el siguiente tienen en común centrarse en el acceso a la justicia de los sistemas europeo y americano.

Aquí aborda dos puntos de interés: el derecho de acceso a la justicia en situación irregular, desde la perspectiva del derecho internacional. Igualmente, presenta algunos avances del derecho a la justicia de esos inmigrantes, pero desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos.

Capítulo 3

A manera de continuación el capítulo tercero lo titula “El derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular en los sistemas de jurisdicción internacional para la protección de los derechos humanos y en la Unión Europea”.

Como líneas atrás lo dije este capítulo también se centra en el acceso a la justicia, pero pone atención en los sistemas europeo y americano.

Capítulo 4

El cuarto capítulo lleva por título “Las normas constitucionales básicas del derecho español

vinculadas con el derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular”.

En este, toma en cuenta y lo explica, lo que llama el ejercicio material del derecho de acceso a la justicia desde una perspectiva del derecho comparado, contrastando la constitución española con la mexicana.

Por un lado, analiza el derecho de extranjería española, tomando en cuenta el estatus jurídico de los extranjeros, sus derechos humanos, fundamentales y libertades..

Repasa analíticamente la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales, el sometimiento de estos funcionarios a la ley, su actuación pública, los errores judiciales, recursos, ejecución de sentencias.

Termina este capítulo analizando el acceso a la justicia a partir del derecho convencional español.

Capítulo 5

Este otro apartado se titula “El ejercicio material del derecho de acceso a la justicia por los inmigrantes en situación irregular y particularidades relevantes del ejercicio de ese derecho en los diferentes ordenes de España”.

Aquí continúa examinando con la legislación española con lo que llama ejercicio material del derecho, mientras que en el anterior la lupa la puso sobre la normatividad.

Toma en cuenta algunas particularidades relevantes, en las que incluye el acceso a la jurisdicción civil, contenciosa-administrativa, laboral y penal.

Una revisión acuciosa, si tomamos en cuenta que la autora no es precisamente española ni reside en España, aunque su doctorado es español.

Capítulo 6

El sexto capítulo corresponde a “Aspectos constitucionales básicos del derecho mexicano en

relación con el derecho de acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular”.

Este capítulo, al igual que el siguiente, tiene como objeto de conocimiento las experiencias mexicanas; su derecho.

Inicia examinando el derecho de extranjería mexicano a la luz del derecho constitucional. Presenta las bases constitucionales relacionadas con el acceso a la justicia, así como lo prescrito por el derecho convencional internacional del que México es estado parte.

Capítulo 7

Llegamos al último capítulo de la obra que se titula “El ejercicio material del acceso a la justicia por los extranjeros en situación irregular desde la perspectiva del derecho mexicano”.

Aquí presenta una configuración y conceptualización del inmigrante en situación irregular en México.

Al igual que en el capítulo anterior, pero refiriéndose al derecho mexicano, analiza el derecho de acceso a la justicia en los ámbitos administrativo, penal, civil, laboral y el juicio de amparo. Se detiene con diversas leyes mexicanas y diversas consideraciones en torno a las mismas.

Conclusiones

Finalmente, cabría solo decir que es una gran obra, que la autora se ha detenido en forma pormenorizada en analizar ese acceso a la justicia de los inmigrantes en situación irregular, que ha partido del derecho español y el mexicano, tomando en cuenta los convenios internacionales, su derecho constitucional y ha llegado hasta los pormenores de diversas leyes particulares.

Se trata de un tema que no ha sido analizado en México, en la forma en que lo ha hecho la autora. Es un trabajo de investigación que ha seguido un orden y una metodología adecuadas y que vale la

pena, que sea leído y estudiado por los juristas e interesados. Como dije, es un tema de actualidad.

Yo me he atrevido a su lectura, no solo por el interés en el tema, sino también porque he encontrado en sus ideas un cierto material para un trabajo de investigación que llevo adelante. Debo decir que me ha sido muy satisfactorio. Hay varios datos que ahí he encontrado y que no se encuentran en otro lugar; en especial, todo lo relacionado con los derechos humanos, por cuanto mi foco de atención en este momento es el derecho del trabajo mexicano, que adolece de un trato internacional y propio de los derechos humanos, al excluir a los extranjeros. Algún día lo daré a conocer.

Va por esta gran obra, mi felicitación a Loretta con una recomendación para su lectura por los amantes del derecho.

PD. Aunque debiera haberlo dicho al inicio, agradezco a la autora que me hubiese regalado un ejemplar de este libro. Se que se encuentra en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, a la vista de todos, y que es posible consultarlo en la web. Invito a los interesados a leerlo.

MANUAL DE DERECHO FAMILIAR

María Virginia Aguilar

México, Ed. Tirant Lo Blanch. Manuales. Ciudad de México, 2019. 391 pp.

El comentario de esta obra viene a colación porque además de ser un libro teórico-práctico que comprende temas de actualidad en el Derecho de Familia y los efectos que produce en la sociedad, contiene temas de Derecho Internacional Privado de la familia, que no todos los libros de esta temática tratan.

La Licenciada y profesora de la UNAM, María Virginia Aguilar, es un miembro distinguido y de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A. C. (AMEDIP), institución de la que fue presidenta, es profesora y litigante en el área de Derecho Civil y en especial de Derecho Familiar y Derecho de Familia Internacional, por lo que conoce los asuntos de los que trata este libro.

Introduce figuras jurídicas internacionales novedosas, como lo hace en el tema 3 que se refiere a los Alimentos, donde comenta sobre el “cobro internacional de alimentos” y la forma en que este trámite se lleva a cabo entre Estados Unidos y México, al ser nuestra frontera norte tan amplia, provoca muchos asuntos relacionados con el tema del Derecho Internacional de la Familia y la forma en que Estados Unidos y México, los han resuelto. Para ilustrar la forma de hacerlo, la profesora Aguilar nos muestra un caso real en cuyo análisis, los alumnos pueden darse cuenta de la complejidad de los asuntos internacionales. En este caso, uno de los temas centrales es: en el que al mismo tiempo de regular acuerdos bilaterales, resulta necesario el estudio y aplicación de las Convenciones internacionales de las que México es parte.

Igualmente, en el capítulo 9 titulado: las relaciones paterno-filiales, se reconoce la situación jurídica del status filii, que nace de las diferentes formas de filiación que establecen las leyes entre los hijos y sus padres, incluyendo la adopción, que son las condiciones tradicionales, la autora nos habla también de otras situaciones novedosas que han aparecido en el mundo, como el caso de los bancos de gametos para la inseminación in vitro, o cuando la autora se refiere al vientre subrogado que es un tema que está causando polémica importante a nivel internacional por cuestiones de filiación y de nacionalidad del niño, por lo que constituyen un temas internacionales que deben tomarse en cuenta en los actos de fecundación artificial.

Asimismo, en el capítulo 10. titulado “otras instituciones protectoras del menor y el incapacitado”, en el que la autora trata de revisar desde la protección de los menores a través de las Convenciones de Derechos Humanos y la Convención de los Derechos del niño, pasando por la patria potestad y el favor filii que pretenden las instituciones de responsabilidad parental, hasta la problemática que se provoca cuando los propios progenitores provocan un traslado ilícito de los niños, del lugar de su residencia habitual a otro y la forma de resolverlos, es a través del uso de la Convención de la Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, que incluso la autora, por su larga experiencia profesional en el tema, ilustra mediante casos reales que permiten revisar los efectos de la patria potestad tal y como la conciben los documentos internacionales tradicionales.

Lo interesante de esta obra es que las referencias y casos nacionales e internacionales son reales lo que permite entender las posibilidades y problemáticas de los aspectos conflictuales de una manera sencilla, clara y de fácil comprensión, para cualquiera que lo lea.

Por tratarse de la primera obra sobre Derecho Civil de la familia que plantea de forma clara y sencilla el fenómeno internacional de la familia,

de ahí el gran interés que debe tener para los abogados y académicos que se encuentren cruzando el gran puente de lo civil a lo internacional, incluyendo claro está, el Derecho Mercantil que de por sí sus fuentes son internacionales.

ARBITRAJE COMERCIAL Y DE INVERSIÓN EN EL SECTOR ENERGÉTICO EN AMÉRICA LATINA.

Enríquez Rosas José David y González de Cossío
Francisco

México, Editorial Tirant to blanch, 2020. 278 pág.

El 30 de julio del 2020, se llevó a cabo en la Ciudad de México, por parte de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado A.C. (Amedip) la sesión mensual vía zoom, en donde tuvo como expositor al Doctor Francisco González de Cossío, quien hace mención a su nuevo libro titulado Arbitraje Comercial y de Inversión en el Sector Energético en América Latina, y aborda precisamente el tema de Expropiación Regulatoria.

Plantea un ensayo sobre la noción de “expropiación regulatoria”, incluyendo la confusión y preocupación que ha generado, de ahí el interés de la presente reseña por la importancia del tema y el vínculo con el derecho internacional privado, por tratarse de arbitraje de inversión. González de Cossío, como siempre brillante en sus obras, dedica un capítulo sobre expropiación regulatoria, refiere que el derecho internacional, incluyendo el de las inversiones, contempla un concepto que el arbitraje de inversión reviste de importancia. Sin embargo, está lleno de polémica,

Deseo que la obra sea difundida lo más posible para que lleve a más personas el mensaje del Derecho Internacional De la Familia y la necesidad cada vez más de reforzar al Derecho Internacional Privado

Leonel Pereznieto Castro

preocupación y confusión, en el concepto de tutela como el valor que le confiere.

El objeto de su ensayo es esclarecer porque no solo existe, sino debe existir, el concepto jurídico “expropiación regulatoria” ya que este tiene un papel que jugar y una cuestión a tutelar. Refiere una coyuntura en “decadencia” ya que se ha perdido la fe en las instituciones internacionales y severas críticas al arbitraje de inversión.

Ofrece perspectivas temáticas con una invitación al discernimiento de los temas más actuales y complejos, con casos, jurisprudencias, tesis y doctrinas. La expropiación regulatoria cumple una función digna, pues la materia es altamente regulada y promete acentuarse dados desarrollos y eventos recientes nacionales e internacionales.

Su tesis se compone de tres postulados i) la “expropiación regulatoria” no es un concepto creado por el arbitraje de inversión, sino por el derecho internacional; ii) tiene un papel que jugar en el derecho internacional en general y el arbitraje de inversión en particular; y iii) la facultad legislativa es una facultad como cualquier otra, y puede ser bien o mal utilizada. Por ello, el derecho internacional contempla la posibilidad de recurrir la legalidad internacional de una legislación. El arbitraje de inversión es sólo un vehículo procesal para realizarlo.

La expropiación en derecho internacional son las facultades con las que cuenta el Estado para gobernar, el derecho internacional reconoce y

acepta dicha facultad, licitud conforme al derecho internacional (consuetudinario y convencional). El ejercicio de la facultad de expropiar, exige se cumplan 4 requisitos: i) por causa de utilidad pública; ii) en forma no-discriminatoria; iii) respetando el debido proceso; y iv) a cambio de indemnización pronta, adecuada y efectiva. Observando así los requisitos y condiciones de licitud, que establece el derecho internacional.

El derecho internacional distingue dos géneros de expropiación: directa e indirecta. La expropiación directa consiste en la transferencia de la propiedad de un activo, realizada por el poder ejecutivo y mediante decreto expropiatorio. La expropiación indirecta, no exige transferencia de propiedad, e incluye la merma seria de los derechos de propiedad. De ahí que se distinga entre transmisión y privación de la propiedad, mientras que la expropiación directa exige transmisión, la de facto incluye privación. La expropiación indirecta es rara, y la indirecta se ha convertido en regla en materia de inversión.

Este ensayo, describe las medidas equivalentes a expropiación, la expropiación constructiva y la expropiación regulatoria, entre otros aspectos. La expropiación regulatoria es un caso particular de expropiación indirecta, ya que el Estado puede ejercer facultades regulatorias y en dichos casos puede lesionar derechos de una manera que el derecho internacional debe procurar evitar, sin dejar descubierta la tutela internacional a un área de actividad estatal.

La facultad regulatoria de un Estado no solo es producto de su derecho interno, sino del derecho a la comunidad de la que forma parte: el derecho internacional, principio de derecho internacional consuetudinario y así lo ha aceptado el derecho internacional general. Desde la perspectiva de

derecho internacional, los Estados tienen discreción sobre cómo regular, siempre que no se viole otra regla de derecho internacional “Lotus Principle” mediante tratados de inversión.

Algunos de los aspectos más sobresalientes de este ensayo, considero es la propuesta que hace González de Cossío, un test para discernir un estándar de control de regularidad de la facultad reglamentaria bajo el prisma de derecho internacional, entre la facultad regulatoria y el derecho de propiedad del particular (incluyendo la obligación correlativa del Estado de respetarlo).

El test consiste en analizar si la medida (la regulación) cuestionada es una expropiación que requiere indemnización y analizar si la medida tomada es lícita, pues para que prospere una acción de responsabilidad internacional del Estado por existir una regulación expropiatoria será necesario satisfacer tres elementos:

¿Existe un taking?: ¿La regulación propicia un “taking”?: una merma del derecho.

Proporcionalidad: ¿La regulación se justifica, es proporcional, dado los fines perseguidos?.

Finalidad: ¿Es lícito el (verdadero) fin perseguido? El fin último debe ser digno de tutela.

Este ensayo es avanzado en su contenido con alta calidad debido al prestigio y reconocimiento internacional del autor, sin duda una obra imprescindible para árbitros, abogados, inversionistas y académicos, ya que ofrece algunas de las más profundas y a su vez prácticas reflexiones sobre arbitraje de energía.

Erick Armando Pérez Venegas

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

México, Ed. Limusa. 2013. 289, págs.

Héctor Pérez Amador

El Doctor Héctor Pérez Amador, ya fallecido dejó como obra póstuma, el Derecho Internacional Privado, obra en la que trabajó durante varios años y preparó el manuscrito en última versión que fue el que finalmente leemos con mucho agrado. El texto es claro así como el modo de expresión del autor. Es importante señalar que el libro se apega al programa de la Facultad de Derecho de la UNAM, por lo que eventualmente se puede usar como libro de texto.

Es el Prof. Pérez Amador, un autor que consideraba que el vínculo entre países debe llevarse a cabo únicamente a través del método de los conflictos de leyes, con lo cual limita el análisis del DIPr, como se estudia ahora. El autor se expresa en los temas, se refleja la ansiedad de que todos los puntos queden tratados dentro de los conceptos que propone.

He escogido tres secciones del libro que me interesa resaltar y son las siguientes, la discusión que plantea el autor en torno a los artículos, 121 y 133 constitucionales. El Título III sobre la Calificación y en el IV sobre el concepto de orden público.

El artículo 121 constitucional, en esta disposición, el autor hace un hincapié muy interesante, en los problemas de traducción con que se enfrentaron los constituyentes del 17, al otorgarle demasiada literalidad a lo establecido en el Art. VI de la Constitución de los Estados Unidos. Las soluciones que plantea pueden servir para modificar al dispositivo constitucional que analiza en todas sus fracciones, ejercicio desafortunadamente escaso para entender e interpretar el dispositivo constitucional que es, en buena medida, la regla de conflicto general, con todos los atrasos que ha sufrido.

En cuanto al Art. 133 constitucional, encontramos a nuestro autor metido en todo lo que tiene que ver con los tratados internacionales, donde el Prof. Pérez Amador destaca en su obra con las explicaciones de DIP. Público que repercuten en el DIPr y que explica con claridad desde aquella materia. El hecho que el profesor Pérez Amador, siendo profesor de la Facultad de Derecho de la UNAM solicitó que la UNAM lo apoyara, así se hizo y sin emprender estudios formales específicos, una estancia en Europa en contacto con varios de los autores que a mediados del siglo pasado eran los autores más destacados de la disciplina, a su vuelta a México el autor, como un universitario comprometido continuó con sus cursos y va hablar en esa Facultad por primera vez de los grandes autores contemporáneos del DIPr.

Las ideas que nos deja en toda esta obra, es de una gran enseñanza para el alumno y el profesor. Le es difícil entender al autor, a cabalidad, cómo la Constitución se presenta como un obstáculo con la internacionalidad que él busca.

Pasemos ahora al Capítulo III sobre la Calificación.

Indudablemente, ningún otro autor en México ha estudiado tan a fondo el fenómeno de la Calificación, uno de los más importantes temas del método conflictual tradicional y como lo hace el Prof. Pérez Amador en su obra, es muy detallada por lo que recomiendo que estudiosos mexicanos vean cómo el propio autor, improvisó su análisis a partir de ciertas bases de naturaleza lógico filosófica, con base en el cual construye un marco teórico de referencia. No es este el momento de una crítica a la propuesta del autor, sino - como él mismo lo plantea - se sugiere estudiar este tema a fin de percibir el esfuerzo como el propio autor lo hizo. De esta manera, en el primer caso, construir un marco teórico de naturaleza lógico filosófica, sugiere los mínimos que cualquier propuesta de esta naturaleza debe contener: análisis ontológico, epistemológico, lógico, ni el estilo que se usó al hablar de estos temas en la corriente predominante del análisis

lógico filosófico en México¹ que no encuentro en la propuesta, sus argumentos están bien planteados

En el primer caso después de repasar a quienes dieron un paso en el tema, el autor no tiene cita alguna, por lo que supongo que es su propia filosofía en un esfuerzo interesante, Sin embargo, fenómeno lógico filosófico para ser aceptable para su discusión, debe contener hoy en día, al menos al fenómeno de la calificación que obliga a mirar a través del derecho comparado que es la fórmula más práctica y moderna que se conoce, para identificar instituciones extranjeras.

Espero que la obra se siga vendiendo, siempre es necesario mirar las cosas de diferentes lados del pensamiento.

Leonel Pereznieto Castro

¹ Wittgenstein, L. Tratado Lógico Filosófico , publicado en 1914 en Alemania y reproducido y traducido al español por

su vigencia por Editorial Tirant Humanidades. 2016 (Edición Crítica, introducción y traducción por Jesús Padilla Gálvez)

RAPSODIA JURÍDICA, SELECCIÓN DE ESTUDIOS JURÍDICOS DE JORGE ALBERTO SILVA

México, Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, 2020, 607 pp.

El 3 de diciembre de 2020, un grupo de amigos y colegas del Dr. Silva Silva, tuvimos la suerte de ser convocados para presentar un libro que subraya un itinerario intachable de uno de nuestros decanos del Derecho Internacional Privado (DIPr) en México. Un día de fiesta, para el que escribimos desde el corazón y la seriedad que representa su obra, y que hoy convierto en reseña para que el lector interesado en una materia, tan apasionante como compleja, tenga una herramienta invaluable, un instrumento de aprendizaje desde la profundidad y claridad expositiva. En su casa académica, la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, presentamos, por primera vez, esta antología y, desde su casa académica, y bajo su sello editorial, se da luz a esta gran obra compiladora.

El profesor Jorge Alberto Silva, muy ligado a la vida académica, nacional e internacional, se acaba de jubilar después de casi 50 años ininterrumpidos en la labor educativa y de investigación. Para celebrar dicha gesta, decidió publicar sus trabajos de los últimos 30 años sobre DIPr.

Se trata, como no podía ser de otra manera, de una obra jubilar, que da a conocer en forma de festejo académico. Si bien es cierto que la presenta como una obra de “despedida” de los cursos, clases y alumnos, sabemos que no es así porque el jubilarse no implica retirarse.

La obra presenta, en seis volúmenes con aproximadamente 600 páginas cada uno, sus más destacados trabajos de DIPr, excluyendo los de teoría del proceso y de derecho penal.

El primer volumen, objetivo de esta reseña, se publica de manera impresa, y contiene estudios relacionados con marcos teóricos, al que titula Rapsodia jurídica. Explica que la expresión viene de los viejos rápsodas o juglares medievales, que iban contando sus actividades, cúmulo de sentencias y cuadernillos, durante sus caminatas. Este volumen comprende 28 estudios prologado por el Dr. Jesús Antonio Camarillo, gran conocedor de la obra del Dr. Silva, amigo y colega incondicional.

Los cinco volúmenes restantes que completan, digamos, la obra se denominan Compilación de estudios de derecho internacional privado y ya se encuentran en la plataforma Google books, a la que pueden acceder todo aquél o aquella que esté interesado/a. Como decimos, estos cinco volúmenes complementan la Rapsodia Jurídica, con 135 estudios más sobre DIPr y con un elemento adicional, o inusual, al tener cuatro prólogos, cada uno de ellos realizados por colegas muy cercanos, un honor para todos, incluyendo quien suscribe estas páginas.

En cada uno de los estudios que componen cada volumen, se hace hincapié en el hecho de que los estudiantes deben formarse bajo enfoques estructurados y no aprenderse una ley como simple discurso; algo que en la actualidad no resulta llamativo e incluso nada innovador pero que marcó un parteaguas en otro momento de la metodología y enseñanza del derecho. El Prof. Silva no concibe, ni acepta, a los abogados meramente capacitados de “memoria”. Deben ubicarse en el contexto social y recurrir al razonamiento.

El autor expresa: “no debe conformarse con saber cómo poner un ladrillo sobre otro (como ocurre con el albañil, que nunca asistió a una escuela), es necesario que conozca cómo se construye y está construido un edificio. No basta conformarse con que alguien le diga cómo, sino estar consciente y seguro de ello”.

El profesor Silva rechaza la doctrina plana, glosada y reducida, la cual, en el mejor de los casos, solo toma en cuenta el “sentido común” o “legalista”. Rechaza la dogmática en “sentido débil” que es propia de un “discurso espejo”, optando por una dogmática en sentido fuerte, que auxilie, capacite y lleve a la investigación a los estudiantes. Este es el principal marco teórico y filosófico en el que se finca Rapsodia Jurídica.

Es difícil apartarse de la lectura de la presentación preliminar del autor, dado que en la misma expresa que: Una dogmática, de alto nivel, va más allá y así, por ejemplo, emplea las herramientas del científico, obtiene principios, conceptos, crea teorías y clasifica. Se analiza el caso concreto y no se queda en una interpretación mecánica o apoyada en artilugios; racionaliza el objeto de conocimiento; no se queda en la descripción, ni se conforma con inventariar enunciados legales, o conformarse con lo que dice un legislador o un juez. Es tan importante la construcción en sentido fuerte que, debido a las construcciones conceptuales, clasificaciones y conformación de su marco, suele determinar la forma de interpretar, reformular y aplicar el derecho, es decir, parte de un método de conocimiento del derecho.

La citada presentación preliminar, firmada por el profesor Silva en este volumen, es un tanto nostálgica. Mira hacia atrás y nos presenta el momento culmen del profesor que tiene que despedirse de sus alumnos y aulas. Ese es el motivo que lo conduce a dar a conocer varios de sus estudios.

El autor inicia la obra diciendo:

“Al llegar a mi otoño (el invierno ya está por aquí, ya se ve venir) descubro que la juventud se aleja y es en esta edad cuando lamentamos lo que no pudimos hacer o lo que hicimos mal. Ciertamente, ya no estoy a la mitad del camino de la vida, como diría Dante Alighieri. Mi juventud palidece, aunque aún conservo la que se encuentra en mi corazón. Cabe hacer un momento para reflexionar.

Todo ser humano debe intuir que tiene su tiempo para actuar. Cuando nos ponemos a pensar que hemos sido felices y dichosos con nuestra mujer, hijos y nietos, es que hemos llegado a un momento en que debemos de pensar que ya se nos fue la juventud. Somos más inteligentes cuando, aún maduros, nos enteramos que hemos dejado de ser jóvenes y nos percatamos que el placer de razonar o hilar razones comenzará a terminar. El ser humano se enfrenta a un fenómeno irrefutable que irremediablemente llegará. Por ello, algunos quieren dejar su recuerdo para otros”.

Junto con estas razones expresadas, agrega que, además, uno de los motivos que lleva al profesor Silva a publicar esta compilación es el percatarse que varios de sus estudios son difíciles de encontrar en las bases de datos físicas o virtuales.

Trabajos con contenido de DIPr pero también inmersos en la filosofía y la historia, elementos que se translucen en cada uno de los estudios que ahora nos presenta. Algunos artículos fueron dados a conocer en alguna universidad mexicana o extranjera, con motivo de la participación en Congresos sobre DIPr; otras son disertaciones que nunca fueron publicadas, que se quedaron en su computadora y que ahora ha rescatado, pero

la mayoría de los textos que hoy congrega Rapsodia Jurídica fueron publicados en alguna prestigiosa revista de investigación.

En esta compilación -incluidos los cinco volúmenes mencionados-, destacan, e insistimos en ello, los temas históricos, por ejemplo, los orígenes del derecho conflictual, el resurgimiento de la *lex mercatoria*, actor sequitur forum rei, la sentencia de la Inquisición contra Galileo Galilei – aunque éste último no es un tema precisamente de DIPr, sino una explicación sobre el origen de la ciencia y la investigación-. No faltaron en estos trabajos el recurso a las fuentes directas para conocer el dato histórico, incluso, el contexto en que se suscitaron; esa búsqueda incansable, como gran investigador, para poder contemplar aquello que expresaron los autores, acudiendo a la primera fuente.

Varios de estos estudios corresponden a marcos conceptuales y, otros, a los teóricos, ejemplo de ello lo tenemos al proporcionar los significados sobre las expresiones problema de tráfico jurídico internacional, territorialidad o exclusividad de la ley, personalidad de las leyes, adaptación de ordenamientos, norma de incorporación, costumbre jurídica, comity, *depeçage*, así como equivalencia funcional. Conceptos que ningún estudiante puede evadir.

Subrayamos, igualmente sin ánimo de reiterar, la inclusión de temas propios de filosofía del DIPr que marcan las pautas para esta materia y así tenemos, entre otros, la delimitación disciplinar del DIPr, la teoría de conjuntos, la teoría de la incorporación, los principios generales del derecho, la importancia del razonamiento en el DIPr, así como un marco sobre la metafísica. En todos, la argumentación jurídica cubre sus tesis.

Destaca, asimismo, un tema sobre la influencia del derecho comparado sobre el DIPr, un tema de primer orden entonces y que cobra más actualidad hoy; incluye elementos para reformular un orden jurídico, entre otros muchos, propios del campo de la investigación.

En Rapsodia Jurídica, el autor reordena sus estudios eligiendo aquellos que comprenden marcos generales del Derecho conflictual; en otros, puntualiza algunos conceptos propios de la disciplina; algunos se refieren a temas de ciencia y filosofía, un trabajo relacionado con la lexicografía jurídica y, el último, a un proyecto de discurso sobre investigación, en el que trabajó pero que no fue publicado.

Un dato significativo para que el lector pueda ubicar la publicación de origen de cada contribución es la nota al pie de página colocada en cada estudio con el lugar donde originalmente fue impreso y su fecha.

En definitiva, la obra se entiende cuando se observa que estos estudios responden a más de 30 años de trabajo arduo. No solo comprende, o se trata, de la sistematización de diversos estudios, sino que nos reitera las tesis principales que el Profesor Jorge Alberto Silva ha venido sosteniendo al paso del tiempo. De esta manera, destacamos los siguientes estudios de manera puntual:

La precisión disciplinar de la materia en México. Tema apoyado en doctrina, leyes y precedentes judiciales mexicanos.

En la teoría de conjuntos, el profesor parte de los modelos de Venn para explicar las diversas relaciones entre los ordenamientos jurídicos de la comunidad internacional; en forma gráfica el autor alude a cuatro tipos de relaciones.

En la *Lex cunctos populus*, toma en cuenta fuentes primarias, escritas en latín, para explicar los argumentos empleados para conformar lo que hoy es el derecho conflictual. Nótese la influencia religiosa y los pasos que

sufre en los textos justinianeos, para llegar a los juristas medievales, que rescatan lo que se convertiría en la actual norma de conflicto.

En la teoría de la incorporación, rescata diversas tesis, incluyendo las italianas, para afirmar que no se aplica derecho extranjero, sino que, en el mejor de los casos se le incorpora. Aquí rebate y remodela la tesis de otros autores, nacionales y extranjeros.

En la norma de incorporación o incorporante, el autor, vía analítica, logra diferenciar a la norma de conflicto de la norma judicial que admite la incorporación del derecho extranjero. Un tema difícilmente visto en la doctrina.

En derecho uniforme y código modelo, el Prof. Silva cuestiona el hecho de tener que uniformar el orden jurídico de cada entidad para contar con una ley nacional, cuando las normas de conflicto serían la mejor opción para respetar la forma de ser de cada comunidad y ello porque México, dice, es un estado policromático en culturas.

En Actor sequitur forum rei, el autor explica por qué debe de seguirse un proceso en el lugar del domicilio del demandado y no en el del actor. Aquí escarba hasta en las obras de Homero, la *Iliada*, los textos medievales y contemporáneos para encontrar la respuesta.

Una obra útil a todos los niveles pero en donde destacamos el papel que cumple para los profesores con el fin de que estos transmitan cada tesis a cada estudiante y puedan acceder al conocimiento de esta disciplina.

Como se puede desprender de todo lo expresado, no cabe duda de que la presente obra no solo es altamente recomendable sino lectura de referencia imprescindible. La calidad académica y la humana, que no se queda absolutamente nada por detrás, es remarcable, de excepcionalidad, y el que se haya dado el tiempo para presentarnos su trabajo y pensamiento, en evolución, sin miedo incluso a la exposición ante un cambio de opiniones es realmente destacable y encomiable.

Agradecemos doblemente al Dr. Silva Silva este esfuerzo de antología y la sencillez y legado; atesoramos su amistad y su magistralidad.

Nuria González Martín

DOCUMENTOS

URUGUAYA: LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Cámara de Representantes, República Oriental del Uruguay. *

Poder Legislativo

El Senado y la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, reunidos en Asamblea General,

Decretan

CAPÍTULO I

NORMAS GENERALES

Artículo 1. (Normas nacionales y convencionales de derecho internacional privado).- Las relaciones referidas a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos se regularán por las convenciones internacionales y, en defecto de estas, por las normas de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional.

A los efectos de la interpretación e integración de la presente ley y las demás normas de derecho internacional privado de fuente nacional, se aplicará lo dispuesto en el Título Preliminar del Código Civil y se tendrá en cuenta el carácter internacional de las relaciones jurídicas privadas previstas en ellas.

Artículo 2. (Aplicación del derecho extranjero).- El derecho extranjero debe ser aplicado de oficio de interpretarse tal como lo harían los tribunales del Estado cuyo orden jurídico pertenece la norma respectiva.

Cuando el derecho extranjero corresponda a un Estado cuyo orden jurídico se compone de varias legislaciones, el derecho de ese Estado determina cuál de ellas es aplicable. En su defecto, debe aplicarse la legislación de la unidad territorial en cuya jurisdicción se realiza el punto de conexión.

Artículo 3. (Conocimiento del derecho extranjero).- El texto, la vigencia y la interpretación del derecho extranjero aplicable deben ser investigados y determinados de oficio por los tribunales u otras autoridades competentes, sin perjuicio de la colaboración que al respecto presten las partes o los interesados en su caso.

Se puede recurrir a todos los medios de información idóneos admitidos en el orden jurídico de la República o del Estado cuyo derecho resulte aplicable.

Los tribunales u otras autoridades competentes interpretarán la información recibida teniendo en cuenta lo dispuesto en el inciso primero del artículo 2º de la presente ley.

* La presente Ley Uruguaya de Derecho Internacional Privado, emitida por el Poder Legislativo Senado y la Cámara de Representantes, reunidos en Asamblea General, C/619/2020, No.130, Sala de Sesiones de la Cámara de Representantes, en Montevideo, a 17 de noviembre de 2020, se publica en este número de la Revista, y que mucho se agradece por gentileza de la Dra. Cecilia Fresnedo de Aguirre, que nos hizo llegar la copia.

Artículo 4. (Admisión de recursos procesales).- Cuando corresponda aplicar el derecho extranjero se admitirán todos recursos previos por la ley nacional.

Artículo 5. (Orden público internacional).- Los tribunales u otras autoridades competentes, mediante decisión fundada, declararán inaplicables los preceptos de la ley extranjera cuando ellos contraríen en forma grave, concreta y manifiesta, principios fundamentales de orden público internacional en los que la República asienta su individualidad jurídica.

Entre otras, esta situación tendrá lugar cuando la aplicación del derecho extranjero resulte inconciliable con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución de la República y en las convenciones internacionales de las que la República sea parte.

Artículo 6. (Normas de aplicación necesaria).- Las relaciones jurídicas privadas internacionales que son reguladas o están abarcadas por normas imperativas de aplicación necesaria que la República haya adoptado para el cumplimiento de políticas sociales y económicas, no serán sometidas a las normas de conflictos.

Puede el tribunal, cuando lo considere pertinente, aplicar las disposiciones imperativas del derecho de otro Estado con el cual el caso tenga vínculos relevantes.

Artículo 7. (Fraude a la ley).- No se aplicará el derecho designado por una norma de conflicto cuando artificioamente se hubieren evadido los principios fundamentales del orden jurídico de la República.

Artículo 8. (Institución desconocida).- Cuando el derecho extranjero contenga instituciones o procedimientos esenciales para su aplicación y esas instituciones o procedimientos no se hallen contemplados en la legislación de la República, los tribunales o autoridades competentes podrán aplicar dicho derecho siempre que existan instituciones o procedimientos análogos. En ningún caso se incurrirá en denegación de justicia.

Artículo 9. (Derechos adquiridos).- Una relación jurídica válidamente constituida en un Estado extranjero, de conformidad con el derecho de ese Estado, debe ser reconocida en la República siempre que al momento de su creación haya tenido una conexión relevante con ese Estado y no sea contraria al orden público internacional de la República.

Artículo 10. (Cuestiones previas o incidentales).- Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que surjan con motivo de una cuestión principal, se regulan por el derecho aplicable a cada una de ellas.

Artículo 11. (Aplicación armónica).- Las normas competentes para regular los diferentes aspectos de una situación determinada, deben ser aplicadas armónicamente, tomando en consideración la finalidad perseguida por cada uno de los respectivos derechos. Las eventuales dificultades que puedan surgir se resolverán tomando en cuenta la equidad en el caso concreto.

Artículo 12. (Reenvió).- Cuando resultare aplicable el derecho de un Estado extranjero, se entiende que se trata de la ley sustantiva de ese Estado con exclusión de sus normas de conflicto.

Lo establecido en el inciso primero es sin perjuicio de lo establecido a texto expreso por otras normas o cuando la aplicación de la ley sustantiva de ese Estado al caso concreto se torne incompatible con la finalidad esencial de la propia norma de conflicto que lo designa, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de esta ley y en las normas sobre Derechos Humanos de las que la República es parte.

En materia contractual no habrá reenvío.

Artículo 13. (Especialidad del derecho comercial internacional).- Se reconoce al derecho comercial internacional como un derecho de carácter especial.

Las cuestiones relativas a las relaciones comerciales internacionales no resueltas en convenciones internacionales, en leyes especiales o en la presente ley, se dirimen consultando prioritariamente las restantes fuentes del derecho comercial internacional mediante la aplicación de los procedimientos de integración previstos en el inciso segundo del artículo 1º de la presente ley.

consideran como fuentes materiales del derecho comercial internacional, los usos en la materia, los principios generales aplicables a los contratos y demás relaciones comerciales internacionales, la jurisprudencia de tribunales ordinarios o arbitrales y las doctrinas más recibidas en el Derecho uruguayo y comparado.

Se aplicarán, cuando corresponda, los usos que sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el tráfico mercantil por los sujetos participantes, o de general aceptación en dicho tráfico, y los principios generales del derecho comercial internacional reconocidos por los organismos internacionales de los que la República forma parte.

CAPÍTULO II

DOMICILIO DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Artículo 14. (Domicilio de las personas físicas capaces).- El domicilio de la persona física capaz debe ser determinado, en su orden, por las circunstancias que a continuación se enumeran:

- La residencia habitual.
- La residencia habitual del núcleo familiar con el cual convive.
- El centro principal de su actividad laboral o de sus negocios.
- La simple residencia.
- El lugar donde se encuentra

Artículo 15. (Domicilio de los diplomáticos, de las personas que cumplan una misión oficial y de los funcionarios de organismos internacionales).- El domicilio de los funcionarios diplomáticos será el último que hayan tenido en el territorio del Estado acreditante.

El de las personas físicas que residan temporalmente en el extranjero por empleo o comisión de su Gobierno, será el que tengan en el Estado que los designa.

El de los funcionarios de organismos internacionales será el de la sede de su organismo, salvo disposición en contrario del respectivo Acuerdo de Sede.

Artículo 16. (Domicilio de las personas físicas incapaces).- Los menores sujetos a patria potestad tienen su domicilio en el Estado en que se domicilian sus padres cuando estos ejercen efectivamente su representación. Fuera de este caso, así como cuando dichos padres se encuentran domiciliados en Estados diferentes, los menores incapaces se consideran domiciliados en el lugar de su residencia habitual.

Los incapaces sujetos a tutela, curatela u otro mecanismo equivalente de protección, se consideran domiciliados en el lugar de su residencia habitual.

CAPITULO III

EXISTENCIA, ESTADO Y CAPACIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Artículo 17. (Existencia, estado y capacidad de derecho de las personas físicas).- Son personas todos los individuos de la especie humana. Todas las personas físicas gozan de capacidad de derecho.

La determinación de todos los extremos relativos a la existencia se rige por la ley aplicable a la categoría involucrada.

El estado de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio.

Artículo 18. (Comuriencia).- el orden de fallecimiento en caso de comuriencia se establece conforme al derecho aplicable a la relación jurídica respecto a la cual dicha fijación es necesaria.

Artículo 19. (Ausencia).- Las condiciones para la declaración de ausencia de una persona y los efectos personales y patrimoniales de dicha declaración se regulan por el derecho del último domicilio del ausente.

Los efectos jurídicos de la declaración de ausencia respecto de los bienes inmuebles del ausente así como de sus bienes registrables, se regulan respectivamente por la ley del lugar donde esos bienes están situados o por la ley de registro, en su caso.

Artículo 20. (Capacidad de ejercicio).- La capacidad de ejercicio de las personas físicas se rige por la ley de su domicilio. A efectos de determinar si una persona posee o no capacidad de ejercicio, se considera domicilio su residencia habitual.

No se reconocerán incapacidades fundadas en razones de carácter penal, de raza, religión, sexo, nacionalidad u opinión.

El cambio de domicilio no restringe la capacidad adquirida.

Artículo 21. (Protección de incapaces).- La protección de los incapaces, la patria potestad, tutores o curadores, salvo las obligaciones alimentarias. Asimismo rige los derechos y obligaciones respecto de los bienes de los

incapaces en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de la situación de los bienes.

Por razones de urgencia, en forma provisoria y de conformidad con su ley interna los tribunales de la República prestaran protección territorial al incapaz que se encuentre en ella sin tener aquí su residencia.

CAPITULO IV

DERECHO DE FAMILIA

Artículo 22. (Matrimonio).- La ley del lugar de la celebración del matrimonio rige la capacidad de las personas para contraerlo, la forma, la existencia y la validez del acto matrimonial.

Artículo 23. (Domicilio conyugal).- el domicilio conyugal se configura en el estado donde los cónyuges viven de consuno o en aquel donde ambos tienen sus domicilios propios. Fuera de estos casos no existe domicilio conyugal, y cada cónyuge tendrá su propio domicilio, determinado de acuerdo al artículo 14 de la presente ley.

Artículo 24. (Relaciones personales entre los cónyuges).- Las relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio conyugal.

Si este no existiere, dichas relaciones se rigen por la ley del Estado del último domicilio conyugal siempre que permanezca en el mismo lugar alguno de los cónyuges.

Fuera de los casos anteriores, las cuestiones que se susciten sobre relaciones personales entre los cónyuges se rigen por la ley del domicilio de cualquiera de ellos. Si se produjere una controversia ante un tribunal judicial, el actor podrá optar por la ley de cualquiera de esos domicilios.

Artículo 25. (Relaciones patrimoniales en el matrimonio).- Las convenciones matrimoniales sobre el régimen de bienes se rigen por la ley del Estado donde se otorguen.

En defecto de convención, dichas relaciones patrimoniales se rigen por la ley del Estado del primer domicilio conyugal.

A falta de dicho domicilio o siendo imposible determinarlo, las relaciones patrimoniales se rigen por la ley del Estado dentro del cual ambos cónyuges tenían sus respectivos domicilios al momento de la celebración del matrimonio.

Fuera de estos casos, las relaciones patrimoniales entre cónyuges se rigen por la ley del estado de celebración del matrimonio.

La ley que resulte aplicable en virtud de las normas anteriores rige en todo lo que, sobre materia de estricto carácter real, no esté prohibido por la ley del lugar de situación de los bienes.

En caso de que ambos cónyuges pasaren a domiciliarse en la República podrán hacer constar en instrumento público su opción por la aplicación del derecho uruguayo.

Dicho documento surtirá efectos una vez inscripto en el registro respectivo.

La opción prescripta en el inciso sexto no tendrá efectos retroactivos entre las partes salvo que estas lo acordaren expresamente. En ningún caso se afectarán ni limitarán los derechos adquiridos por terceros.

Artículo 26. (Separación conyugal y divorcio).- la separación conyugal y el divorcio se regirán por la ley del domicilio conyugal.

Cuando los cónyuges tuvieren domicilios en Estados diferentes, la separación conyugal y el divorcio se regirán por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor.

Artículo 27. (Uniones no matrimoniales).- La capacidad de las personas para constituir las, la forma, la existencia y la validez de las mismas se rigen por la ley del lugar donde han sido registradas o reconocidas por autoridad competente.

Los efectos derivados de estas uniones no matrimoniales se rigen por la ley del Estado en donde se pretendan hacer valer.

La disolución de las uniones no matrimoniales se rige por la ley del domicilio común de las partes.

Cuando las partes tuvieren domicilios en Estados diferentes, la disolución de la unión no matrimonial se regirá por la ley del Estado del domicilio del actor o del demandado, a opción del actor.

Artículo 28. (Filiación).- La filiación se rige por la ley del domicilio conyugal al tiempo del nacimiento del hijo.

En su defecto se rige por la ley del domicilio de la madre al tiempo del nacimiento del hijo.

Sin perjuicio de lo anterior, la filiación puede también determinarse, indistintamente:

- Conforme con la ley del Estado de su residencia habitual si la persona de cuya filiación se trata es menor de edad.
- Conforme con la ley de su domicilio si la persona de cuya filiación se trata es mayor de edad.
- Conforme con la ley del Estado del domicilio del demandado o la del último domicilio de este si ha fallecido.

Artículo 29. (Obligaciones alimentarias).- Las obligaciones alimentarias, así como las calidades de acreedor y deudor de alimentos se regulan por la ley del Estado del domicilio o residencia habitual del acreedor de alimentos o por la ley del Estado del domicilio o residencia habitual del deudor de alimentos, a opción del acreedor.

CAPÍTULO V

SUCESIONES

Artículo 30. (Sucesiones).- La sucesión testada e intestada se rige por la ley del Estado del lugar de situación de los bienes al tiempo del fallecimiento del causante.

La ley de la sucesión rige: la capacidad y títulos del heredero o legatario para suceder, la existencia y proporción de las asignaciones forzosas, el orden de llamamiento, la porción de libre disponibilidad, los legados, la obligación de colacionar, los efectos del testamento y en suma, todo lo relativo a la misma.

Artículo 31. (Testamento).- El testamento escrito otorgado en el extranjero según las formas exigidas por la ley del lugar de su otorgamiento es válido y eficaz en la República.

La capacidad para otorgar testamento se rige por la ley del domicilio del testador al tiempo del otorgamiento.

Artículo 32. (Deudas hereditarias).- Los créditos que deben ser satisfechos en la República gozarán de preferencia sobre los bienes allí existentes al tiempo de la muerte del causante.

Se exceptúan de esta regla los créditos con garantía real sobre bienes del causante, cualquiera fuese el lugar donde hubiesen sido contraídos.

CAPÍTULO VI

PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 33. (Ley aplicable).- Las personas jurídicas de derecho privado se rigen por la ley del lugar de su constitución en cuanto a su existencia, naturaleza, capacidad para ser titular de derechos y obligaciones, funcionamiento, representación, disolución y liquidación.

Se entiende por ley del lugar de constitución la del Estado donde se cumplan los requisitos de forma y fondo requeridos para la creación de tales personas.

Artículo 34. (Domicilio).- Las personas jurídicas de derecho privado tienen su domicilio donde está situada la sede principal de su administración.

Los establecimientos, sucursales o agencias constituidos en un Estado por una persona jurídica con domicilio en otro, se consideran domiciliados en el lugar en donde funcionan, en lo concerniente a los actos que allí practiquen.

Artículo 35. (Estados y personas de derecho público extranjeros).- El Estado y las personas de derecho público extranjeros serán reconocidos de pleno derecho en la República. Para su actuación en actividades de carácter privado en la República, deberán someterse en lo pertinente a las leyes de esta,

Las disposiciones de la presente ley, en cuanto correspondan, son aplicables a las relaciones de carácter privado internacional de las que son parte el Estado y las personas de derecho público extranjeros.

Artículo 36. (Reconocimiento de las personas de derecho privado).- Las personas jurídicas de derecho privado constituidas conforme a la ley del lugar de su constitución serán reconocidas de pleno derecho en la República. Podrán realizar actos instrumentales o accesorios a su objeto, tales como estar en juicio, así como actos aislados de su objeto social.

Artículo 37. (Actuación de las personas de derecho privado).- Si la persona jurídica se propusiera el ejercicio de actos comprendidos en su objeto social en forma habitual deberá hacerlo mediante el establecimiento de algún tipo de representación permanente, cumpliendo los requisitos exigidos por las normas nacionales.

Si estableciere la sede principal o la sede efectiva de su administración o su objeto especial estuviere destinado a cumplirse en la República deberá cumplir los requisitos de constitución que establezcan las leyes de esta.

Por sede principal se entiende a los efectos de la presente ley el lugar donde se halla la sede de los órganos de decisión superior de la persona jurídica de que se trate.

Artículo 38. (Exclusión).- Las normas contenidas en el presente capítulo no se aplicarán a las sociedades comerciales, las cuales se rigen por normas especiales.

CAPÍTULO VII

BIENES

Artículo 39. (Ley aplicable).- Los bienes se regulan por la ley del Estado donde están situados en cuanto a su calidad, posesión, enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de carácter real de que son susceptibles.

Artículo 40. (Localización).- Los bienes en tránsito se reputan situados, a los efectos de la constitución o cesión de derechos, en el lugar de destino.

Los derechos sobre créditos y valores, titulados o no, se reputan situados:

- En el lugar donde la obligación de su referencia debe cumplirse.
- Si al tiempo de la constitución de tales derechos ese lugar no pudiese determinarse, se reputaran situados en el domicilio que en aquel momento hubiere constituido el deudor de la obligación de su referencia.
- En su defecto, se reputarán situados en el domicilio de dicho deudor al tiempo de constituirse los derechos, o su domicilio actual, a opción de quien invocare los mismos.

Los títulos representativos de acciones, bonos u obligaciones societarias se reputan situados en el lugar de la constitución de la sociedad que los emitió.

Los buques y aeronaves en aguas o espacios no jurisdiccionales, se reputan situados en el lugar de su matrícula.

Los cargamentos de los buques o aeronaves en aguas o espacios no jurisdiccionales se reputan situados en el lugar del destino definitivo de las mercaderías.

Artículo 41. (Cambio de situación de los bienes muebles).- el cambio de situación de los bienes muebles no afecta los derechos adquiridos con arreglo a la ley del lugar en donde existían al tiempo de su adquisición.

Los derechos que adquieran los terceros sobre los mismos bienes, de conformidad con la ley del lugar de su nueva situación, después del cambio operado, prevalecen sobre los del primer adquirente si este ha dado su expreso consentimiento de modo comprobable para el traslado y no ha cumplido con los requisitos exigidos por la ley de la nueva situación para la conservación de sus derechos.

Artículo 42. (Partición).- La partición, cualquiera sea la causa de la indivisión, se rige por la ley del lugar de celebración del acuerdo peticionario.

Los coindivisarios pueden acordar la partición de todos los bienes indivisos, cualquiera sea la causa de la indivisión, aunque ellos estén situados en distintos Estados.

La partición judicial se rige por la ley del Estado en que radica el proceso.

CAPÍTULO VIII

FORMA DE LOS ACTOS

Artículo 43. (Forma y validez de los actos).- La ley que rige los actos jurídicos decide sobre la calidad del documento necesario para la validez y eficacia de tales actos.

Las formas instrumentales de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran u otorgan.

El registro y la publicidad se rigen por la ley de cada Estado.

CAPÍTULO IX

OBLIGACIONES

SECCIÓN I

OBLIGACIONES CONTRACTUALES

Artículo 44. (Internacionalidad del contrato).- Se entiende que un contrato es internacional si las partes tienen su residencia habitual o establecimiento en Estados diferentes o el contrato tiene vínculos objetivos relevantes con más de un Estado. El contrato no puede ser internacionalizado por mera voluntad de las partes.

En su aplicación a los contratos internacionales, esta ley será interpretada de la manera más amplia posible.

Artículo 45. (Ley aplicable por acuerdo de partes).- Los contratos internacionales pueden ser sometidos por las partes al derecho que ellas elijan.

De acuerdo a lo establecido en los artículos 13 y 51 de la presente ley, las partes pueden elegir normas de derecho generalmente aceptadas a nivel internacional como un conjunto de reglas neutrales y equilibradas, siempre que estas emanen de organismos internacionales en los que la República Oriental del Uruguay sea parte.

La remisión al derecho vigente en un Estado debe entenderse con exclusión de sus normas relativas al conflicto de leyes.

El acuerdo de las partes sobre esta elección debe ser expreso o desprenderse inequívocamente de las cláusulas contractuales consideradas en su conjunto. Dicha elección podrá referirse a la totalidad del contrato o a una parte del mismo.

La elección del derecho puede ser hecha o modificada en todo momento. Si ella es posterior a la celebración del contrato se retrotrae al momento de su perfeccionamiento, bajo reserva de los derechos de terceros y de lo ya ejecutado conforme a la ley oportunamente aplicable.

Artículo 46. (Alcance del acuerdo de elección).- La elección de la ley aplicable no supone la elección de foro, ni elección de foro supone la elección del derecho aplicable.

Artículo 47. (Contratos a distancia).- El perfeccionamiento de los contratos celebrados a distancia, se rige por la ley de la residencia habitual o establecimiento de la persona de la cual partió la oferta aceptada.

Artículo 48. (Ley aplicable sin acuerdo de partes).- En defecto de elección del derecho aplicable de conformidad con lo establecido en el artículo 45 de la presente ley, o si tal elección resultare inválida o ineficaz, los contratos internacionales se rigen en cuanto a su existencia, validez total o parcial, interpretación, efectos, modos de extinción de las obligaciones, y en suma todo lo relativo a cualquier aspecto de los mismos, por la ley del lugar de su cumplimiento, el que se interpretará conforme a los siguientes criterios:

- Los contratos sobre cosas ciertas e individualizadas, se rigen por la ley donde ellas existían al tiempo de su celebración.

- Los que recaigan sobre cosa fungible o cosas determinadas por su género, por la ley del domicilio del deudor de la obligación característica del contrato, al tiempo en que fueron celebrados.
- Los que versen sobre prestación de servicios:
- Si el servicio recae sobre cosas, por la ley del lugar donde ellas existían al tiempo de su celebración.
- Si su eficacia se relaciona con algún lugar especial, por la de aquel en donde hayan de producir sus efectos.
- Fuera de estos casos, por la ley del lugar del domicilio del deudor de la prestación característica del contrato al tiempo de la celebración del mismo.

Artículo 49. (Criterios subsidiarios).- Se rigen por la ley del lugar de su celebración, los actos y contratos respecto de los cuales no pueda determinarse la ley aplicable al tiempo de ser celebrados, según las reglas contenidas en el artículo 48 de la presente ley.

Cuando la ley aplicable no pueda ser determinada en base al inciso primero el contrato se regirá por la ley del país con el cual presente los lazos más estrechos.

Artículo 50. (Soluciones especiales).- No son aplicables las normas anteriores del presente capítulo a los siguientes contratos aunque revistan la calidad de internacionales, los cuales se regirán por las normas que a continuación se indican:

- Se rigen por la ley de la República los contratos que constituyan, modifiquen o transfieran derechos reales y los contratos de arrendamiento sobre inmuebles situados en ella.
- Las obligaciones contractuales que tienen como objeto cuestiones derivadas del estado civil de las personas, sucesorias, testamentarias, regímenes matrimoniales o aquellas que dimanen de relaciones de familia, se rigen por la ley que regula la respectiva categoría.
- Las obligaciones derivadas de títulos valores, y la capacidad para obligarse por estos títulos, se rigen por la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.

La forma del giro, endoso, aval, intervención, aceptación o protesto del título de crédito, se rige por la ley del lugar en que cada uno de dichos actos se realice.

Cuando el título no indicare el lugar en que se hubiere contraído una obligación, esta se regirá por la ley del lugar donde la misma deba ser pagada, y si tal lugar no constare, por la del lugar de su emisión.

Las obligaciones provenientes de la venta, transferencia o comercialización de bienes en los mercados de valores, se rigen por la ley del Estado de su emisión, sin perjuicio de la elegida por las partes cuando esta fuese reconocida por dicha ley, y de lo establecido en leyes especiales.

Los contratos otorgados en relaciones de consumo se rigen:

- Por la ley del Estado donde los bienes se adquieren o los servicios se utilizan por parte del consumidor.

- En caso de que los bienes se adquieran o los servicios se utilicen en más de un país o no pudiere por otras circunstancias determinarse dicha ley, se regirán por la ley del lugar del domicilio del consumidor.
- En los contratos celebrados a distancia, así como cuando la celebración ha sido precedida de ofertas o publicidad específica en el domicilio del consumidor, se aplicará la ley de este Estado, siempre que el consumidor hubiere prestado su consentimiento en él.
- Los contratos individuales de trabajo en relación de dependencias –excepto los de trabajo a distancia– se rigen por la ley del lugar donde se presta el trabajo o por la ley del domicilio del trabajador o por la ley del domicilio del empleador, a elección del trabajador. Pero una vez determinada la misma, regirá todos los aspectos de la relación laboral.
- Los contratos de seguros se rigen por la Ley de Contratos de Seguros No. 19.678, de 26 de octubre de 2018.
- Los contratos de transporte por agua se rigen por la Ley de Derecho Comercial Marítimo No. 19.246, de 15 de agosto de 2014.

Artículo 51. (Usos y principios).- Se aplicarán, cuando corresponda, los usos y principios del derecho contractual internacional de general aceptación o recogidos por organismos internacionales de los que la República forme parte (inciso cuarto del artículo 13 de la presente ley), sin perjuicio de lo previsto en el inciso segundo del artículo 45 de la presente ley.

SECCIÓN II

OBLIGACIONES QUE NACEN SIN CONVENCION

Artículo 52. (Ley aplicable).- Las obligaciones no contractuales se rigen por la ley del lugar donde se produjo el hecho o acto, lícito o ilícito, que las genera o por la ley del lugar donde se produjo el daño, a opción del damnificado.

Si el demandado por el hecho dañoso y el reclamante por este hecho tuvieron su domicilio en el mismo Estado, se aplicará la ley de este.

Si el hecho dañoso se produjere durante la navegación aérea, marítima, fluvial o lacustre en zona no sujeta a soberanía estatal exclusiva, se considerará que el mismo se produjo en el Estado de la bandera del buque o registro de la aeronave, sin perjuicio de lo establecido en las normas especiales.

Las obligaciones no contractuales que nacen por disposición de la ley, se rigen por la ley que regula la categoría jurídica a que responden.

Artículo 53. (Ámbito de aplicación de la ley).- La ley aplicable a las obligaciones no contractuales rige el alcance y las condiciones de la responsabilidad, comprendiendo la determinación de las personas que son responsables por sus propios actos, las causas de exoneración, los límites, la distribución y división de la responsabilidad, la existencia y naturaleza de los daños indemnizables, las modalidades y cuantía de la indemnización, la responsabilidad por hecho ajeno, y la prescripción, caducidad y cualquier otra forma de extinción de la responsabilidad incluyendo la determinación del comienzo, suspensión e interrupción de los plazos respectivos.

CAPÍTULO X

PODERES

Artículo 54. (Poderes otorgados en el extranjero).- Los poderes otorgados en el extranjero para ser ejercidos en la República se regularán por los artículos 1° a 12 inclusive de la Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes a ser utilizados en el Extranjero (CIDIP-I, Panamá, 1975), aprobada por el Decreto-Ley No. 14.534, de 24 de junio de 1976.

CAPÍTULO XI

PRESCRIPCIÓN

Artículo 55. (Prescripción adquisitiva).- La prescripción adquisitiva de bienes muebles o inmuebles se rige por la ley del lugar donde están situados.

Si el bien fuese mueble y hubiere cambiado de situación, la prescripción se regirá por la ley del lugar de la situación en la que hubiere completado el tiempo necesario para prescribir.

Artículo 56. (Prescripción extintiva).- La prescripción extintiva de las acciones personales se rige por la ley a que las obligaciones correlativas están sujetas.

La prescripción extintiva de acciones reales se rige por la ley del lugar de situación del bien.

Si el bien fuere mueble y hubiere cambiado de situación, la prescripción se regirá por la ley del lugar de la situación en el que se haya completado el tiempo necesario para prescribir.

CAPITULO XII

JURISDICCIÓN INTERNACIONAL

Artículo 57. (Soluciones generales).- Sin perjuicio de las normas contenidas en las convenciones internacionales, o en defecto de ellas, los tribunales de la República tienen competencia en la esfera internacional:

- Cuando la parte demandada, persona física o jurídica, está domiciliada en la República o ha constituido domicilio contractual en ella.
- Cuando la parte demanda tiene en el territorio de la República establecimiento, agencia, sucursal o cualquier otra forma de representación, a través de la cual ha celebrado el contrato o ha intervenido en el hecho que da origen al juicio.
- Cuando la materia que constituye el objeto de la pretensión deducida se rige por la ley uruguaya según las normas sobre conflictos de leyes de la República.

- Para juzgar la pretensión objeto de una reconvención, cuando tenga jurisdicción internacional respecto de la acción que dio mérito a la misma.
- Para conocer de una demanda en garantía o intervención de terceros en el proceso, siempre que exista conexión razonable entre las pretensiones y no se afecte el derecho de defensa de los terceros citados.
- Para conocer de demandas o pretensiones que se encuentren ligadas por vínculos estrechos a otra a cuyo respecto los tribunales de la República sean competentes en la esfera internacional, cuando exista interés en instruir las y juzgarlas conjuntamente, a fin de evitar soluciones inconciliables si los procesos se entablaren en distintas jurisdicciones internacionales.
- En caso de acciones personales, cuando el demandado, después de promovida la acción, comparezca en el proceso ejerciendo actos positivos de defensa, sin cuestionar la jurisdicción internacional del tribunal de la República en el momento procesal pertinente.
- Cuando, aun careciendo de competencia en la esfera internacional según otras normas de la presente ley, se cumplan acumulativamente los siguientes requisitos:
 - La intervención del tribunal sea necesaria para evitar denegación de justicia.
 - Que la causa se revele de imposible juzgamiento en otro Estado o no sea posible razonablemente exigir que la demanda sea promovida en el extranjero.
 - El caso tenga vínculos relevantes con la República.
 - Sus tribunales estén en condiciones de garantizar el debido proceso.
 - La sentencia que se dicte sea susceptible de cumplimiento de ejecución.
- Para adoptar medidas provisionales o conservatorias, aun cuando no sean competentes para conocer el fondo del asunto, de conformidad con lo establecido en el artículo 535 del Código General del Proceso.

Artículo 58. (Litispendencia).- Cuando un juicio iniciado previamente con el mismo objeto y causa se encuentre pendiente entre las mismas partes en un Estado extranjero, los tribunales de la República podrán suspender el juicio en que están conociendo, si es previsible que la jurisdicción extranjera dicte una decisión que pueda ser reconocida en la República.

Artículo 59. (Soluciones especiales).- Los Tribunales de la República tienen, además, competencia en la esfera internacional:

- Respecto de medidas cautelares o de urgencia en materia de protección de incapaces, cuando el incapaz se encuentre en territorio de la República.
- En materia de restitución y tráfico internacional de menores, para reclamar el reintegro internacional de menores con residencia habitual en la República.
- En materia de relaciones personales entre los cónyuges, separación de cuerpos y divorcio, si el actor tiene domicilio en la República.

- En materia de relaciones de consumo, si el consumidor es el demandante en tanto en la república se hubiere celebrado el contrato; o se hubiere efectuado en la República la prestación del servicio o la entrega de los bienes objeto de la relación de consumo.
- En materia de contratos de trabajo, cuando el reclamante es el trabajador y se domicilia en la República.

Artículo 60. (Jurisdicción en materia contractual).- En materia de obligaciones contractuales son competentes en la esfera internacional los tribunales del Estado a cuya jurisdicción los contratantes han acordado someterse por escrito, siempre que tal acuerdo no haya sido obtenido en forma claramente abusiva, teniendo en cuenta el caso concreto.

No se admitirá el acuerdo de partes para la determinación de la jurisdicción internacional en los contratos que versen sobre las materias relacionadas en el artículo 50 de la presente ley.

El acuerdo sobre la elección de jurisdicción puede otorgarse en el momento de la celebración del negocio jurídico correspondiente, durante su vigencia, o una vez surgido el litigio.

En ausencia de acuerdo, serán de aplicación las demás soluciones generales establecidas en el presente Capítulo.

Artículo 61. (Jurisdicción exclusiva).- La jurisdicción exclusiva de los tribunales de la República tiene carácter excepcional, debe interpretarse restrictivamente, y carece de fuero de atracción sobre otras cuestiones que pueden plantearse respecto del mismo asunto.

En especial y a modo de ejemplo, se considera materia de jurisdicción exclusiva de la República las estrictamente concernientes a derechos reales sobre bienes situados en ella, sistemas registrales organizados por esta, régimen de protección de la propiedad intelectual e industrial en su territorio y arrendamientos de bienes inmuebles situados en su territorio si fuere de aplicación el régimen estatutario.

CAPÍTULO XIII

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 62. (Derogaciones).- Derogase la Ley No. 10.084, de 3 de diciembre de 1941 (Apéndice del Código Civil).

Deroganse asimismo todas las disposiciones que se opongan a la presente ley, sin perjuicio de las normas especiales vigentes sobre determinadas relaciones jurídicas, en lo que respecta a cuestiones no contempladas en esta ley.

Artículo 63. (Vigencia).- Esta ley entrará en vigor noventa días después de su publicación en el Diario Oficial.